

# LA ILICITUD DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO Y SUS CONSECUENCIAS\*

Jaime Vegas Torres  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad Complutense

## SUMARIO

**I. Ilícitud y eficacia probatoria de la entrada y registro en lugar cerrado.**  
**II. Ilícitud e ineficacia de la entrada y registro en lugar cerrado en el marco del régimen general de la prueba penal.** *a) Consideraciones generales. b) Acceso al juicio oral de los resultados de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado. a') Presencia en el juicio oral de los objetos hallados en el registro. b') Acceso al juicio oral de las percepciones de los sujetos intervinientes en el registro. c') Especial consideración del requisito de la presencia del Secretario judicial en la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado. c) La garantía de la contradicción en la práctica de la entrada y registro en lugar cerrado.*  
**III. Ilícitud e ineficacia de la entrada y registro en lugar cerrado por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.** *a) El respeto a la inviolabilidad del domicilio en los registros domiciliarios. b) Consecuencias de la violación de la garantía constitucional de inviolabilidad en la práctica de la diligencia de entrada y registro en un domicilio. a') Consideraciones generales. b') Ineficacia probatoria del registro. c') Ineficacia de otras pruebas, derivada de la ilicitud del registro. d') Lesión de la inviolabilidad del domicilio en la práctica del registro.*

---

\* Publicado en *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, Madrid, 1996, págs. 293-372.

## **LA ILICITUD DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO Y SUS CONSECUENCIAS.**

### **I. ILICITUD Y EFICACIA PROBATORIA DE LA ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO.**

En términos generales, se puede hablar de ilicitud de la entrada y registro en lugar cerrado cuando no se hayan respetado en su práctica las disposiciones legales que regulan esta diligencia. Ahora bien, la ilicitud de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado no comporta siempre las mismas consecuencias. El régimen jurídico de la diligencia que nos ocupa incluye normas de muy diversa naturaleza y finalidad cuya infracción lleva aparejada efectos también diferentes.

Las consecuencias de la ilicitud de una diligencia de entrada y registro, como las de cualquier acto ilícito, pueden proyectarse en dos diferentes planos:

1º.- Exigencia de responsabilidades civiles, penales y/o administrativas al sujeto o sujetos □ incluyendo, en su caso y con referencia a la responsabilidad civil, al propio Estado □ deban legalmente responder de la actuación ilícita en cuestión.

2º.- Eliminación total o parcial de los efectos jurídicos que el acto ilícito habría producido si no hubiera existido la infracción.

Habida cuenta de que el tema objeto de este trabajo es el de la ilicitud de la prueba, nos centraremos en el segundo plano ya que, con relación a la entrada y registro en lugar cerrado, la prueba de los hechos que sean objeto del proceso penal se enmarca en el ámbito de los efectos posibles de la diligencia, por lo que el problema a considerar es el de determinar en qué supuestos la ilicitud de la entrada y registro priva a la diligencia de efectos probatorios.

Conviene, no obstante, precisar que el problema que se abordará no es exactamente el de las condiciones en que la entrada y registro en lugar cerrado determina la fijación de los hechos objeto del proceso, ya que este efecto no depende sólo de la licitud de la diligencia. Así, un registro lícito puede no tener efecto probatorio alguno, en el sentido indicado, si con el mismo no se obtiene ningún elemento que corrobore la existencia del delito o la responsabilidad del imputado (cfr. art. 569 L.e.cr., último párrafo) o si, aun resultando de la práctica de la diligencia algún dato de carácter incriminatorio, el juzgador, haciendo uso de su libertad en la valoración de la prueba (art. 741 L.e.cr.), entiende que tal resultado no es suficiente para estimar fijados los hechos que hayan servido de base a la acusación.

Si bien se mira, en el primer supuesto la diligencia de entrada y registro, sea lícita o ilícita, no puede tener efecto probatorio alguno, ya que la carencia de contenido incriminatorio del resultado de la diligencia impide de manera absoluta al juzgador

utilizar dicho resultado como fundamento de una eventual condena<sup>1</sup>. Es en el segundo supuesto, es decir, si la diligencia de entrada y registro ha conducido a la averiguación de algún dato de contenido objetivamente incriminatorio, cuando adquiere verdadera relevancia la licitud o ilicitud del registro, relevancia que se puede poner de manifiesto en dos momentos distintos:

a) Cuando el juzgador se plantea, antes de entrar propiamente a valorar el resultado de la diligencia, si puede o no incluir ese resultado en el acervo probatorio sujeto a valoración (o cuando ha de resolver una petición de las partes relativa a la exclusión de dicha prueba).

b) Cuando se haya impugnado (en apelación o casación) una sentencia de instancia condenatoria apoyada en los resultados de una diligencia de entrada y registro que el recurrente repute ilícita.

Con este alcance y con referencia a estos supuestos examinaremos, pues, el problema de la incidencia de la ilicitud de la diligencia de entrada y registro sobre su eficacia probatoria. Pero aún conviene aclarar que, por supuesto, la eventual ilicitud de una diligencia de entrada y registro en lugar cerrado no impide en absoluto que ésta despliegue plenos efectos probatorios en favor del reo si, por ejemplo, en el registro se descubrieron elementos que apoyan una coartada o, en general, cualquier dato de significado exculpatario<sup>2</sup>. El problema de la eficacia probatoria del registro ilícito se plantea, pues, con referencia exclusiva a la llamada prueba "de cargo".

## **II. ILICITUD E INEFICACIA DE LA ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO EN EL MARCO DEL REGIMEN GENERAL DE LA PRUEBA PENAL.**

### *a) Consideraciones generales.*

La doctrina científica, al tratar acerca de la diligencia que nos ocupa, suele destacar la incidencia que su práctica puede tener sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Desde esta perspectiva, cuando se hace referencia a la ilicitud de la entrada y registro, se sitúa en primer plano la vulneración del derecho fundamental, con los efectos que derivan de lo dispuesto por el art. 11.1 LOPJ. Ciertamente, también se reconoce que hay supuestos en que, por no tener el lugar objeto de la entrada y registro el concepto de domicilio, la práctica de la diligencia no comporta injerencia en el derecho fundamental y que, aun tratándose de la entrada y registro en un domicilio, no toda infracción de las normas legales atinentes se traduce en lesión de

---

<sup>1</sup>No se trata, claro está, de que la eventual ilicitud no tuviera aquí consecuencia alguna. Lo que sucede es que las consecuencias se limitarían a la exigencia de las responsabilidades que hubieren nacido del acto ilícito.

<sup>2</sup>Así, por ejemplo, si en un registro se descubren jeringuillas usadas que revelan que el acusado era drogadicto, dato que, si se hubiera aprehendido en su poder una cantidad escasa de droga, podría ser decisivo para fundamentar una absolucón.

relevancia constitucional. Ahora bien, el estudio suele estar presidido por la referencia a la inviolabilidad del domicilio, lo que conduce, a mi modo de ver, a ciertas distorsiones en el tratamiento de aquellos supuestos en que la ilicitud de la diligencia, por razón del lugar en que se practica o por razón de la norma eventualmente infringida no puede traducirse en vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio<sup>3</sup>.

Para intentar evitar estas distorsiones me parece conveniente empezar por examinar el régimen procesal de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado prescindiendo de la eventual incidencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. El régimen general de la L.e.cr. en materia de prueba  prescindiendo, insisto, de toda referencia a vulneración de derechos fundamentales  impone una serie de exigencias que han de ser respetadas para que los eventuales resultados inculpativos de la práctica de una diligencia de entrada y registro en lugar cerrado puedan incorporarse lícitamente al acervo probatorio valorable por el juzgador. Estas exigencias se proyectan por igual sobre la entrada y registro en un domicilio y sobre la entrada y registro en lugar que no merezca tal concepto y su infracción, en principio, debe surtir los mismos efectos en uno y otro caso.

Es más, el régimen general en el que se desenvuelve la eficacia probatoria de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, si se prescinde de la eventual incidencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio, es en mucha medida el mismo que rige la eficacia probatoria de las diligencias de inspección ocular y de recogida de armas, instrumentos y efectos del delito, reguladas en los arts. 326 y siguientes de la L.e.cr. y, más en general, el que rige la eficacia probatoria de las actuaciones de

---

<sup>3</sup> Así se percibe, por ejemplo, en JIMENEZ ASENJO, "Entrada y registro", en *N.E.J. Seix*, tomo VII, Barcelona, 1956, págs. 606 y siguientes, cuando califica de "excesiva" la protección que la L.e.cr. dispensa a ciertos lugares públicos, como los destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo (art. 547.2º) y de "notorio exceso" la protección de cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyen domicilio de un particular (art. 547.3º); tales calificativos se basan en la consideración de que la Ley extendería la garantía de la inviolabilidad domiciliaria a tales lugares y a tal consideración se llega, efectivamente, si se parte de contemplar la regulación de la entrada y registro exclusivamente en función de dicha inviolabilidad; también parecen responder a cierto deslumbramiento ante la presencia del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio la afirmación de RAMOS MENDEZ, *El proceso penal*, Barcelona, 1993, según la cual la distinción de la L.e.cr. entre lugares públicos y domicilios privados, contemplada a la luz del art. 18.2, sería innecesaria "pues, en el fondo, al afectar la diligencia a derechos constitucionales siempre debe ir precedida de resolución judicial motivada, salvo consentimiento de los afectados" y la definición que de la diligencia que nos ocupa propone GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal*, tomo II, *El Proceso Penal*, Valencia, 1992, pág. 324: "se entiende por diligencia de entrada la resolución judicial por la que se restringe el derecho fundamental a la "inviolabilidad del domicilio" con objeto de practicar la detención del imputado o de asegurar el cuerpo del delito". Como contraste, cfr. ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, tomo III (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo), Barcelona, 1994, pág. 178, donde se subraya que, aunque la "primera idea" que suele tenerse acerca del acto de entrada y registro es "la de que se trata de un supuesto de limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio", esto último "es sólo una parte, aunque sin duda la más importante de lo que regula la LECRIM en los arts. 545 al 572", añadiéndose, más adelante, que ni siquiera concebido con la amplitud que resulta de la jurisprudencia del TC, el derecho a la inviolabilidad del domicilio "coincide con el simple derecho a la exclusión de intromisiones en lugares cerrados que  con rango sólo legal  la LECRIM tutela también al regular la entrada y registro".

investigación de la fase de instrucción del proceso, e incluso, en la medida en que puede haber entradas y registros efectuados por la policía antes de la incoación del proceso, el que rige la eficacia probatoria de las diligencias policiales. Desde esta perspectiva, los problemas de eficacia o ineficacia probatoria de una diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, cuando no esté en juego la inviolabilidad del domicilio, se plantean en términos semejantes a los que se refieren a la eficacia o ineficacia probatoria de una inspección ocular o, en general, de cualquier otra diligencia de investigación policial o sumarial.

En este orden de cosas, conviene, en primer lugar precisar de qué manera puede contribuir la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado a la prueba de los hechos relevantes en el proceso. A este respecto, parece que son dos las vías a considerar:

1) Obtención de "efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos" que puedan servir para el descubrimiento o comprobación del delito, y

2) Percepciones de los sujetos intervinientes en la diligencia sobre las circunstancias del lugar en el que se efectúa el registro, las personas que se encuentren en dicho lugar y las cosas halladas.

En ocasiones, los objetos hallados en el registro pueden tener un contenido incriminatorio por sí mismos, incluso con independencia del lugar en que han sido encontrados (por ejemplo, el arma homicida con las huellas dactilares del imputado, o un documento escrito a mano por el imputado o firmado por él). Las más de las veces, sin embargo, los objetos hallados sólo tendrán valor incriminatorio en la medida en la que se acredite que se han encontrado en el lugar del registro (por ejemplo, el hallazgo del arma homicida, si no se encuentran huellas dactilares, sólo tendría valor incriminatorio si fuera encontrada precisamente en poder del imputado, o en su domicilio o en un lugar al que sólo él tuviera acceso). En este segundo caso, la prueba del hecho relevante requeriría tanto la obtención del objeto como la consideración de las percepciones de la autoridad que practicó el registro sobre las circunstancias en que el objeto fue hallado.

En cualquier caso, tanto los objetos hallados en el registro como las percepciones de los sujetos que participaron en él pueden llegar a ser tenidos en cuenta por el juzgador para fijar los hechos objeto de acusación y, en consecuencia, para fundamentar un eventual pronunciamiento condenatorio. Pero para que esto sea posible es preciso que se cumplan ciertas condiciones que se refieren, por un lado, al acceso de los resultados del registro al juicio oral y, por otro, al respeto de las garantías procesales, especialmente la de contradicción, en la práctica del registro.

*b) Acceso al juicio oral de los resultados de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado.*

No debe olvidarse que la diligencia de entrada y registro se practica ordinariamente en la fase de instrucción del proceso o incluso antes, en el marco de las investigaciones de la Policía judicial encaminadas a la averigación del delito, siendo posibles también, al menos en teoría, entradas y registros acordadas por el Ministerio Fiscal en uso de sus facultades de investigación preprocesal (no se olvide que no toda entrada y registro en lugar cerrado exige una previa resolución judicial). Por tanto, y dado que el tribunal sentenciador sólo puede apreciar la prueba practicada en el juicio oral (art. 741 L.e.cr.), para que los resultados de una diligencia de entrada y registro en lugar cerrado puedan ser valorados por el juzgador es preciso que, de una u otra forma, dichos resultados se hagan presentes en el acto del juicio. Y aquí conviene de inmediato distinguir el régimen de acceso al juicio oral de los objetos hallados en el registro y el régimen de acceso de las percepciones de la autoridad que practicó el registro.

a') Presencia en el juicio oral de los objetos hallados en el registro.

Por lo que se refiere a los objetos hallados en el registro, éstos han de estar presentes en el local donde se celebre el juicio para que puedan ser directamente examinados por el Tribunal y por las partes y pueda haber contradicción sobre su virtualidad probatoria (arts. 688 y 726 L.e.cr.). A tal efecto, la Ley ordena la conservación de tales objetos hasta el momento en que haya de celebrarse el juicio, aunque, excepcionalmente, se prevé la destrucción, ordenando, para tal caso □y para el caso de objetos que por su naturaleza no pudieren conservarse en su forma primitiva□ que se extienda diligencia haciendo constar la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos o no conservados (art. 338 L.e.cr.). En estos últimos casos, la presencia física de los objetos en el lugar del juicio se podrá sustituir por la lectura de la diligencia en la que conste su descripción al amparo de lo dispuesto por el art. 730 L.e.cr.<sup>4</sup>.

El problema que puede plantearse aquí es el de qué sucede si, fuera de los casos previstos por el art. 338 de destrucción de objetos o de objetos percederos, los objetos que hayan sido hallados en un registro no se encuentran, de hecho, en el local del Tribunal en el momento de celebrarse el juicio. La cuestión se centraría en si, pese a la ausencia de tales objetos, su existencia y circunstancias podrían ser tenidas en cuenta por el Tribunal a través de la lectura del acta del registro (art. 572 L.e.cr.) o, en su caso, a través de las declaraciones testimoniales de sujetos que presenciaron el registro o de otros sujetos que, por la razón que sea, tuvieran conocimiento de la existencia y circunstancias de los objetos en cuestión. Pues bien, a falta de una norma que expresamente prohíba que el juzgador apoye su decisión sobre los hechos en la existencia de objetos que no estén presentes en el local del juicio, creo que no existe

---

<sup>4</sup>LUZON CUESTA, "La prueba derivada de la entrada y registro domiciliario", en *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales, 1993, págs. 43-47, hace interesantes precisiones sobre estas cuestiones.

base para excluir que la existencia y circunstancias de los objetos ausentes pueda acreditarse mediante otras pruebas que, a tal efecto, se practiquen en el acto del juicio.

Así, por ejemplo, con referencia a la prueba testifical se puede observar que la Ley no establece más limitaciones que las que derivan de la prohibición de las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes (art. 709 L.e.cr.) y que una pregunta acerca de si el testigo conoce la existencia y circunstancias del arma homicida, por ejemplo, no sería capciosa, sugestiva ni impertinente, aunque dicha arma no se encontrase en el lugar del juicio y, por tanto, no pudiera solicitarse su reconocimiento por el testigo, conforme a lo previsto por el art. 712 L.e.cr.; ahora bien, si la pregunta es admisible, el testigo *debe* contestar (art. 707 L.e.cr.) y no tendría ningún sentido que se obligara al testigo a declarar sobre determinados extremos para luego prohibir al Tribunal valorar tales declaraciones. Otra cosa es que, por el juego del principio de libre valoración de la prueba, el tribunal pueda conceder escaso crédito a la declaración del testigo y no considerar probada, siguiendo con el ejemplo, la existencia del arma homicida; pero este resultado no vendría determinado por la ausencia del arma del lugar del juicio, sino por la libre apreciación de la prueba testifical efectuada por el tribunal. Y todo esto con independencia de que se depurarsen las responsabilidades a que hubiere lugar por la pérdida o extravío de las piezas de convicción.

En todo caso, conviene subrayar que una eventual imposibilidad de valorar los resultados de una diligencia de entrada y registro en lugar cerrado derivada de la ausencia del local del juicio de las piezas de convicción que hubieren sido halladas no convertiría a tal diligencia en prueba ilícita. En rigor, el problema que se acaba de examinar nada tiene que ver con la licitud o ilicitud de la prueba, sino más bien a la existencia o inexistencia de prueba practicada en el juicio oral y, por tanto, valorable por el Tribunal<sup>5</sup>.

b') Acceso al juicio oral de las percepciones de los sujetos intervinientes en el registro.

---

<sup>5</sup>GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal*, cit., pág. 331, propone una muy especial interpretación del alcance de la facultad judicial de delegación de la diligencia en la Policía de la que podría derivar una exigencia adicional para que los objetos recogidos en el registro pudieran ser tenidos en cuenta por el Tribunal penal en la formación de su convicción. Según el autor citado, la facultad de delegación se referiría sólo a la entrada, no al registro, lo que le lleva a afirmar que "la diligencia de registro requiere la *obligatoria presencia judicial*" (en cursiva en el original). "Así se infiere □continúa□ del artículo 574, conforme al cual la recogida de los instrumentos y efectos del delito la efectuará el juez, quien habrá de constituirse en el lugar cerrado, objeto de la diligencia, a fin de dotar de "autenticidad" al acto de recogida y custodia del cuerpo del delito. Por consiguiente □concluye□, en el supuesto de que la policía hubiera practicado la entrada, habrá de suspenderse la diligencia de registro hasta tanto comparezca la Autoridad judicial". Creo que de seguirse esta interpretación, que no comparto, sólo podrían acceder al juicio oral los objetos recogidos en el registro si éste se hubiera practicado en presencia judicial.

Conviene distinguir entre las percepciones de la autoridad que practica el registro y las de los demás sujetos que intervienen en él, puesto que el régimen de acceso al juicio oral plantea problemas diferentes en uno y otro caso.

Con referencia a las percepciones de la autoridad que practica el registro conviene distinguir, a su vez, entre los registros en lugar cerrado practicados por la Policía judicial antes de la incoación del proceso y los practicados dentro del proceso en virtud de resolución judicial.

La entrada y registro en lugar cerrado sin necesidad de resolución judicial, decidida y practicada por agentes de la Policía judicial, por su propia autoridad, en el marco de las facultades de investigación de los delitos que la Ley les atribuye no es un fenómeno que haya de considerarse excepcional. Estamos aquí ante una de esas cuestiones en las que la contemplación de la diligencia de entrada y registro desde la perspectiva del derecho a la inviolabilidad de domicilio distorsiona en alguna medida la percepción de las cosas. En realidad, la *regla general* es más bien que la Policía judicial puede realizar sus funciones de investigación de los delitos en cualquier lugar, entrando a tal efecto en los lugares cerrados, cuando sea preciso, sin necesidad de autorización judicial, incluso en los domicilios, si se obtiene el consentimiento del titular; la excepción es precisamente la necesidad de resolución judicial para entrar en los lugares que tengan la consideración de domicilio y, quizá también, en algunos otros lugares especialmente protegidos, cuando el titular no preste su consentimiento; y, en fin, como *excepción a la excepción* □ y, por tanto, vuelta a la regla general □, la Policía puede entrar sin necesidad de resolución judicial, incluso en un domicilio y sin el consentimiento del titular, en los supuestos previstos por el art. 553 L.e.cr.

Cabe, por tanto, sin que ello comporte necesariamente vulneración de derecho fundamental alguno, que la Policía efectúe diligencias de entrada y registro en lugares cerrados antes de la incoación de un proceso, cuando lo juzgue necesario para la averiguación de un delito. Nada se opone a ello si la entrada y registro se efectúa en un lugar o establecimiento público<sup>6</sup> y, aunque con ciertos condicionamientos, también es posible tratándose de un domicilio<sup>7</sup>. En estos casos, el eventual resultado positivo

---

<sup>6</sup>Cfr. arts. 18 y 19.2 de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana, que prevén expresamente la entrada de los agentes de la autoridad en lugares y establecimientos públicos para impedir que se porten o utilicen ilegalmente armas y para establecer controles sobre las personas en orden al descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo, preceptos que hay que poner en relación con el art. 21.1 de la misma Ley que refiere las limitaciones de las facultades de la Policía exclusivamente al caso de entrada "en domicilio". Para el concepto de lugar o establecimiento público hay que acudir al art. 547 y, muy especialmente, al número 3º del precepto que incluye en este concepto a cualesquiera edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio de un particular. La jurisprudencia avala también la viabilidad de la entrada y registro en lugares públicos sin necesidad de resolución judicial (STS 2ª 17-9-93 R.A. 6705).

<sup>7</sup>Siempre que se obtenga el consentimiento del titular o, incluso faltando éste, cuando se den las circunstancias de flagrancia a que hace referencia el art. 553 L.e.cr. o se pretenda la detención de personas integradas o relacionadas con bandas armadas o de individuos terroristas o rebeldes (art. 553, en relación con 384 bis L.e.cr.).



□ descubrimiento de un delito □ de la diligencia tendrá que ser puesto en conocimiento del Juez por medio del correspondiente atestado o relación verbal circunstanciada (arts. 284, 292 y 294 L.e.cr.) en los que se dará cuenta de las percepciones de los agentes sobre el lugar del registro y sobre las personas y cosas halladas en él. Pero el atestado (o, en su caso, la reducción a escrito de la relación verbal circunstanciada) no puede ser directamente valorado, como prueba documental, por el Tribunal sentenciador, ya que su valor es el de mera denuncia, conforme a lo dispuesto por el art. 297 L.e.cr. Por eso, para que las percepciones de los agentes puedan ser valoradas por el Tribunal es preciso que aquéllos den cuenta de dichas percepciones declarando como testigos en el acto del juicio oral.

Nótese que la declaración de los agentes en el juicio no convierte en prueba documental valorable el atestado; lo que sucede es que los hechos reflejados en el atestado, dado que el atestado no los prueba, deben ser probados por medio de la prueba testifical de aquellos sujetos que los presenciaron<sup>8</sup>. Apúntese también, para lo que luego se verá, que, en los casos que nos ocupan y por definición, no interviene en el registro el Secretario judicial y, sin embargo, esto no priva de valor a la declaración testifical de los agentes acerca de lo sucedido durante la práctica del registro. Y permítaseme aún una última advertencia: la eventual ausencia de declaración en el acto del juicio de los agentes que intervinieron en el registro impide al Tribunal tener en cuenta los resultados de la diligencia □ si no acceden de otro modo al juicio oral □, pero no da lugar a la ilicitud de la entrada y registro; lo que sucede, sencillamente, es que en tal caso, no habría existido propiamente prueba acerca de lo ocurrido durante la práctica de la diligencia.

Problemas distintos plantea el acceso al juicio de las percepciones de la autoridad que practica el registro cuando éste ha sido acordado por el juez de instrucción como diligencia de investigación propiamente procesal. La razón es, básicamente, que, en este caso, la autoridad que practica el registro es el propio juez de instrucción o un delegado suyo<sup>9</sup> y, por tanto, las percepciones hay que llevar al juicio oral son las del juez (o las de

<sup>8</sup>Cosa distinta es, como ya advertí en otro lugar, que los agentes, al declarar en el juicio, se remitan al atestado; en este caso el contenido del atestado se convierte en prueba valorable, pero no en concepto de prueba documental, sino integrado en la testifical (cfr., más ampliamente, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, núm. 169, págs. 373-375)

<sup>9</sup>Así resulta del art. 563 e, indirectamente, de lo dispuesto por el art. 572, que ordena expresar en la diligencia "los nombres del Juez, o de su delegado" y también de otros preceptos que contemplan una intervención directa del juez en la práctica del registro (cfr. arts. 574 y 577). Si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 558 ("el Juez expresará [en el auto de entrada y registro] ... la Autoridad o funcionario que los haya de practicar"), parece que la propia Ley considera como supuesto normal el de la delegación y no necesariamente en el Juez municipal, lo que constituye una regla especial respecto del régimen general de delegación de funciones del instructor que establece el art. 310, especialidad que se refiere a dos cuestiones: 1ª) por un lado, a diferencia del régimen general, que sólo prevé la delegación en los Jueces municipales, para la entrada y registro la delegación puede hacerse también "a cualquier Autoridad o agente de Policía judicial" (art. 563); 2ª) por otro, la delegación, que sólo se admite restrictivamente y con carácter excepcional en el régimen general (el art. 310 recomienda a los jueces "hacer uso moderado" de la delegación y prevé medidas correctoras para los excesos), se contempla como fenómeno normal y no sujeto a restricciones para la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado.

su delegado). Pero resulta que nuestra Ley es reacia a llevar al Juez de instrucción a declarar como testigo en el juicio oral; es más, no contempla en absoluto dicha posibilidad (aunque, a decir verdad, tampoco la excluye expresamente). En realidad, la principal manifestación de la resistencia de la Ley a que el juez de instrucción declare como testigo en el juicio radica en el régimen privilegiado de acceso de sus percepciones al acto del juicio oral: aquí, a diferencia de lo que sucede con el atestado y, por el contrario, al igual que ocurre con la ordinaria inspección ocular judicial, el acta que documenta las percepciones del juez (o de su delegado) durante la práctica del registro sí accede al juicio oral como prueba documental, aunque no sujeta al ordinario régimen del art. 726, sino al especial previsto por el art. 730 para la documentación de diligencias sumariales no reproducibles en la fase de plenario, lo que en la práctica debería traducirse en la lectura de la referida acta durante las sesiones del juicio. Según esto, y al menos en teoría, si el acta no se lee, no debería ser tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador; pero es cierto que la jurisprudencia es muy flexible en este punto y no parece que esta flexibilidad (aunque se traduzca en pasar por alto el incumplimiento de lo que la Ley claramente ordena en su art. 730) sea gravemente reprochable<sup>10</sup>.

Ahora bien, como con frecuencia la diligencia de registro no se practica por el juez, sino por una "Autoridad o agente de Policía judicial" que actúa por delegación de aquél y, dado que ni en la Ley ni en la práctica judicial existe reserva o recelo alguno respecto a la declaración testifical, en el acto del juicio oral, de funcionarios policiales, es posible que, aparte la incorporación del acta del registro al acervo probatorio por la vía del art. 730 L.e.cr., los resultados del registro se hagan también presentes en el acto del juicio por medio de la declaración testifical de los agentes que lo practicaron. La eventual declaración de los agentes no estaría encaminada a añadir ni quitar fuerza probatoria al documento, sino que constituiría *otra prueba*, distinta e independiente de la documental, aunque referida a los mismos hechos que ésta (lo acontecido durante la práctica del registro).

Otro problema que podría surgir, también más teórico que de verdadera relevancia práctica, esta vez por lo raro que sería el supuesto, es el de que, por haberse extraviado o sustraído o por cualquier otra razón, el acta del registro no se encontrara, en el momento del juicio, a disposición del Tribunal. No conozco casos en que se haya planteado tal problema y, por tanto, carezco de referencias para apuntar posibles soluciones. Lo cierto es que, no existiendo el acta, el Tribunal no podría incorporar al acervo probatorio los resultados del registro por medio del documento. Pero me atrevo a aventurar que no tendría por qué existir ningún obstáculo a la incorporación de los resultados del registro por medio de la prueba testifical de los agentes que lo practicaron por delegación del juez o mediante las declaraciones de los propios acusados, si

---

<sup>10</sup>Sobre la flexibilidad jurisprudencial en el tema de las lecturas, cfr. mi *Presunción de inocencia...*, cit., núm. 142, págs. 326-327.

estuvieron presentes en el registro o, en fin, por medio del testimonio de cualquier otro sujeto que hubiera presenciado la práctica de la diligencia<sup>11</sup>.

El problema, sin duda, más importante que plantea el acceso al juicio oral de las percepciones de la autoridad que practica el registro por medio de la lectura del acta de la diligencia es el que se plantea cuando el Secretario judicial no ha estado presente durante la práctica de la misma ni, por tanto, autorizado con su firma el documento en cuestión. Dada la trascendencia que ha adquirido este problema, qué se ha planteado frecuentemente y ha originado una muy abundante y contradictoria jurisprudencia □ que requiere, aun dentro de los modestos límites de este trabajo, una atención particular □, le dedicaremos un apartado especial. No obstante, quiero subrayar aquí que creo que es precisamente esta sede, es decir, la del estudio de las condiciones de acceso al juicio oral de los resultados de la diligencia de entrada y registro, la adecuada para el estudio de este problema, que nada tiene que ver, a mi juicio, ni con las garantías procesales en la práctica de la diligencia ni, menos aún, con las eventuales vulneraciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Dejando, pues, para el siguiente apartado el estudio del problema de la ausencia del Secretario, concluiremos éste con la referencia a la cuestión, arriba enunciada, del acceso al juicio oral de las percepciones de otros sujetos, distintos de la autoridad que practicó el registro, que hayan presenciado la diligencia. Entre estos otros sujetos conviene distinguir a aquellos cuya conducta posiblemente delictiva sea precisamente el motivo de efectuarse el registro de los que no se encuentren en este caso.

En este sentido, conviene recordar que el inculcado debe, en principio, estar presente durante la práctica del registro, sea en concepto de "interesado", en el sentido del art. 569 L.e.cr., si la diligencia se practica precisamente en su domicilio o en otro lugar cerrado del que sea titular, sea exclusivamente en virtud de la regla general del art. 302 L.e.cr. o por aplicación analógica del art. 333 L.e.cr., cuando el titular del lugar objeto de registro o "interesado" no coincida con la persona cuya conducta posiblemente delictiva sea objeto de la investigación. Acerca del alcance de esta exigencia de presencia del inculcado en la práctica de la diligencia y de las consecuencias del no cumplimiento de la misma trataremos más adelante. Ahora interesa simplemente

---

<sup>11</sup>La STS 30-6-93 (R.A. 5311) contempla un caso en el que en relación a un registro practicado de propia autoridad por la Policía se dice: "En los autos, solamente aparece una referencia al mismo [al registro], en el folio 10 del atestado, en la que se dice que el registro fue practicado con la debida autorización de la interesada. No es de extrañar, pues, que en los autos no aparezca la correspondiente autorización judicial para su práctica, pero lo que no tiene justificación es que tampoco obre en los autos el acta correspondiente a tal diligencia. Así las cosas, el testimonio de los Policías que pudieron intervenir en tal diligencia nada puede acreditar acerca de ella. Por lo demás, no consta intervención alguna de testigos, ni finalmente ha sido oída la titular del domicilio". Pienso que, ante tal cúmulo de irregularidades, el problema que se plantea aquí es, más que un problema relativo al modo de acceder al juicio oral los resultados del registro, el de una casi absoluta ausencia de pruebas acerca de la propia existencia de un registro que pudiera considerarse tal. Quizá si hubiera habido otras declaraciones testificales, especialmente la de la titular del domicilio registrado, prima del acusado, la ausencia de acta no habría tenido tan radicales consecuencias, sobre todo si la interesada hubiera ratificado que consintió el registro.

subrayar que, en caso de haber estado presente el inculpado en la práctica del registro, nada impide que sea interrogado en el juicio oral acerca de lo sucedido en el mismo, ni que se apliquen, en sus respectivos casos, los mecanismos de los arts. 714 y 730 L.e.cr. para incorporar al acervo probatorio valorable por el Tribunal las declaraciones sumariales del propio inculpado referidas a lo ocurrido durante la práctica de la diligencia. Como peculiaridades a tener en cuenta en relación con estas declaraciones cabe recordar, en primer término, el derecho de los inculpados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables y, en segundo término, las especialidades en materia de valoración de las declaraciones de coinculpados establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Otros sujetos que pueden y/o deben, según los casos, intervenir en la práctica del registro son el representante del "interesado", cuando no sea el propio inculpado, o "individuo de su familia mayor de edad", o "dos testigos, vecinos del mismo pueblo", en los casos respectivos previstos por el art. 569 L.e.cr.; agentes de policía que acompañen al Juez o al delegado de éste; los peritos que eventualmente pudieran intervenir en virtud de lo previsto por el art. 577; y, quizá también, otras personas que se encontraran en el lugar del registro o en sus proximidades y que hubieran sido requeridas a permanecer durante la práctica del mismo, si se considera analógicamente aplicable en relación con la diligencia que nos ocupa lo dispuesto por el art. 329 L.e.cr. No creo que haya inconveniente en admitir que las percepciones de estos sujetos acerca de lo sucedido en el registro puedan incorporarse al material valorable por el juzgador mediante la oportuna declaración testifical en el acto del juicio (o, en sus respectivos casos, mediante la aplicación de lo dispuesto en los arts. 714 y 730 L.e.cr. a las declaraciones que eventualmente hubieran prestado estos sujetos ante el juez de instrucción). Sólo un par de matizaciones: en primer término y con referencia al caso de que siendo el "interesado" el propio inculpado, no se haya realizado el registro a su presencia, sino en la de "un individuo de su familia mayor de edad", la posibilidad de que entren en juego las dispensas previstas por el art. 416.1º L.e.cr.; y, en segundo lugar y respecto de los peritos que puedan haber intervenido al amparo de lo dispuesto por el art. 577, que la intervención de éstos en el acto del juicio, a los efectos que ahora interesan, no sería en concepto de peritos, sino de testigos que declaran sobre lo que han visto u oído durante la práctica de la diligencia, declaración testifical que sería distinta e independiente de su eventual intervención en el acto del juicio para reproducir o ratificar la pericia que hubieran efectuado en el sumario.

En cuanto a la función que pueden desempeñar las declaraciones testificales acerca del registro de sujetos distintos a la autoridad que lo haya practicado, caben dos posibilidades:

1ª.- Pueden añadirse como complemento □o como elemento de contraste□ a la documental que eventualmente exista sobre el registro (acta del registro) y/o a la eventual declaración testifical de la autoridad policial que practicó la diligencia, y

2ª.- En ausencia de acta y/o de declaración testifical de la autoridad policial que practicó el registro, las declaraciones de otros sujetos intervinientes en la diligencia

permiten al Tribunal, en el marco de su libertad de valoración de la prueba, tener en cuenta los resultados del registro, siempre que queden debidamente reflejados en las declaraciones en cuestión.

Es decir, y me parece conveniente subrayarlo, la ausencia de acta o la inasistencia al juicio de los agentes que practicaron el registro, fuera por delegación del juez o por propia iniciativa y autoridad, no convierte a la diligencia en prueba ilícita y, por tanto, el único problema que se presentará en tales casos para que los resultados del registro puedan ser valorados por el Tribunal es el de que tales resultados, de una u otra forma, se hagan presentes en el acto del juicio oral mediante alguna actividad probatoria practicada en el mismo, por lo que bastará con cualquier testimonio de persona que conozca lo sucedido en el registro para incorporar sus resultados al acervo probatorio valorable. Otra cuestión, perteneciente ya al ámbito de la libertad de valoración de la prueba, es la mayor o menor fuerza de convicción que puedan tener las pruebas a través de las cuales se hagan presentes en el juicio oral los resultados de la diligencia de entrada y registro.

c') Especial consideración del requisito de la presencia del Secretario judicial en la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado.

Ahorraré al lector los detalles sobre las reformas y contrarreformas legales que en relación con este punto se han producido en los últimos años. Son sobradamente conocidos y ya existen trabajos que tratan sobre estas reformas con más que suficiente rigor y profundidad<sup>12</sup>. Bastará, a efectos de lo que ahora interesa, con recordar que el art. 569 L.e.cr., en su redacción actual, dispone, entre otras cosas, que "el registro se practicará siempre en presencia del Secretario de 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", añadiendo que "no obstante, en caso de necesidad, el Secretario Judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial".

En definitiva, se exige la presencia del Secretario en los registros acordados por el juez dentro del proceso; no, por tanto, como es lógico, en los que la Policía puede practicar por propia autoridad. Y el problema que se plantea, en relación con la cuestión objeto de este trabajo, es el de determinar qué consecuencias ha de tener el incumplimiento de esta exigencia respecto de la eficacia probatoria de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado. Sobre este punto, como es sabido, la jurisprudencia se ha mostrado llamativamente vacilante durante los últimos años. Lo único que parece estar claro es que, aun tratándose del registro de un domicilio, la ausencia del Secretario no determina, por sí sola, lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo que excluye, en principio, la aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 11.1 LOPJ. Fuera de esto, existen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo dos tesis

---

<sup>12</sup>Una excelente exposición, con cita de los más importantes trabajos que se han ocupado del tema, puede verse en HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Madrid, 1996, págs. 138-148 y 177-186.

que podríamos llamar "extremas" y una "conciliadora", que es la que finalmente parece que se va imponiendo.

Las distintas orientaciones jurisprudenciales responden a distintas concepciones acerca del papel que desempeña la presencia del Secretario en las diligencias de entrada y registro. Así, si se considera que la presencia del Secretario cumple una función que trasciende de la mera dación de fe con plenitud de efectos de la actuación judicial en cuestión (cfr. art. 281 LOPJ), comprendiendo también la garantía de la observancia de las formalidades legales en la realización del acto e, incluso, la vigilancia de que la intromisión en la inviolabilidad del domicilio, en su caso, se realiza dentro de los límites marcados por la resolución judicial autorizatoria<sup>13</sup>, es lógico que se concluya que la ausencia del Secretario vicia de nulidad radical e insubsanable el acto del registro y que, en consecuencia, sus resultados no pueden ser tenidos en cuenta por el Tribunal ni siquiera cuando se hagan presentes en el acto del juicio oral mediante la presencia física de los objetos hallados en el registro y/o la declaración testifical de los agentes que lo practicaron, de los propios inculpados o de cualquier otro sujeto. Esta concepción, que encuentra acogida en una de las líneas jurisprudenciales que hemos denominado "extremas"<sup>14</sup>, viene, en definitiva, a situar el requisito de la presencia del Secretario en el terreno de las garantías procesales que han de adornar la práctica de la diligencia de entrada y registro, de tal forma que el registro efectuado sin la presencia del Secretario se convierte en una *prueba ilícita*, por falta de garantías, lo que veda al Tribunal tener en cuenta sus resultados, incluso aunque éstos se hagan presentes en el juicio oral en cualquiera de las formas examinadas más arriba<sup>15</sup>.

La debilidad de esta concepción radica, a mi modo de ver, en el presupuesto de partida, a saber, en la atribución a la presencia del Secretario en los registros de funciones de garantía que van más allá de la mera dación de fe y documentación del acto. La atribución de tan amplio significado a la intervención del Secretario en las diligencias de entrada y registro me parece discutible por dos razones, cuando menos:

1ª.- Las funciones que, con carácter general, corresponden a los Secretarios en las actuaciones judiciales se limitan a la dación de fe "con plenitud de efectos" y a la documentación de los actos (cfr. arts. 281 LOPJ y 6 a), c) y d) del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales). La atribución a los Secretarios, en relación con los registros, de funciones adicionales de garantía del respeto a la Constitución y a la Ley en la forma de practicarse la diligencia requeriría, por tanto, la existencia de un precepto legal expreso que amparase esta excepcional extensión de las atribuciones del

---

<sup>13</sup>Cfr., en este sentido, HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., pág. 139.

<sup>14</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., pág. 179 y las sentencias que cita en nota 574.

<sup>15</sup>Así, por ejemplo, en la STS 3-12-91 (R.A. 8968) puede leerse que "la presencia del Secretario Judicial sirve no sólo para procurar o preservar el cumplimiento de las formalidades legales, sino también garantizar que la intromisión en la inviolabilidad del domicilio se realice dentro de los límites marcados por el contenido de la resolución judicial que lo acordó"

funcionario que, ordinariamente, se limita a ser fedatario y, en tal concepto, a extender el acta de la diligencia. Pero tal precepto legal no existe. El art. 569 se limita a decir que el Secretario "levantará acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias"; al final del precepto se prevé la expedición de una especie de certificación de resultado negativo del registro que, aunque el precepto no lo diga, se supone habrá de ser expedida también por el Secretario; el art. 572 se limita a precisar el contenido del acta, sin mencionar siquiera al Secretario; en el art. 574, en fin, aparece de nuevo el Secretario, esta vez porque se ordena que, junto con el Juez, el interesado y las demás personas que hayan asistido al registro, ponga su firma en todas las hojas de los libros y papeles que se recojan. Como se ve, ninguna de las funciones que se encomiendan expresamente al Secretario en las diligencias de entrada y registro van más allá de las genéricamente comprendidas en el ámbito de la fe pública y de la documentación de las actuaciones, sin que de ningún otro precepto se deduzca en forma alguna que se confíen al Secretario otras funciones en el terreno de las garantías. En realidad, las funciones que corresponden al Secretario en las diligencias de entrada y registro son idénticas a las que cumple en relación con las demás actuaciones de la fase de instrucción, que también han de realizarse preceptivamente a su presencia (art. 321 L.e.cr.) y respecto de las cuales no me consta que se haya planteado que el Secretario deba cumplir funciones especiales de garantía. Sólo hay, quizá, una diferencia entre el régimen general de intervención del Secretario en los actos de investigación sumariales y el régimen específico aplicable a la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado: en este último caso, la redacción actual del art. 569 parece excluir la excepcional sustitución del Secretario por un Notario o por "dos hombres buenos" que permite el segundo párrafo del art. 321. Pero esta especialidad no me parece que justifique, por sí sola, una ampliación de los cometidos del Secretario durante los registros.

2ª.- Las funciones de garantía de que la diligencia de entrada y registro se practique de conformidad con las disposiciones legales y con pleno respeto, en su caso, del derecho a la inviolabilidad del domicilio corresponden precisamente a la autoridad que practica el registro, es decir, al juez de instrucción que conozca de la causa o a la autoridad judicial o policial a quien, conforme las previsiones del art. 563, se haya encomendado la práctica de la diligencia. Es de sentido común que sea precisamente la autoridad que dirige la práctica del registro la que vele por que dicha práctica se produzca con el más exquisito respeto de los derechos fundamentales y con perfecto ajuste a las disposiciones legales aplicables. Y en este sentido el reparto de papeles está muy claro en la Ley: el registro lo practican el juez o su delegado (arts. 563 y 571); el Secretario simplemente lo presencia (art. 569). Es más, si el juez o su delegado, al practicar el registro, no respetaran los preceptos constitucionales o legales, el "interesado" o cualquiera de las partes personadas que estuvieran presentes en la práctica de la diligencia (art. 302) o el Fiscal, si estuviera presente, podrían formular las observaciones que consideraran convenientes al respecto; no el Secretario, que tendría que limitarse a consignar las incidencias en el acta de la diligencia.

En realidad, el problema que nos ocupa tiene mucho que ver con la práctica generalizada de nuestros jueces □práctica nada reprochable, por lo demás□ de hacer uso de la facultad de delegación que les concede, de manera incondicionada, el art. 563,

encomendando la realización de los registros a agentes de Policía judicial. Si el registro fuera realizado personalmente por el Juez es muy probable que a nadie se le ocurriría atribuir al Secretario funciones de garantía. Es el hecho de que los registros se practiquen habitualmente por agentes de Policía lo que, consciente o inconscientemente, genera una cierta desconfianza sobre si el respeto de las garantías queda convenientemente asegurado. Ahora bien, dejando de lado que esta desconfianza, de existir, no estaría, a mi juicio, justificada, si lo que en realidad se plantea es reforzar las garantías en la práctica del registro, la solución adecuada no es atribuir al Secretario funciones de control que exceden de las que legalmente le corresponden, sino propugnar la eliminación de la facultad de delegación que establece el art. 563<sup>16</sup>, o reducir el alcance de dicha facultad (aproximándola, por ejemplo, al régimen general del art. 310) o incluso, y para terminar, exigir la presencia del Fiscal en los registros para garantizar el cumplimiento efectivo de las funciones de inspección que le atribuye el art. 306.

Llegados a este punto, conviene reflexionar de nuevo acerca de las consecuencias que ha de llevar aparejada la ausencia del Secretario durante la práctica del registro. Pues bien, teniendo en cuenta que la función que al Secretario incumbe durante la práctica de los registros se limita a reflejar documentalmente lo sucedido durante la diligencia y los resultados de la misma, con la especial eficacia que deriva de su condición de fedatario público, la única consecuencia que ha de llevar aparejada la práctica del registro en ausencia del Secretario será la de privar de esa especial eficacia al documento que recoja los resultados e incidencias del registro. De ahí puede llegarse, todo lo más, a la conclusión de que, pese a la regla general, arriba expuesta, según la cual los resultados de los registros practicados por orden judicial una vez incoado el proceso acceden al juicio oral por medio del acta del registro que, por la vía del art. 730 L.e.cr., puede ser directamente valorada por el Tribunal, si el acta no ha sido levantada y autorizada por el Secretario, no sería viable esta forma de acceso al juicio oral de los resultados de la diligencia. Pero, no afectando la ausencia del Secretario ni al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, en aquellos registros en que tal derecho estuviera en juego, ni, en general, a las garantías procesales en la práctica de la diligencia, nada impediría que los resultados del registro pudieran ser tenidos en cuenta por el Tribunal si accedieran al juicio oral por cualquier otro medio, incluyendo tanto las declaraciones testimoniales de los propios acusados y otros sujetos que hubieran estado presentes, como las de los propios agentes de Policía que, por delegación del juez hubieran practicado la diligencia. Esta es la tesis que se mantiene en la otra línea jurisprudencial "extrema" y la que, en mi opinión, resulta más acertada<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup>En este sentido, GOMEZ COLOMER, "Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español", en *Revista de Derecho Procesal*, 1993, núm. 3, pág. 582, indica que "puestos a dotar al acto de las mayores garantías posibles, la presencia del Juez de Instrucción habría debido ser inexcusable en todo caso, pero, claro, en perjuicio de otras investigaciones ante la frecuente "pérdida de tiempo" que esto puede suponer, sobre todo estando el Juzgado de guardia".

<sup>17</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 179-180 y sentencias que cita en nota 576.



Y aquí podría cerrarse este apartado si no fuera porque aún existe una tercera línea jurisprudencial, la que ha sido denominada "conciliadora", que requiere además una muy especial atención por ser la que parece se va imponiendo sobre las otras dos ya examinadas. Según esta doctrina, el registro realizado en ausencia del Secretario es un acto nulo de pleno derecho; pero esta nulidad no impide de manera absoluta que los resultados de registro puedan ser tenidos en cuenta por el Tribunal penal para formar su convicción sobre los hechos objeto de acusación. En efecto, esta línea jurisprudencial "conciliadora" considera admisible que los resultados del registro se incorporen al acervo probatorio mediante la declaración testifical de cualquier sujeto que hubiere presenciado el registro, *excepto los agentes de Policía que lo practicaron*<sup>18</sup>.

El primer problema que plantea esta línea jurisprudencial es el de la falta de coherencia entre el punto de partida, a saber, la nulidad absoluta o radical de la diligencia de entrada y registro practicada en ausencia del Secretario, y la conclusión, a saber, que dicha nulidad no impide de manera absoluta que los resultados del registro puedan incorporarse al material probatorio valorable por el juzgador. Nótese que, al admitirse que los resultados del registro puedan ser valorados por el Tribunal si se hacen presentes en el juicio oral por medio de la declaración de los propios acusados o del testimonio de otros sujetos distintos de los policías que practicaron la diligencia, se está admitiendo que el Tribunal pueda considerar *existente* el acto del registro, que pueda, asimismo, formar su convicción a partir del examen de ciertos objetos que no estarían a su disposición si no se hubiese practicado el registro y que pueda, en fin, tener en cuenta lo sucedido durante la práctica del registro por medio de las percepciones de sujetos que lo presenciaron y que dan cuenta de dichas percepciones en sus declaraciones ante el Tribunal. Y todo esto no se compadece bien, a mi juicio, con la afirmación inicial de que el registro practicado en ausencia del Secretario es un acto *nulo de pleno derecho*. La nulidad radical o de pleno derecho debería comportar la absoluta ineficacia del acto viciado lo que habría de impedir al Tribunal, de manera también absoluta, considerarlo existente y, en consecuencia, fundar su convicción en la percepción de objetos que no estarían a su disposición si no se hubiera producido el acto nulo y tener en cuenta los detalles de lo sucedido durante la realización de dicho acto.

En definitiva, un acto nulo no puede tener ningún efecto, sea cual fuere la forma en la que el acto nulo se haga presente ante el Tribunal durante las sesiones del juicio oral. Si se quiere mantener que el Tribunal puede, en ciertas condiciones, considerar existente el registro practicado en ausencia del Secretario y valorar, en consecuencia, los resultados de la diligencia, habrá que aceptar que el registro así practicado no es nulo, en cuyo caso, el único problema que se plantearía es el de que, no existiendo constancia documental dotada de la fehaciencia que proporciona la intervención del Secretario, la existencia y resultados del registro tendrían que acreditarse ante el Tribunal de otra manera. Y hay que reconocer que algunas de las sentencias de la denominada línea "conciliadora" vienen a plantear la cuestión precisamente en estos términos. Se trata de sentencias que, en lugar de partir de la base de la nulidad del acto procesal del registro,

---

<sup>18</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 180-183 y sentencias que cita en nota 577.

parten de la nulidad del *acta del registro*, cuando ésta no ha sido levantada por el Secretario, nulidad que priva al acta de toda virtualidad a efectos probatorios<sup>19</sup>. Con este planteamiento, no existe problema alguno para admitir que los resultados del registro puedan ser valorados por el Tribunal penal, siempre que se le pongan de manifiesto por otras pruebas distintas del acta. Puede observarse que, hasta aquí, la tesis es sustancialmente coincidente con la de la segunda de las líneas jurisprudenciales "extremas" más arriba glosadas; la diferencia estriba en que, según la doctrina "conciliadora", se excluye como vía de acceso al juicio oral de los resultados del registro la declaración de los agentes que lo practicaron.

La jurisprudencia a que nos referimos maneja argumentos de diferente índole para justificar tal exclusión. Algunos enlazan directamente con la tesis de la nulidad radical e insubsanable del acto del registro efectuado en ausencia del Secretario. Se dice, por ejemplo, que los funcionarios policiales actuantes "protagonizaron un acto nulo, que mal pueden depurar con sus propias manifestaciones, que forman parte de la propia sustancia del acto teñido con la impronta de vicio radicalmente insubsanable, por nulo de pleno derecho" o que "la intervención, a posteriori, de los agentes de policía que efectuaron el registro y entrada sin la presencia del Secretario Judicial, compareciendo en las sesiones del juicio oral, no puede subsanar los defectos de nulidad ya producidos"<sup>20</sup>. Este tipo de argumentos no parece muy sólido ya que, si es cierto que, de considerarse que el registro practicado en ausencia del Secretario es un acto nulo de pleno Derecho, la comparecencia de los policías en el juicio no podría sanar el vicio y convalidar el acto, tampoco sería posible la convalidación por medio de la declaración del acusado o acusados o del testimonio de otros sujetos que hubieran presenciado el acto. Insisto: si el registro es nulo de pleno derecho, el Tribunal debe prescindir absolutamente de su existencia y resultados a la hora de formar su convicción, lo que incluye no tomar en consideración ni la documentación □ más o menos defectuosa y, desde luego, no fehaciente □ del acto, ni ninguno de los testimonios que se hayan producido en el juicio oral sobre el mismo, sean de los policías actuantes o de cualquier otro sujeto<sup>21</sup>.

<sup>19</sup>STS 7-4-93 (R.A. 3079); STS 13-4-93 (R.A. 3088)

<sup>20</sup>STS 21-1-93 (R.A. 280)

<sup>21</sup>En algunas sentencias que recogen la denominada doctrina "conciliadora" (por ejemplo, STS 21-1-93 R.A. 280) aparece el siguiente argumento: "Sería un verdadero fraude de ley, causante de la indefensión de la parte acusada, que la diligencia viciada recobrase su efectividad por medio de la declaración testifical de los que intervinieron en su práctica", con cita de la STS 3-12-91 (R.A. 8968); se trata, ciertamente, de otra forma de expresar la idea de la insubsanabilidad del defecto, adobada esta vez con los conceptos de fraude de ley y de indefensión, siendo especialmente significativa la referencia a la indefensión, que sólo es explicable si se vincula, de una u otra forma, la presencia del Secretario a las garantías de la defensa, lo que confirma que estos argumentos basados en la nulidad absoluta y radical y, por ende, insubsanable, del acto del registro valen sólo para apoyar la tesis "extrema" de la absoluta ineficacia del registro nulo, pero no son adecuados para justificar una tesis jurisprudencial que excluye sólo el testimonio de los policías pero no otras vías de acceso al juicio oral del acto que se afirma ser radicalmente nulo. Es significativo, en este sentido, que la sentencia de 3-12-91, en la que efectivamente se hacía el razonamiento transcrito, pertenece a la línea jurisprudencial "extrema" defensora de la absoluta ineficacia del registro en ausencia del Secretario.

Otra vía argumentativa que puede encontrarse en la jurisprudencia que se está examinando para excluir la viabilidad del testimonio de los agentes que practicaron la diligencia parte de establecer una comparación entre el caso que nos ocupa y el de la declaración de un imputado ante la Policía sin cumplimiento de las exigencias mínimas indispensables (sin la presencia de Abogado, por ejemplo). Se dice que permitir que los resultados del registro efectuado en ausencia del Secretario se hagan presentes en el juicio oral por medio de la declaración de los policías actuantes sería tanto como permitir que la declaración del imputado ante la Policía sin estar presente su Abogado pudiera incorporarse al material valorable a disposición del juzgador por medio del testimonio de referencia del propio agente que recibió la declaración. El problema que presenta este argumento es que equipara la trascendencia del vicio consistente en la ausencia de Abogado en la declaración del detenido y el consistente en la ausencia del Secretario en la práctica del registro. Tal equiparación puede sostenerse sólo si se atribuye a la presencia del Secretario en los registros una función de garantía de los derechos del imputado análoga a la que cumple la asistencia letrada al detenido. Pero tal concepción sobre el papel que al Secretario corresponde en los registros no me parece sostenible, como ya indiqué más arriba. En todo caso, hay que subrayar que, si la ausencia del Secretario en el registro constituyera un vicio de análoga significación a la ausencia de Abogado en la declaración del detenido, no debería permitirse la utilización, con fines probatorios, de los resultados del registro ni por la vía de la declaración de los agentes policiales ni por ninguna otra vía. Es decir, que el argumento que estamos examinando podría valer para apoyar la tesis de la absoluta ineficacia del registro efectuado en ausencia del Secretario, cuyos resultados no podrían incorporarse de ninguna forma al acervo probatorio valorable por el Tribunal; pero no es un argumento válido para apoyar la llamada doctrina "conciliadora" que sí permite que, salvo por la vía del testimonio de los agentes policiales, puedan entrar los resultados del registro en el material valorable a efectos de prueba<sup>22</sup>.

Hay, finalmente, otro par de argumentos que se apoyan en la circunstancia de que los policías que actúan en el registro lo hacen por delegación del juez y, por tanto, su intervención en el registro debe ser tratada como si hubiera sido el propio juez el que hubiera practicado la diligencia. El punto de partida es, desde luego más adecuado ya que, por una parte, se intentaría explicar por qué el testimonio de los policías vale para incorporar al material probatorio los resultados del registro cuando éste se practica, antes del proceso y sin resolución judicial, en el marco de las investigaciones policiales y no cuando reviste el carácter de diligencia propiamente procesal y, por otro lado, se establecería un rasgo distintivo entre el papel que en la diligencia corresponde a los

---

<sup>22</sup>El argumento aparece en RUIZ VADILLO, "La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio procesal de producirse determinadas irregularidades procesales", en *La prueba en el proceso penal*, C.G.P.J., 1992, pág. 78; luego es recogido por algunas sentencias (STS 21-1-93 R.A. 280, entre otras). Nótese, por lo demás, que una declaración del detenido prestada sin asistencia de Letrado no puede convertirse en elemento valorable por el juzgador, ni siquiera por la vía del art. 714 L.e.cr., cuando el acusado, aun reconociendo haber efectuado tal declaración, deponga en sentido contrario en el acto del juicio (cfr. más ampliamente, mi *Presunción de inocencia...*, cit., págs. 259-260 y sentencias que allí se citan en el texto y en nota 255).

policías que la practican y el que desempeñan los demás sujetos que intervienen en ella, lo que proporciona mayor coherencia al distinto tratamiento que se postula para las declaraciones de unos y otros en el acto del juicio oral.

No obstante, tampoco estos argumentos resultan convincentes. Desde luego no lo es el que recurre a las ideas de "contaminación procesal" y de "parcialidad objetiva" para invalidar el eventual testimonio de los agentes sobre el registro practicado en ausencia del Secretario. El concepto de "contaminación procesal" se predica, en efecto, de los jueces de instrucción y podría extenderse a los policías que en el registro actúan por delegación de éste; lo que sucede es que tal concepto se utiliza como base para excluir que el juez de instrucción pueda asumir también el enjuiciamiento, por lo que, aplicado el concepto a los policías actuantes en el registro, a lo más que podría llevar es a la obvia conclusión de que esos policías "contaminados" por su intervención en la instrucción no podrían ejercer funciones enjuiciadoras, pero no que no pudieran declarar como testigos. Lo que se quiera decir cuando se habla de "parcialidad objetiva" de la eventual declaración de los agentes es más difícil de desentrañar. Si tal reproche deriva de la supuesta "contaminación procesal", estaría aludiendo a la misma suerte de "parcialidad" que se atribuye al juez de instrucción en la que se basa la causa de abstención y recusación prevista por el art. 219.10 LOPJ. Pero hay que tener en cuenta que esa "parcialidad" se haría derivar exclusivamente del directo conocimiento que el juez de instrucción tiene de las diligencias de investigación practicadas durante la instrucción del proceso, lo que le haría inidóneo para juzgar imparcialmente sobre la base exclusiva de las pruebas practicadas en el juicio oral; por tanto, y volvemos a lo de antes, la "parcialidad objetiva" en cuestión podría aducirse para negar a los policías actuantes en el registro la facultad de juzgar imparcialmente sobre los resultados del registro, no para cerrar la posibilidad de que los policías se limiten a suministrar la noticia del registro y se sus resultados al Tribunal que ha de juzgar sobre tales extremos.

Otra posibilidad es que el reproche de "parcialidad objetiva" esté desvinculado del de "contaminación procesal" y derive exclusivamente del protagonismo de los agentes policiales en la práctica de la diligencia de entrada y registro. Lo que ocurre es que, en tal caso, sería difícil de justificar por qué se excluye el testimonio de los agentes en los registros propiamente procesales y no en los de carácter exclusivamente policial, ya que en estos últimos, si bien se mira, el protagonismo policial es aún mayor que en aquéllos: en efecto, mientras que en los registros propiamente procesales los agentes actúan por mandato del juez y dentro de los límites de lo ordenado por éste, en los que practica la Policía por propia autoridad la iniciativa es exclusivamente policial y los límites vienen dados por los fines de investigación que los propios agentes se hayan propuesto. Por lo demás, y para terminar, conviene recordar que nuestro ordenamiento jurídico no invalida de antemano el testimonio de sujetos que puedan ser considerados "parciales", sino que únicamente procura que las circunstancias que pudieran determinar la "parcialidad" del testigo sean conocidas para que puedan ser tenidas en cuenta por el Tribunal en el momento decisivo de la valoración de la prueba (cfr. arts. 436, párrafo primero y 708 L.e.cr.).

El otro argumento relacionado con la circunstancia de que los agentes que practican los registros ordenados por el juez actúan como delegados es relativamente simple: si los actos del juez de instrucción sólo pueden acreditarse ante el Tribunal por medio de la correspondiente documentación autorizada por el Secretario, siendo inconcebible que la ausencia o los vicios que pudieran existir en tal documentación sean sustituidos por la declaración testifical del propio juez en el plenario, el mismo régimen ha de aplicarse a los actos practicados por agentes de policía durante la instrucción de la causa cuando éstos actúan como delegados del juez<sup>23</sup>. Nótese que este razonamiento es compatible con la tesis de que la ausencia del Secretario no priva de validez al registro, sino que únicamente determina la nulidad del acta, impidiendo que la existencia y resultados del registro puedan acreditarse ante el Tribunal por medio de dicho documento y conforme al régimen del art. 730 L.e.cr. El registro, en sí mismo válido, no podría incorporarse al material probatorio valorable mediante el acta, porque ésta sería nula; tampoco mediante el testimonio de los agentes de Policía porque éstos, al haber actuado por delegación del juez, no podrían, de la misma manera que no habría sido posible con el juez, ser llamados a declarar como testigos; ahora bien, salvo a través de estos medios de prueba, la existencia y resultados del registro podrían hacerse presentes al Tribunal por cualquier otro procedimiento. La clave del argumento está, por tanto, en considerar que la delegación del juez en los agentes de Policía convierte a estos últimos en jueces a todos los efectos, incluido el de no ser posible su declaración testifical en el acto del juicio oral.

Hay que reconocer de inmediato cierta solidez a este argumento. Salvo que se destruya la premisa que le sirve de base, a saber, la de que los jueces de instrucción no pueden declarar como testigos en el juicio oral y que la única vía por la que pueden acceder los actos del instructor al juicio es a través de la documentación correspondiente autorizada por el Secretario □y no voy a intentar ahora destruir esa premisa□, no es fácil encontrar razones que se opongan a que el mismo esquema se aplique a los actos en los que los agentes de Policía actúan como delegados del Juez. Sí puede hacerse notar, sin embargo, que los resultados a los que conduce la aplicación de este razonamiento no dejan de producir cierta perplejidad y, por otra parte, que también pueden aducirse argumentos que apoyarían la solución opuesta, es decir, la de la viabilidad del testimonio en el juicio de los policías actuantes, incluso en el caso de que hubieran efectuado el registro como delegados del juez.

Así, y por lo que se refiere a las consecuencias de la doctrina expuesta, hay que decir que resulta difícil de entender que en los registros practicados por la Policía sin necesidad de mandamiento judicial sea posible la declaración testifical de los agentes intervinientes y no lo sea en el caso de un registro ordenado por el juez, pero practicado también por agentes de la Policía. Y la perplejidad aumenta cuando se repara en que, en el primer caso, es precisamente la ausencia de acta levantada por el Secretario lo que hace necesario el testimonio de los agentes de Policía en el juicio y que, en cambio, en el segundo supuesto, precisamente cuando se da el mismo caso de ausencia de acta levantada por el Secretario, no resulta aplicable la misma solución. Si bien se mira, la

---

<sup>23</sup>STS 7-4-93 (R.A. 3079); STS 21-1-93 (R.A. 280).

intervención de los agentes policiales en el registro es idéntica en ambos casos, el alcance de sus percepciones es el mismo, la información que podrían suministrar al Tribunal por medio de su declaración testifical sería también de igual naturaleza; entonces, ¿por qué en el primero es admisible la declaración de los agentes en el juicio y en el segundo no lo es? La respuesta que proporciona la doctrina que estamos examinando es muy simple: porque en el primer caso los policías actúan como policías y nada impide que los policías declaren como testigos en el juicio, mientras que en el segundo caso los policías actúan como jueces de instrucción y los jueces de instrucción no pueden declarar en el juicio oral como testigos<sup>24</sup>.

Pero esta respuesta no me parece satisfactoria. Y hay también argumentos que apoyarían la solución opuesta y que, en consecuencia permitirían evitar las perplejidades que acaban de reseñarse. En definitiva, la tesis que examinamos determina el régimen de acceso al juicio oral de los actos de investigación en función de la naturaleza del acto [judicial o policial], sin tener en cuenta la condición de los sujetos que lo hayan efectivamente realizado. Así, los actos de investigación policiales acceden al juicio oral por medio de la declaración testifical de los agentes, mientras que los actos propiamente judiciales o procesales sólo pueden acceder al juicio mediante la documentación autorizada por el Secretario, siendo inviable su ingreso en el acervo probatorio valorable por medio de la declaración testifical de la autoridad que lo practicó, sea ésta la propia autoridad judicial o, por delegación de ésta, la Policía Judicial. Ahora bien, frente a este planteamiento se podría oponer otro al que, cuando menos, y a falta de un precepto legal expreso que resuelva con claridad el problema, habría que reconocerle análoga solidez: la declaración testifical de los agentes de Policía en el acto del juicio es un medio de prueba, en general, admitido por nuestro Derecho; en principio, tal declaración sólo estaría limitada por la obligada referencia a hechos de conocimiento propio, directo o indirecto, que sean objeto del proceso [puesto que en otro caso se trataría de una prueba impertinente]; los hechos conocidos por los agentes de Policía durante la práctica de un registro son hechos relevantes; conclusión: nada impide que los agentes de Policía declaren en el juicio sobre tales hechos y que esas declaraciones se incorporen al material probatorio valorable por el Tribunal sentenciador. En este planteamiento, la distinción entre aquellos casos en que los agentes actuaron en funciones estrictamente policiales y aquellos otros en que actuaron por delegación del juez sería irrelevante, puesto que la Ley no contempla en absoluto tal circunstancia entre las que pueden determinar la inadmisibilidad de una declaración testifical.

Creo que se puede considerar que, cuando menos, las dos posiciones posibles respecto del problema que nos ocupa pueden defenderse con argumentos de similar peso. En tales condiciones, me parece que debe preferirse la solución que conduzca, en conjunto, a un resultado más coherente. Y en este caso me parece que la admisibilidad de la declaración testifical de los agentes que practicaron el registro, aun tratándose de

---

<sup>24</sup>Argumentos, quizá discutibles, pero dignos de consideración, en contra del carácter judicial o procesal de la diligencia de entrada y registro practicada por la Policía con mandamiento judicial pueden verse en LUZON CUESTA, "La prueba derivada...", cit., págs. 41-43.

un registro propiamente procesal, en el que los agentes policiales actuaron por delegación del juez es más satisfactoria, ya que no da lugar a las perplejidades que provoca la solución contraria.

Y quiero subrayar, finalmente, que, a mi modo de ver, la opción por una u otra de las soluciones en pugna nada tiene que ver ni con la mayor o menor garantía de la inviolabilidad del domicilio, ni con una más o menos intensa efectividad de las garantías procesales referentes a la producción de las pruebas. El acceso al juicio oral de los resultados del registro por medio de la declaración testifical de los agentes que lo practicaron es plenamente respetuoso con la exigencia de producción de la prueba en el juicio oral, con plena efectividad de las garantías de contradicción, oralidad, publicidad e intermediación y, si el registro se practicó, aun estando ausente el Secretario, con pleno respeto a las exigencias del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, en aquellos casos en que tal derecho estuviera en juego, y con posibilidad de intervención del imputado, en todo caso, ningún reproche podría hacerse, desde el punto de vista de las garantías constitucionales y legales, a la incorporación de sus resultados al acervo probatorio valorable por el Tribunal. Es del todo cierto que en un Estado de Derecho la justicia no puede hacerse a cualquier precio y que, en consecuencia, el Estado debe renunciar incluso a castigar a los culpables de un delito cuando las pruebas acreditativas de la culpabilidad se hayan obtenido o producido con vulneración de derechos fundamentales o sin respetar las garantías procesales básicas; pero, ante dos opciones interpretativas igualmente respetuosas con los derechos fundamentales y las garantías procesales no hay razón para inclinarse por la que resulte más favorable para el acusado.

*c) La garantía de la contradicción en la práctica de la entrada y registro en lugar cerrado.*

La diligencia de entrada y registro es un acto de investigación que, ordinariamente, se produce, bien en el marco de las investigaciones policiales preprocesales, bien en la fase de instrucción del proceso penal; en todo caso, antes de la apertura del juicio oral. Es, además, un acto de investigación que, por su propia naturaleza, no es susceptible de reproducción en la fase de plenario. Esto último dota a la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado de una doble dimensión:

a) Como acto de investigación, permite el descubrimiento del delito y/o contribuye al esclarecimiento de los hechos, con la única finalidad de preparar el juicio oral, tal y como previene el art. 299 L.e.cr.

b) Como acto de investigación no reproducible en la fase de plenario, puede convertirse en prueba valorable por el Tribunal si sus resultados se hacen presentes en el juicio oral en cualquiera de las formas examinadas en el apartado precedente.

Ahora bien, para que la diligencia de entrada y registro pueda ser valorada como prueba es preciso que se haya dado al imputado la posibilidad de intervenir en su práctica, para hacer de este modo posible la contradicción. Esta exigencia no es específica de los registros, sino que se proyecta, con carácter general, sobre todas

aquellas diligencias de investigación policiales o sumariales que, por no ser reproducibles en la fase de plenario, pueden llegar a adquirir verdadera y propia eficacia probatoria cuando sus resultados se hacen presentes en el acto del juicio oral, bien sea por medio de la lectura prevista por el art. 730 L.e.cr., si se trata de diligencias sumariales, bien por medio del testimonio de los agentes intervinientes, si se trata de diligencias policiales<sup>25</sup>.

No conviene confundir la exigencia de que se dé al imputado la oportunidad de intervenir en el registro para hacer posible la contradicción en la práctica de la diligencia con el requisito de la presencia del "interesado" o, en sus casos respectivos, de la persona que lo represente, o individuo de su familia mayor de edad, o dos testigos establecido por el art. 569 L.e.cr. Es cierto que, cuando coinciden en una misma persona las condiciones de imputado y titular del lugar en que se practica la diligencia lo que sucede, por lo demás, con frecuencia, ambas exigencias son sustancialmente coincidentes; pero ello no debe conducir a una absoluta identificación de los dos requisitos, que operan en planos distintos y cuyo incumplimiento genera distintas consecuencias.

Para entenderlo adecuadamente conviene examinar primeramente la hipótesis de falta de coincidencia entre el titular del lugar en que se practica en registro y el sujeto cuya conducta posiblemente delictiva se investiga por medio de la diligencia. En este caso, el art. 569 lo que impone es la presencia del "interesado", que debe entenderse que es el titular del domicilio o del lugar cerrado en el que ha de practicarse la diligencia, pudiendo ser sustituido, en los casos previstos por el propio precepto, por otros sujetos (un representante, un familiar o dos testigos). El requisito no se explica en función del reconocimiento de un derecho del "interesado" a estar presente en el registro, sino que obedece a la imposición de un deber, cuyo incumplimiento puede generar incluso responsabilidad penal en los términos a que hace referencia el penúltimo párrafo del art. 569. Entiendo, por lo demás, que el alcance de este requisito de presencia del interesado debe determinarse en estrecha relación con el régimen de notificaciones de la resolución judicial que acuerda la práctica de la diligencia. En este sentido, lo que dispone el art. 569 concuerda precisamente con el régimen de notificación del auto que acuerda la entrada y registro en un domicilio, establecido por el art. 566. Partiendo de la base de que, dada la naturaleza de la diligencia, la práctica del registro ha de producirse inmediatamente después de la notificación de la resolución judicial ordenándola, lo dispuesto por los arts. 566 y 569 se armonizaría de la siguiente manera:

- Si fuere habido el "interesado" (titular del domicilio) a éste precisamente habría de hacerse la notificación (art. 566) procediéndose de inmediato al registro y quedando el "interesado" obligado a permanecer en el domicilio durante la práctica de la diligencia, a no ser que nombre un representante para dicho acto (art. 569.I y II).

---

<sup>25</sup>*Presunción de inocencia...*, cit., núms. 106 a 110, págs. 276 y sigs., con referencia a las declaraciones sumariales no reproducibles.



- Si no estuviera el "interesado" cuando fuera a hacerse la notificación, se hará ésta en la persona de "su encargado" (art. 566), previsión un tanto enigmática, si se tiene en cuenta que el precepto se refiere al registro de un domicilio y no de un negocio. En cualquier caso, si existiera "encargado" y a él se hiciera la notificación, el registro se practicaría de inmediato, quedando obligado el "encargado", en concepto de "representante legítimo" del interesado, a permanecer en el domicilio durante la diligencia ( art. 569).

- Si no hubiere "encargado", la notificación se haría a cualquiera otra persona mayor de edad que se hallare en el domicilio, prefiriendo para esto a los individuos de la familia del interesado (art. 566). Esta previsión sólo concuerda parcialmente con el art. 569. En efecto, si la notificación se hace a un familiar mayor de edad, estaríamos precisamente en el caso previsto por el art. 569.II, quedando obligado el familiar en cuestión a presenciar el registro que se practicaría de inmediato tras la notificación. Ahora bien, el paralelismo entre los preceptos se rompe si la notificación se hace a persona mayor de edad que no pertenezca a la familia del interesado. Caben dos posibilidades: o considerar al sujeto receptor de la notificación como "representante legítimo" del interesado, quedando por tanto aquél obligado a presenciar el registro en tal concepto; o bien considerar que se da el caso del párrafo tercero del art. 569, en cuyo caso el registro se practicaría en presencia de dos testigos, uno de los cuales podría ser precisamente el receptor de la notificación.

- Finalmente, si no hubiera nadie en el domicilio objeto de registro, se haría constar por diligencia que se extendería con asistencia de dos vecinos cuya firma se estamparía en el documento (art. 566); lo que, esta vez sí, concuerda a la perfección con lo dispuesto por el art. 569, párrafo tercero: esos mismos vecinos quedarían obligados a presenciar la práctica de la diligencia.

Como se ve, la exigencia elemental de inmediatez de la práctica del registro respecto de la notificación de la resolución queda perfectamente asegurada con la aplicación conjunta de los arts. 566 y 569.

La estricta aplicación del art. 569, en lo que se refiere a la presencia del "interesado" y régimen de sustitución de éste, no parece posible en los registros de lugares públicos o de lugares especiales. Así, por ejemplo, no tendrá sentido, normalmente, la sustitución del "interesado" por un miembro de su familia mayor de edad y, en ciertos casos, tampoco por un representante; la intervención de dos testigos, en caso de no hallarse nadie en el lugar en cuestión o de que quien estuviere allí rehusare permanecer durante el registro, sí parece posible en todo caso. En estos casos parece lógico armonizar la exigencia de presencia del "interesado" con las respectivas previsiones en materia de notificación de la resolución, teniendo en cuenta siempre la exigencia de inmediatez entre la notificación y la práctica de la diligencia (cfr. arts. 564 y 565, en relación con el art. 547, para el registro de lugares y edificios públicos, y arts. 555, 556 y 559 a 562, para el registro en lugares especiales)<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup>AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo IV, Madrid, 1913, pág. 329, afirma que el art. 569 L.e.cr. sólo se refiere al registro domiciliario, excluyendo su aplicación

Para los registros practicados por la Policía judicial por propia autoridad también debe exigirse el cumplimiento del requisito de presencia del "interesado", y el correspondiente régimen de sustituciones, que habrá de modularse en función de cuál sea el lugar objeto de registro y de quiénes sean las personas halladas en el lugar en cuestión al iniciarse la práctica de la diligencia.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del requisito que consideramos y siempre en la hipótesis de que el "interesado" no sea el propio imputado, conviene distinguir dos situaciones. Así, en primer término, si no estuvo presente el "interesado" ni ninguno de los sujetos que hubieran de sustituirle porque no hubiera sido hallado ninguno o porque todos ellos hubieran rehusado, la diligencia se practicaría de todos modos (art. 569.IV *i.f.*) y surtiría plenos efectos. Las únicas consecuencias se limitarían a la exigencia de las responsabilidades en que hubieran podido incurrir los sujetos que infringieron el deber de permanencia durante la práctica de la diligencia.

Más difícil resulta precisar las consecuencias de la ausencia del interesado o de los demás sujetos que pueden ser llamados a presenciar la diligencia en el caso, me parece que improbable, de que estando dichos sujetos dispuestos a cumplir con su deber de presencia en el registro fuera la propia autoridad que hubiera de practicarlo la que les impidiera permanecer en el lugar durante la diligencia o bien cuando, hallándose el lugar vacío o rehusando quienes estuvieran en él estar presentes durante el registro, la autoridad en cuestión no buscara los dos testigos que, en último término, exige el art. 569. En todo caso, esta cuestión debe abordarse partiendo de la previa determinación de cuál sea el fundamento de la exigencia de la presencia del "interesado" en el registro y cuál es la finalidad que se pretende con tal imposición.

Ante todo, me parece que cabe descartar que la exigencia de presencia del "interesado" deba ponerse en relación con la garantía procesal de la contradicción. Si el "interesado" no es el imputado, la presencia de aquél en el registro no puede relacionarse con ningún derecho ni garantía procesal reconocido por la Constitución y/o por la Ley procesal a quienes tienen la condición de imputado en una causa criminal. Con sólo esta consideración me parece que ya puede extraerse una importante consecuencia, a saber, la de que la eventual infracción del requisito de presencia del "interesado" (o de las personas que deban sustituirle) no tiene por qué llevar aparejados los efectos que ordinariamente se anudan a la práctica de actuaciones procesales con desconocimiento o vulneración de los derechos y garantías procesales que el ordenamiento reconoce al imputado. Y, más concretamente, que la infracción que consideramos no tiene por qué traducirse en incumplimiento del requisito de práctica de aquellas actuaciones que puedan tener un alcance incriminatorio en condiciones que hagan posible la contradicción procesal. En efecto, es perfectamente posible un registro en ausencia del

---

a los registros de lugares cerrados que no constituyan domicilio; creo, sin embargo, que tal afirmación es excesiva y que la exigencia de presencia del "interesado" se puede predicar con carácter general, aunque lógicamente, en los registros de lugares o edificios públicos su aplicación práctica no pueda acomodarse siempre con exactitud a las detalladas previsiones del precepto que nos ocupa.

"interesado" pero practicado en presencia del imputado y del Abogado defensor de éste. El respeto de los derechos y garantías procesales del imputado habría sido exquisito en este caso, en el que, sin embargo, podría haberse infringido lo dispuesto por el art. 569 L.e.cr. acerca de la presencia del "interesado".

Aclarado lo anterior, que quizá sea lo más importante a los efectos del objeto del presente trabajo, queda aún pendiente la cuestión de determinar, positivamente, cuáles han de ser las consecuencias del incumplimiento del requisito que nos ocupa. Confieso que, en este punto, no me siento capaz más que de formular un par de hipótesis, ambas problemáticas, como se verá.

Una primera posibilidad sería poner el requisito de presencia del "interesado" en inmediata relación con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Ciertamente, en la medida en que la invasión de tal derecho que la diligencia de entrada y registro comporta afecta, no al imputado, sino al titular del domicilio objeto de registro, la presencia de éste (o de las personas que, según la Ley, pueden y deben sustituirle) podría entenderse como una garantía establecida precisamente en favor del sujeto que padece la injerencia en un derecho fundamental<sup>27</sup>. Ahora bien, en contra de esta hipótesis, podría aducirse que, si así fuera, no tendría por qué imponerse la presencia del "interesado" como un deber jurídico cuyo incumplimiento podría dar lugar incluso a responsabilidades penales. Para garantizar el respeto de la inviolabilidad del domicilio sería suficiente con reconocer en favor del titular un *derecho* a estar presente en el registro, derecho que debería ser renunciable, de la misma manera que lo es el derecho a no aceptar el registro domiciliario cuando éste no haya sido ordenado por el juez mediante resolución motivada. En cualquier caso, si se relacionara el requisito de presencia del interesado con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, las consecuencias del incumplimiento de dicho requisito serían las propias de la práctica de la prueba con vulneración de derechos fundamentales, lo que habría de conducir a la aplicación del art. 11.1 de la LOPJ en lo que a la eficacia probatoria de la diligencia se refiere.

La otra posibilidad sería considerar que el deber de presencia del "interesado" constituye una manifestación concreta del deber general de cooperación con la administración de justicia expresado con carácter general por los arts. 118 de la Constitución y 17.1 LOPJ<sup>28</sup>. En efecto, la exigencia de presencia del "interesado" en el

---

<sup>27</sup>En esta línea, AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...*, cit., pág. 333 dice, respecto de los testigos que intervienen en ausencia del "interesado" que "su asistencia es indispensable para dar a la diligencia, en favor de su representado, las convenientes garantías de seguridad de que han de observarse en ellas las debidas formalidades y respetarse los derechos que, con relación a la misma, concede a éste la ley"; y, más adelante, con referencia a las personas que intervienen en la diligencia en lugar del interesado, afirma que la diligencia se entiende con ellas "en garantía de los derechos del mismo [del interesado], a fin de que éstos no sean violados al llevarse a efectos dicha diligencia" (pág. 335).

<sup>28</sup>Así parece concebir el requisito que nos ocupa ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., pág. 183, cuando, refiriéndose a las personas que según el art. 569 estarían obligadas a presenciar el registro, dice que "las personas enumerada tienen el deber □incluso penalmente sancionado□ de prestar esa colaboración"; también RAMOS MENDEZ, *El proceso penal*, cit., pág. 233, parece aludir a un deber de

registro podría ponerse en relación con lo dispuesto por el art. 329 L.e.cr. que, con referencia a la diligencia de inspección ocular, permite al juez ordenar "que no se ausenten durante la diligencia las personas que hubieren sido halladas en el lugar del delito y que comparezcan, además, inmediatamente las que se encontraren en cualquier otro sitio próximo". La diferencia estaría en que, mientras que, para la inspección ocular en lugar abierto, la Ley permite al juez decidir discrecionalmente si considera necesario o conveniente imponer la presencia de dichas personas, en el caso del registro, la Ley da por supuesto que la presencia del "interesado" o, en su caso, de las demás personas citadas por el art. 569 es necesaria o conveniente e impone, por tanto, de manera directa su presencia, sin dejar la misma al arbitrio del juez o autoridad delegada que practica la diligencia. El problema de esta interpretación radica en que, mientras que respecto del propio "interesado" y de las demás personas que, en concepto de encargado o representante o como miembro de la familia aquél, estuvieren presentes en el lugar del registro al ir a practicarse la diligencia, sí cabe conjeturar que su colaboración puede resultar útil, no es fácil llegar a la misma conclusión respecto de los dos vecinos que, en último término, deben ser llamados en ausencia de las otras personas o si éstas rehusan colaborar. En todo caso, si éste fuera el alcance del requisito que nos ocupa, su incumplimiento no debería generar más consecuencias que la depuración de las responsabilidades en que hubieran podido incurrir, bien los particulares que se negaran a colaborar, bien los funcionarios que incumplieran su deber de exigir la colaboración de aquéllos. Desde esta perspectiva, claro está, ninguna influencia tendría la ausencia del "interesado" sobre la eficacia probatoria del registro, salvo la que pudiera derivar, en el terreno puramente fáctico, de la pérdida de los datos que se hubieran podido conseguir si se hubiera contado con la colaboración □ voluntaria □ forzosa □ de aquél.

Sea cual fuere el significado y alcance de la exigencia de presencia del "interesado" y las consecuencias de su eventual incumplimiento, es seguro, como ya ya he dicho, que en los casos en que no haya coincidencia entre la persona titular del lugar objeto de registro y aquella contra la que se dirijan las actuaciones tal exigencia no puede ponerse en relación con la de posibilitar la contradicción en la práctica de los actos de investigación y prueba. Más aún, en la hipótesis que consideramos, no puede ni siquiera decirse que el art. 569 imponga la presencia en el registro del imputado. Esto no significa, sin embargo, que la Ley no exija que en la práctica de las diligencias de entrada y registro se haga posible la contradicción. Lo que ocurre es que tal exigencia no debe buscarse en el art. 569, sino en otros preceptos, concretamente, en los que establecen el régimen general de intervención del imputado en las diligencias de la fase de instrucción. Hay que tener en cuenta, por tanto, el art. 118, que establece cuándo una persona puede personarse en el proceso para ejercitar su derecho de defensa y el art. 302, que permite, con carácter general, la intervención de las partes personadas en todas las diligencias del procedimiento, estableciendo asimismo la excepción a dicha regla que deriva de la declaración judicial de secreto de las actuaciones para las partes personadas.

---

cooperación del interesado cuando afirma que "la diligencia no se frustra por falta de colaboración del afectado".

Más específicamente, podría considerarse aplicable a los registros lo dispuesto en el art. 333 para la diligencia de inspección ocular<sup>29</sup>.

De los preceptos citados se desprende la exigencia de que, al menos, el imputado que esté personado en la causa conforme a las previsiones del art. 118, debe ser citado para que asista, si así lo desea, a la práctica del registro. Esta regla rige especialmente para el imputado que estuviere privado de libertad, a quien se le debe trasladar al lugar del registro si así lo desea (art. 333 *i.f.*). Aunque una interpretación conjunta de lo dispuesto por los arts. 118 y 302 permitiría excluir la comunicación de la diligencia al querrellado o denunciado que no haya hecho uso de su derecho a personarse en el procedimiento, entiendo que, en aras de la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos por el art. 24 de la Constitución, estos sujetos también deberían ser citados para permitirles asistir e intervenir en la diligencia.

Conviene precisar que la garantía procesal se satisface con la simple comunicación al imputado de la resolución acordando el registro, sin que sea necesaria la efectiva presencia para que el acto pueda desplegar sus normales efectos probatorios. Así se deduce del art. 333 ("no se suspenderá por la falta de asistencia del procesado o de su defensor"), precepto que concuerda con la jurisprudencia constitucional que, en relación con la cuestión que nos ocupa, no exige para las diligencias sumariales la efectiva contradicción, sino simplemente que la contradicción haya sido *posible*. Por otro lado, cabe considerar aplicable a los registros la previsión del art. 333 en materia de antelación de la comunicación: será la que permita la índole de la diligencia, lo que incluye, a mi juicio, la posibilidad de practicar el registro sin previa comunicación cuando la urgencia de caso impida efectuarla o cuando los primeros intentos de notificación fracasen y no sea posible demorar la diligencia hasta que pueda realizarse la comunicación con éxito.

El imputado debidamente notificado podrá concurrir a la diligencia sólo o asistido por su abogado defensor (art. 333). En todo caso, debe ser él el que decida y, si solicita en dicho momento que se le nombre abogado de oficio para que le asista en la diligencia, así deberá acordarse, tal y como prevé también el art. 333. También aquí la urgencia del caso puede justificar que la diligencia se practique sin esperar al abogado.

---

<sup>29</sup> Este planteamiento es coincidente con el que puede verse en ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., págs. 183-184 y GOMEZ COLOMER, "Concreciones...", cit., págs. 582-583; en contra, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal*, cit., pág. 331, vincula estrechamente la exigencia de presencia del interesado del art. 569 con la de contradicción procesal, afirmando que "pretende la LECRIM que dicha diligencia [el registro] sea presenciada físicamente por el interesado o la persona que él designe, la cual, dada su condición de imputado, puede ser su propio abogado defensor (art. 118.3º). El deseo del legislador de garantizar el contradictorio en esta diligencia llega al extremo de que (contrariamente a su incomparecencia en el procedimiento, que es impune) pueda el imputado en el registro incurrir en el delito de "desobediencia" (art. 569.5º)". Una cierta confusión reina también en la jurisprudencia en la que no es raro encontrar firmes proclamaciones sobre la necesidad de contradicción apoyadas en la cita del art. 569 L.e.cr. (STS 8-6-93 R.A. 4857; STS 7-7-94 R.A. 5877).

De lo dicho se desprende que la omisión de la comunicación al imputado, esté o no personado, comportará ausencia de contradicción en la práctica del registro. Salvo en los siguientes casos:

- Cuando, al tiempo de practicarse la diligencia, no se conociera la posible implicación en el delito del sujeto que luego resulte inculminado (incluso como consecuencia del registro). Entenderlo de otro modo llevaría la garantía de la contradicción a extremos absurdos: por ejemplo, a tener que anunciar por edictos la práctica del registro para que pudiera concurrir las ignoradas personas que finalmente pudieran ser inculminadas. Me parece que en este caso la diligencia debe surtir sus normales efectos probatorios incluso frente a los acusados que no hubieren sido, en su momento, citados para su práctica por no hallarse entonces denunciados, ni existir querrela contra ellos, ni resultar entonces de las actuaciones ninguna imputación contra los mismos (cfr. art. 118 L.e.cr.).

- Cuando la diligencia se practique estando declaradas secretas las actuaciones para las partes personadas (art. 302.II), siempre y cuando la declaración del secreto esté justificada. Una declaración de secreto arbitraria o caprichosa, aparte de las consecuencias de otro orden que pudiera tener, privaría de eficacia probatoria, por falta de contradicción, a todas las diligencias  incluidos los registros  que se hubieren practicado durante su vigencia<sup>30</sup>.

- Cuando dada la urgencia de la diligencia no haya tiempo para practicar la comunicación (art. 333); a estos efectos, la urgencia debería ser apreciada de manera muy rigurosa.

Por otro lado, una vez hecha la comunicación al imputado, la diligencia debe practicarse en su presencia y, en su caso, en la del abogado defensor. Y si el imputado estuviere privado de libertad y solicitare estar presente en el registro, se le debe trasladar. En otro caso, la diligencia se practicaría sin contradicción, con las consecuencias que de ello derivan en materia de eficacia probatoria. Aunque también aquí hay excepciones: así, cuando el imputado, citado con suficiente antelación, no comparece. Si la comunicación se hizo con poca antelación, habría quizá que esperar un tiempo prudencial, salvo que la urgencia de la diligencia lo impidiera. El mismo criterio ha de aplicarse en relación con el Abogado defensor aunque, en el caso de que el imputado hubiera solicitado Abogado de oficio, quizá debería esperarse a que se cumplimentaran los trámites de la designación y el designado tuviera tiempo material de

---

<sup>30</sup>La declaración de secreto podría resolver el problema que se plantea cuando una previa comunicación al imputado, aunque fuera con escasa antelación, pudiera dar lugar a la frustración de los resultados del registro, lo que puede suceder con frecuencia. Ahora bien, en estos casos surge la cuestión de si la declaración de secreto podría amparar una exclusión de la presencia del "interesado", cuando éste fuera además el imputado, si al ir a practicar la diligencia se hallara éste en su domicilio. Me inclino por la negativa, aunque sólo sea porque en tal caso es difícil imaginar que la simple presencia del imputado durante un registro del que no había sido previamente advertido pueda poner en peligro los resultados de la diligencia.

acudir al lugar del registro, siempre y cuando, una vez más, la urgencia de la diligencia no lo impidiera.

Precisado el alcance de la exigencia de contradicción en la práctica del registro hay que ocuparse ahora de los efectos de su incumplimiento. Hay autorizadas opiniones que sostienen que, dado que la contradicción procesal es una garantía comprendida en el ámbito del art. 24 de la Constitución, el desconocimiento de la misma convertiría a la diligencia de entrada y registro en prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, con los efectos previstos por el art. 11.1 LOPJ, a saber, absoluta ineficacia probatoria de la diligencia y de las demás pruebas que, directa o indirectamente, deriven de ella. Los efectos de la ausencia de contradicción serían, según esto, los mismos que se producirían si se hubiera lesionado la inviolabilidad del domicilio<sup>31</sup>.

Es sabido, sin embargo, que el máximo intérprete de la Constitución no parece compartir esta tesis. En efecto, la muy citada STC 64/1986, de 21 de mayo, defiende que la doctrina de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales sería aplicable a "la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener las pruebas", pero no a la "que se produzca en el momento de su admisión en el proceso, o de su práctica en él, pues, respecto de estos últimos momentos, los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión". Este planteamiento, apoyado también por autorizadas voces<sup>32</sup>, conduce a excluir la aplicación del art. 11.1 a las pruebas que se hayan practicado en condiciones que no hagan posible la contradicción, ya que tal infracción entraría de lleno en el terreno de la indefensión, cuyas consecuencias, respecto de la eficacia del acto, habrían de deducirse del régimen general en materia de nulidad establecido por los arts. 238 y sigs. LOPJ.

La adopción de una u otra perspectiva no tendría consecuencias prácticas si ambas llevaran aparejadas las mismas consecuencias. Pero me parece que no es así. Es cierto que, tanto si se parte del art. 11.1 LOPJ como si se aplica el régimen de nulidad de los actos procesales de los arts. 238 a 243 de la LOPJ, queda excluida la eficacia probatoria directa de la diligencia de entrada y registro practicada en condiciones que no hagan posible la contradicción, en los términos arriba precisados. Esto significa que, sea cual fuere la forma en que los resultados del registro se hicieren presentes en el acto del juicio oral, el Tribunal no podría tenerlos en cuenta para la formación de su convicción. En efecto, tanto da, para llegar a esta conclusión, recurrir a la privación de efectos probatorios del art. 11.1 como a la nulidad del acto derivada del art. 238.3º, por

---

<sup>31</sup>PASTOR BORGÑOÑON, "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", en *Justicia*, 1988, núm. II, pág. 339; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalemnte obtenida*, Madrid, 1989, págs. 83-84; ASENSIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid, 1989, págs. 81-84.

<sup>32</sup>FERNANDEZ ENTRALGO, "Prueba ilegítimamente obtenida", en *La Ley*, 1990-1, pág. 1180 y sigs.; GONZALEZ MONTES, "La prueba obtenida ilícitamente con violación de derechos fundamentales", en *Revista de Derecho Procesal*, 1990-1, pág. 36.

infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa y consiguiente producción de indefensión. Ahora bien, si se contempla, no la directa eficacia probatoria del registro, sino la de otros actos de investigación y/o de prueba que se hayan practicado a raíz de los resultados obtenidos en el registro, la aplicación del art. 11.1 LOPJ y la del régimen de nulidad de los arts. 238 y siguientes pueden conducir a resultados diversos.

Conviene precisar que al decir "otros actos de investigación y/o de prueba" no me estoy refiriendo a aquellos en virtud de los cuales se hacen presentes en el juicio oral los resultados del registro (examen directo por el Tribunal de las piezas de convicción obtenidas en el registro y/o del acta de la diligencia o declaraciones de los acusados o de testigos sobre lo sucedido en el registro). Respecto de éstos no se plantea, a mi juicio, problema alguno. No creo que, conforme a las previsiones de la LOPJ en materia de nulidad, estos actos deban considerarse nulos. Lo que sucede es que el significado incriminatorio de estos actos depende de la existencia, validez y significado incriminatorio de los resultados del registro, de tal manera que si éste no puede considerarse jurídicamente existente, por tratarse de un acto procesal nulo de pleno derecho o, aun prescindiendo de esto, el registro queda privado de eficacia incriminatoria *ex art. 11.1 LOPJ*, las piezas de convicción, documentos o declaraciones sobre la diligencia, al no poder predicarse de ésta significado incriminatorio alguno, quedarían igualmente esterilizadas como eventual apoyatura de un pronunciamiento condenatorio. En resumen, el problema de la eficacia probatoria del examen de las piezas de convicción y de acta del registro por el Tribunal, así como el de las declaraciones que en el juicio se hicieran acerca de lo sucedido durante la práctica de la diligencia no se plantearía en el terreno de la licitud o ilicitud de tales actos, ni en el de la nulidad o validez, sino en el del contenido objetivamente incriminatorio de tales pruebas: referidas a un registro nulo o carente, en sí mismo, de eficacia incriminatoria por lesivo de un derecho fundamental, dichas pruebas no podrían ser consideradas pruebas "de cargo" y, por tanto, no serían pruebas aptas para destruir la presunción de inocencia.

El mismo esquema se aplicaría a las pruebas periciales que eventualmente se hubieran practicado para determinar la relación con el delito y/o con el imputado de las piezas de convicción halladas en el registro (por ejemplo, una pericial balística para determinar que el arma hallada en el registro fue la utilizada para cometer el homicidio; o los análisis químicos de las sustancias halladas en el registro). Tales periciales, en cuanto actos procesales independientes del registro, no se verían afectados por la nulidad de aquél. Ahora bien, el alcance incriminatorio de dichas pruebas dependería de que se pudiera contar, a efectos incriminatorios, con los objetos materiales sobre los que se proyectó la pericia. Si, por haber sido el registro ícito o nulo, no puede contarse, a efectos incriminatorios, con la existencia de los objetos hallados en la diligencia, la pericia que sobre dichos objetos se hubiera practicado quedaría igualmente privada de significado incriminatorio y, en consecuencia, no podría ser considerada prueba "de cargo".



El problema se plantea cuando se contemplan actos de investigación y/o de prueba practicados con absoluta independencia respecto del acto de entrada y registro pero partiendo de informaciones o datos obtenidos en el marco de esta diligencia. Es aquí donde, a mi juicio, la aplicación del art. 11.1 LOPJ y la del régimen de nulidades procesales de los arts. 238 y siguientes LOPJ conduce a resultados diferentes: mientras que los efectos previstos por el art. 11.1 se extenderían, a mi modo de ver, a las pruebas que pudieran vincularse causalmente a los resultados del registro viciado, en cuanto pruebas obtenidas, "indirectamente", con violación de derechos o libertades constitucionales; la nulidad del registro en virtud de lo dispuesto por el art. 238.3º LOPJ no generaría la misma consecuencia, ya que sólo muy forzosamente podría sostenerse que la validez de los actos procesales de investigación y/o de prueba que se hayan practicado sin conexión formal alguna con el del registro depende de la validez de éste, único supuesto en el que podría afirmarse, conforme a lo dispuesto por el art. 242 LOPJ, que la nulidad del registro se extendería también a las pruebas que consideramos.

La determinación de cuál de los dos regímenes expuestos debe aplicarse al supuesto de práctica de la entrada y registro sin posibilidad de contradicción no es en absoluto fácil. Si bien se mira, la contraposición del régimen de nulidades procesales con el de ineficacia de las pruebas obtenidas con lesión de derechos fundamentales es, quizá, artificiosa. Los arts. 238 a 243 LOPJ, por un lado, y 11.1 LOPJ, por otro operan en diferentes planos y su aplicación simultánea a un mismo supuesto no es, probablemente, imposible. Los primeros preceptos no están enderezados a la protección de los derechos fundamentales, sino a determinar los supuestos en los que un acto procesal debe considerarse nulo, los efectos de la nulidad y los medios a través de los cuales pueden hacerse valer dichos efectos. En este marco, la vulneración de las garantías esenciales de audiencia, asistencia y defensa, cuando se haya producido indefensión, constituye simplemente uno de los supuestos que da lugar a la nulidad de pleno derecho de los actos procesales, probatorios o no probatorios. Afirmada la nulidad de tales actos, las consecuencias son, en lo que ahora interesa, la ineficacia del mismo (incluida, en su caso, la probatoria, pero no sólo ésta, ya que la nulidad determina la privación de cualquier efecto que el acto viciado estuviera llamado a producir si no hubiera existido el vicio) y la de los posteriores que no sean independientes de él. Lo que sucede es que, como he dicho ya, no me parece que, en relación con el principio de conservación de los actos expresado por el art. 243 LOPJ, pueda considerarse que exista una relación de dependencia entre una diligencia de entrada y registro en lugar cerrado y cualquier otra diligencia de investigación sumarial o cualquiera de las pruebas que puedan admitirse y practicarse en el juicio oral.

El art. 11.1 LOPJ, por su parte, sí es un precepto inmediatamente enderezado a la protección de los derechos fundamentales. Y opera, en este sentido, de manera disuasoria: privando de efecto probatorio a cualquier prueba obtenida, directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales, se pretende abortar de antemano, privándole de sentido, cualquier acto lesivo de derechos fundamentales encaminado a la obtención de pruebas. Hay que advertir también que el art. 11.1 LOPJ opera con absoluta independencia de la validez o nulidad de los actos a que se refiere. Es más, podría considerarse que su campo de actuación más característico es el de aquellas

pruebas que se obtienen fuera del proceso con lesión de derechos fundamentales pero que se incorporan al proceso mediante actividades procesales probatorias practicadas con pleno respeto de las garantías procesales establecidas por la Constitución y las Leyes. Y para tal supuesto, el art. 11.1 no sanciona con la nulidad el acto procesal en virtud del cual se introduce en la causa el elemento probatorio obtenido con lesión de un derecho fundamental; se limita a privar a dicho acto de eficacia probatoria, de manera que el acto en cuestión, si no incurre en ninguno de los supuestos de nulidad previsto por la LOPJ sería válido y surtiría todos sus efectos, con la única excepción de los probatorios.

Pues bien, de la absoluta independencia con la que opera el art. 11.1 LOPJ respecto de la validez o nulidad de los actos a los que se refiere cabe deducir que actos procesalmente válidos, como son los actos de investigación y/o prueba que se ordenen y practiquen como consecuencia de los datos adquiridos en un registro nulo, por desconocimiento en su práctica de la garantía de la contradicción, pueden, sin dejar de ser actos válidos, quedar privados de efectos probatorios por aplicación del art. 11.1 LOPJ. Todo depende, al final, de que la garantía procesal de la contradicción en la práctica de la prueba, comprendida en el ámbito del art. 24 de la Constitución, se considere o no protegida por lo dispuesto en el citado precepto. Y de lo que se acaba de decir se desprende que la referencia a los arts. 238 y siguientes de la LOPJ no es argumento que permita excluir la aplicación del art. 11.1 LOPJ. Si no existiera la STC 64/1986, de 21 de mayo, me inclinaría decididamente por la plena aplicación del art. 11.1 LOPJ a los supuestos de práctica de la prueba sin contradicción, puesto que no veo que exista razón para que, sin claro apoyo legal, se los derechos fundamentales "procesales" tengan una protección menos intensa que los demás derechos y libertades del mismo rango. Ahora bien, en tanto en cuanto la doctrina de esa sentencia no sea modificada, entiendo que los tribunales ordinarios, en estricta observancia de lo dispuesto por el art. 5.1 LOPJ, no están autorizados para apartarse de ella y, por tanto, deberían resolver los supuestos de práctica no contradictoria de las diligencias de entrada y registro aplicando exclusivamente el régimen de nulidad de los actos procesales y sin tener en cuenta lo dispuesto por el art. 11.1 LOPJ.

Hay que recordar ahora que todo lo anterior está dicho para el supuesto de no coincidencia de la persona "interesada", es decir, la que es titular del lugar cerrado en que se practica la diligencia, con la persona imputada en el procedimiento. En caso de coincidencia, entiendo que el esquema apuntado sigue siendo igualmente válido. Las exigencias de presencia del "interesado" que deriva del art. 569 L.e.cr. y la de asegurar la contradicción en los términos que resultan de los arts. 118, 302 y 333 L.e.cr. convergen en cierta medida, pero no completamente y creo que, en todo caso, el cumplimiento de cada una de ellas y la determinación de las consecuencias del no cumplimiento de una u otra deben ser objeto de consideración separada. Así, es cierto que, en el caso más sencillo, el de presencia del imputado en la práctica de la diligencia, habrán quedado simultáneamente satisfechas las dos exigencias. También si el interesado-imputado, localizado en el lugar del registro al ir a practicarse la diligencia, rehusa permanecer durante su práctica, pero nombra representante. Es una de las posibilidades previstas por el art. 569 y, en cuanto a la contradicción, pese a la ausencia

del imputado tampoco plantearía problemas puesto que la garantía se respeta simplemente con dar al imputado la oportunidad de intervenir. Si el interesado-imputado hallado en el lugar del registro rehúsa permanecer y no nombra representante, habría infringido el deber que le impone el art. 569 y se haría acreedor de las correspondientes responsabilidades, pero la práctica de la diligencia sería irreprochable desde el punto de vista de la garantía de la contradicción, puesto que se le habría dado oportunidad de intervenir. Y, en este mismo caso, suponiendo que la autoridad que practica el registro no se ocupara de que éste se realizara en presencia de un miembro de la familia o, en su caso, de dos vecinos, se produciría un incumplimiento, esta vez por parte de la autoridad, de la exigencia del art. 569, pero la garantía de contradicción no resultaría afectada, puesto que al interesado-imputado se le informó de su deber de permanecer y rehusó hacerlo. Si, por el contrario, no se hallara al interesado-imputado en el lugar del registro al ir a practicarlo, la exigencia del art. 569 se cumpliría, sin más, entendiendo la diligencia con el encargado, representante o familiar mayor de edad que se hallara en el domicilio o, en su caso, con la presencia de dos vecinos, pero esto no satisface la garantía de contradicción, que exige que se dé oportunidad de intervenir precisamente al imputado, por lo que, salvo que la urgencia de la diligencia lo impidiera, no debería ésta practicarse sin antes localizar al imputado, donde estuviere, para comunicarle la práctica del registro a fin de posibilitar su intervención. Y así sucesivamente.

### **III. Y POR FIN: ILICITUD E INEFICACIA DE LA ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO POR VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO.**

#### *a) El respeto a la inviolabilidad del domicilio en los registros domiciliarios.*

Hasta aquí van vistos los problemas principales que se pueden plantear respecto de la eficacia probatoria de la diligencia de entrada y registro y que no guardan relación con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Todo lo dicho vale, por tanto, para aquellos registros en lugar cerrado que no tenga la consideración de domicilio (lugares y edificios públicos, especiales o no especiales). Y vale también para los registros en lugar cerrado que constituya domicilio, aunque en este último caso, la eficacia probatoria del acto está sujeta a unos requisitos adicionales que derivan de la necesidad de respetar las exigencias que impone el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Hay que insistir, de todas formas, en que los problemas de ilicitud e ineficacia hasta ahora considerados no tienen nada que ver con el respeto del derecho fundamental que nos ocupa y, por tanto, en que:

- La comprobación de que un registro domiciliario se ha efectuado con pleno respeto de la inviolabilidad del domicilio no basta para reconocer eficacia probatoria a la diligencia; es preciso también que se haya respetado la garantía de contradicción procesal y que los resultados del registro hayan accedido válidamente al juicio oral.

- Aunque en los registros domiciliarios esté siempre presente la exigencia de respetar la inviolabilidad del domicilio, no toda infracción que se cometa en la práctica de la diligencia y que determine su ineficacia probatoria comporta violación del derecho fundamental.

Trataremos en adelante, pues, sólo de los registros domiciliarios, para identificar las exigencias particulares que en estos casos impone la inviolabilidad del domicilio y para precisar las consecuencias del desconocimiento de dichas exigencias. Pese a la importancia del tema, creo que no será preciso dedicarle mucho espacio. La identificación de los especiales requisitos que derivan del derecho fundamental considerado ha sido objeto de numerosos trabajos doctrinales cuyos resultados, a mi juicio ampliamente satisfactorios, facilitarán considerablemente el trabajo. Tampoco plantea especiales problemas la jurisprudencia al respecto, que es bastante uniforme y, en conjunto, clara. En cuanto a la determinación precisa de los efectos de la lesión de la inviolabilidad del domicilio, que es quizá el asunto del que los tratadistas se han ocupado de manera más superficial y el que aparece más confuso en la jurisprudencia, el camino está también bastante allanado por las consideraciones que se han hecho más arriba en relación con la garantía de la contradicción procesal.

Puesto que se va a tratar de exigencias que se refieren únicamente a los registros domiciliarios, parece conveniente comenzar por precisar cuándo un registro merece tal concepto. La cuestión nos lleva al concepto de domicilio y éste al art. 554 L.e.cr. que incluye en tal concepto a los Palacios Reales, a los buques nacionales mercantes<sup>33</sup> y, en general, a los edificios o lugares cerrados, o a las partes de ellos destinados "principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia". Y para precisar esta última definición general hay que acudir a la casuística jurisprudencial, relativamente abundante, en cuyo estudio detallado no voy a entrar porque hay trabajos muy recientes que ya lo han hecho con singular fortuna<sup>34</sup>. Me limitaré a señalar que la jurisprudencia de los últimos años tiende a interpretar con amplitud el concepto de domicilio, incluyendo en él lugares que sólo de manera muy forzada encajan en el concepto general del art. 554.2º L.e.cr.. Así, se considera protegido por la garantía constitucional de inviolabilidad el domicilio de las personas jurídicas públicas y privadas, pese a que la definición legal se refiere, inequívocamente, sólo al domicilio de personas naturales<sup>35</sup>; se incluye en el concepto de domicilio a los despachos profesionales, pese a que, por definición, no están destinados principalmente

---

<sup>33</sup> Sobre la inclusión en el concepto de domicilio de los Palacios Reales y los buques nacionales mercantes hace interesantes precisiones FRANCO ARIAS, "La entrada en lugar cerrado", en *Justicia*, 1988, III, pág. 601.

<sup>34</sup> Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 57 y sigs.

<sup>35</sup> Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 60-62.

a la "habitación"<sup>36</sup>; o, en fin, a las habitaciones de hotel, pese a lo dispuesto por el art. 557<sup>37</sup>.

Los lugares que no merezcan el concepto de domicilio no están protegidos por la garantía de la inviolabilidad del art. 18.2 de la Constitución. Pero hay lugares que, sin ser domicilio, son también inviolables, en virtud de otros preceptos: las sedes de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 66.3 de la Constitución y Estatutos de Autonomía); los templos y demás lugares religiosos (art. 1.5 Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede y, en general, art. 492 bis Código Penal); los edificios destinados a habitación u oficina de los representantes diplomáticos (Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas); los destinados a oficina de Cónsules extranjeros (Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares) y, en fin, los buques y aeronaves de pabellón extranjero, en cuanto se consideren territorio de la nación de su bandera. Ahora bien, estas "inviolabilidades" no derivan del reconocimiento de ningún derecho fundamental y, por tanto, la práctica de un registro sin respetar los requisitos especiales que, en homenaje a ellas, establece la L.e.cr. y que, por cierto, son diferentes de los que se establecen para garantizar la inviolabilidad del domicilio (cfr. arts. 548, 549, 559, 561 y 562), daría lugar a la exigencia de responsabilidades a que hubiere lugar, incluso a la responsabilidad internacional del Estado español, en algunos casos, pero no comportaría lesión de derecho fundamental alguno y, por tanto, no daría lugar a la aplicación al caso de los efectos previstos por el art. 11.1 LOPJ. Con la única excepción, quizá, de un registro efectuado en la parte del edificio de la embajada destinada a habitación de los funcionarios, que podría considerarse protegida, no sólo por la inviolabilidad diplomática, sino también por la domiciliaria del art. 18.1 de la Constitución.

Es importante subrayar, en fin, que la cuestión acerca de si un determinado lugar constituye o no domicilio puede resultar decisiva para determinar la licitud o ilicitud de un registro concreto: por ejemplo, si en un proceso se impugnara la eficacia de un registro efectuado por la Policía sin autorización judicial, por entender los agentes que el lugar no constituía domicilio, aduciendo que dicho lugar sí estaba amparado, en realidad, por la garantía constitucional de inviolabilidad.

Del derecho a la inviolabilidad del domicilio derivan exigencias que se proyectan, fundamentalmente, sobre la entrada en dicho espacio constitucionalmente protegido; pero también hay algunas prevenciones en cuanto a la forma de practicar el registro que pueden ponerse en relación con el derecho constitucional que nos ocupa.

En cuanto a la entrada, ningún requisito especial se exige si es consentida por el titular del domicilio (art. 18.1 de la Constitución y 550 L.e.cr.). En la práctica esto se traduce en la viabilidad de los registros efectuados por la Policía sin necesidad de

---

<sup>36</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 62-63; FRANCO ARIAS, "La entrada...", cit., págs. 585-587.

<sup>37</sup>Aquí la jurisprudencia no es uniforme y se ha planteado cuestión de constitucionalidad sobre el art. 557; cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 68-70.

resolución judicial autorizatoria cuando el titular del domicilio consiente que los agentes penetren en él. También en que, aun en los registros practicados en virtud de resolución judicial, el consentimiento libremente prestado por el titular del domicilio convertiría en irrelevantes los vicios que pudieran afectar a la resolución (por ejemplo, la falta de motivación). Quizá por esto último podría ser recomendable, aun en los casos en que la práctica del registro vaya a hacerse por mandato judicial, que, antes de hacer valer el mandato, se interrogara al titular del domicilio si consiente libremente la entrada<sup>38</sup>.

En los casos en que la licitud o ilicitud de la diligencia dependa de que se haya prestado o no el consentimiento del titular (no hubo resolución judicial y no era un caso de flagrancia; o hubo resolución, pero defectuosa), será preciso comprobar que el consentimiento existe y que se ha prestado válidamente. Los problemas que se pueden plantear al respecto pueden examinarse, siguiendo a HINOJOSA SEGOVIA<sup>39</sup>, distinguiendo las circunstancias de la solicitud y de la prestación del consentimiento y la determinación del titular del domicilio. Comenzando por esto último, es claro que el consentimiento debe ser requerido de y prestado por el sujeto que tenga la condición de titular del domicilio. Ahora bien, si el domicilio, como sucede con frecuencia, lo fuera de varias personas □de todos los miembros de una familia, será el supuesto normal□ la cuestión de quién haya de prestar el consentimiento plantea algunos problemas. Hay que tener presente que la jurisprudencia relaciona estrechamente la inviolabilidad del domicilio con la protección de la libertad personal y con la de la vida privada y la intimidad personal<sup>40</sup>, y que, por tanto, la entrada en un domicilio comporta potencial injerencia en la libertad personal y/ en la vida privada e intimidad de todos los miembros del grupo familiar □o no familiar□ que comparten la misma morada. Desde esta perspectiva, no me parecería exagerado exigir el consentimiento unánime de todos y cada uno de los moradores, como criterio general, puesto que cualquier otra solución supondría otorgar al sujeto o sujetos que prestaran su consentimiento un poder de disposición sobre la libertad y la vida privada e intimidad personal de las demás

---

<sup>38</sup>Del propio art. 550 L.e.cr. podría desprenderse la necesidad de operar de este modo, puesto que prevé la notificación del "auto motivado" al interesado sólo en caso de falta de consentimiento. Sería absurdo interpretar este precepto en el sentido de que ordene que, primero, debe comparecer la autoridad en el domicilio en cuestión para solicitar el consentimiento del titular y, si éste lo deniega, solicitar después la autorización judicial y, luego de obtenida, regresar al domicilio a registrar con el mandato. Pero tiene pleno sentido si se entiende que lo que ordena es que, provista ya al autoridad que haya de practicar el registro del correspondiente mandato judicial, antes de exhibirlo, pregunte al interesado si consiente la entrada en su domicilio. Quizá el interesado esté dispuesto a cooperar voluntariamente □lo que no es en absoluto inconcebible, sobre todo si el interesado no es el imputado□ y, en tal caso, la exhibición de la orden judicial sería innecesaria. En esta línea parece situarse ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., pág. 182, cuando afirma que "no siempre será, sin embargo, necesario, hacer valer formalmente frente al interesado la eficacia imperativa del auto", precisando que "no ocurrirá tal cosa si el interesado, previamente, consiente o autoriza la entrada".

<sup>39</sup>HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 74-79.

<sup>40</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 35-39.

personas que con ellos convivieran<sup>41</sup>. La jurisprudencia, sin embargo, se muestra bastante flexible en este punto<sup>42</sup>.

Aunque no se aceptase la solución que propongo que, ciertamente, podría convertir en prácticamente inoperante el consentimiento del titular como presupuesto habilitante de la entrada en el domicilio, entiendo que, en cualquier caso, si la diligencia se enmarcase en actuaciones seguidas en contra de sólo alguna o algunas de las personas que compartan un domicilio, sólo habría de reputarse válido el consentimiento prestado por éstas últimas y no por cualquier otro de los demás moradores. En particular, no me parece que pueda considerarse que el consentimiento de alguno de los padres o, incluso, el de los dos, habilite la entrada para efectuar un registro en averiguación de eventuales responsabilidades criminales de un hijo o que el consentimiento de un hijo o el de uno de los cónyuges permita la entrada en el domicilio para investigar a los padres o al otro cónyuge.

En otro orden de cosas, el consentimiento debe ser solicitado, de manera expresa y formal e informando al requerido del objeto de la solicitud y de las razones de la misma, así como de su derecho constitucionalmente reconocido a no consentir la entrada en su domicilio sin mandamiento judicial<sup>43</sup>. Sólo así se garantiza que el consentimiento pueda prestarse de manera *consciente y libre* y, por tanto, válidamente. Habida cuenta de que la jurisprudencia considera que el consentimiento para la entrada y registro puede fundamentar la apreciación de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo<sup>44</sup>, informar al interesado, en el momento en que se le pide que consienta la entrada, acerca de este extremo no viciaría el consentimiento; pero no sería válido el consentimiento prestado bajo la promesa □incumplible por quien la hace□ de liberar al requerido de cualquier responsabilidad que respecto de él pudiera resultar de lo averiguado en el registro<sup>45</sup>.

El consentimiento prestado por quien se encuentre detenido o preso para entrar en su domicilio es mirado con recelo por la jurisprudencia. Se ha llegado a considerar que la situación de privación de libertad generaría una "intimidación ambiental" que impediría, sin más, otorgar validez a ese consentimiento, incluso aunque, en apariencia, se preste reflexivamente y se exprese por escrito<sup>46</sup>. Creo que es exagerado, sin una norma legal expresa que así lo disponga, privar de validez, de antemano y de manera

---

<sup>41</sup>Comparto, por tanto, el parecer de FRANCO ARIAS, "La entrada...", cit. pág. 592.

<sup>42</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., pág. 79, con abundante cita de sentencias en el texto.

<sup>43</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., pág. 74, con cita de jurisprudencia.

<sup>44</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., pág. 76, nota 190.

<sup>45</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 76.

<sup>46</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., pág. 76.

absoluta, al consentimiento prestado por el sujeto privado de libertad; sin negar que la situación pueda ejercer cierta influencia en el ánimo de algunos sujetos, me parece que la determinación de si el consentimiento queda o no viciado debería hacerse caso por caso teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. Se ha dicho, y lo comparto, que la asistencia de Letrado en el momento de la prestación del consentimiento podría garantizar que éste responde a una voluntad formada de manera consciente y libre. Pero, con independencia de que quizá fuera conveniente, *lege ferenda*, exigir tal asistencia en los casos de imputados detenidos o presos, lo cierto es que, hoy por hoy, la Ley no la impone, por lo que no me parece que haya base para invalidar el consentimiento prestado por sujetos que estén en dichas situaciones por la sola circunstancia de haberse prestado sin asistencia letrada<sup>47</sup>.

Sobre la forma de prestarse el consentimiento entiendo que ha de reconocerse eficacia no sólo al consentimiento *expreso* (por ejemplo, mediante declaración firmada unida al atestado o documentado en acta levantada al efecto), sino también al *tácito* (expresamente previsto por el art. 551 L.e.cr. y que requeriría en cualquier caso alguna actuación positiva favorecedora de la entrada, no bastando la mera actitud pasiva)<sup>48</sup>. La única dificultad que plantea el consentimiento tácito es la de su prueba que, lógicamente, será más difícil. Precisamente en este terreno de la prueba pueden darse situaciones de incertidumbre acerca de la existencia o inexistencia de consentimiento. La regla de decisión, en estos casos, debería imponer que se considere no prestado el consentimiento, por ser ésta la solución más favorable a la efectividad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio<sup>49</sup>.

Aun faltando el consentimiento del titular válidamente prestado, la entrada y registro en un domicilio podría hacerse sin necesidad de resolución judicial "en caso de flagrante delito" (art. 18.2 de la Constitución, en relación con art. 553 L.e.cr.). Tampoco en estos casos, pese a faltar el consentimiento, habría ilegítima invasión del domicilio. En apretadísimo resumen y a modo de simple recordatorio, puesto que no considero justificado fatigar ahora al lector tratando extensamente una cuestión que en los últimos

<sup>47</sup> Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., pág. 76.

<sup>48</sup> En contra, considera que sólo debe considerarse válido el consentimiento expreso LOPEZ BARJA DE QUIROGA, "La entrada y registro en un domicilio", en *Libro Homenaje al Prof. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, pág. 763; la mayoría de la doctrina, sin embargo, no pone reparos a la admisibilidad y eficacia del consentimiento tácito: cfr. ESCUSOL BARRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1993, pág. 353; RAMOS MENDEZ, *El proceso penal*, cit. pág. 227; FRANCO ARIAS, "La entrada...", cit., pág. 591, que considera que la simple falta de oposición se interpreta como consentimiento; HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 76-78, quien considera admisible no sólo el consentimiento tácito, sino también el *presunto*, que se diferenciaría del anterior, según el autor citado, que se basa para esto en una distinción clásica entre los civilistas, por estar fundado en una presunción legal, es decir, en la producción de un hecho que una norma jurídica toma como base para imponer al juzgador, salvo prueba en contrario, que considere existente el consentimiento. Esta distinción entre consentimiento tácito y presunto me parece del todo correcta desde el punto de vista teórico; lo que sucede es que no conozco ninguna presunción legal de consentimiento que sea aplicable al caso que nos ocupa.

<sup>49</sup> Así también HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., pág. 78



años ha sido estudiada hasta en sus más intrincados detalles<sup>50</sup>, bastará con apuntar que doctrina y jurisprudencia vienen entendiendo que, para que esté justificada la entrada y registro sin resolución judicial al amparo de la excepción constitucionalmente prevista para el caso de flagrante delito es preciso que se den las siguientes circunstancias:

a) *Actualidad* de la comisión del delito (en la terminología acuñada por la jurisprudencia sería "inmediatez temporal"), es decir, que el delincuente sea sorprendido en el momento de ejecutarlo; aunque también se considera cumplido este requisito cuando el delincuente sea sorprendido en el momento de "ir" a cometer el delito o en un momento "inmediatamente posterior" a su comisión (en ocasiones, se utiliza el concepto de *cuasiflagrancia*, para referirse a estos últimos supuestos).

b) *Evidencia* del delito y de que el sujeto sorprendido ha tenido participación en él; la evidencia puede resultar de la percepción directa del delincuente en el lugar del hecho "en situación o relación con aspectos del delito *que proclamen su directa participación* en la acción delictiva" (según formulación muy repetida en la jurisprudencia, que se refiere a este requisito con la expresión "inmediatez personal"); también se admite la evidencia que resulta, no de la percepción directa o inmediata, sino a través de apreciaciones de otras personas (la Policía es advertida por algún vecino de que el delito se está cometiendo, por ejemplo); en todo caso, la evidencia sólo puede afirmarse cuando el juicio que permite relacionar las percepciones de los agentes con la comisión del delito y/o la participación en él de un sujeto determinado es prácticamente *instantáneo*; si fuera preciso interponer un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y de la participación en él del delincuente, no podría considerarse que se trata de un supuesto de flagrancia.

c) Y, en fin, *urgencia* de la intervención policial o, según la formulación habitual en la jurisprudencia, "necesidad urgente, de tal modo que la Policía, por las circunstancias concurrentes en el caso, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción acarrea y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente"<sup>51</sup>; en aplicación de esta formulación, la jurisprudencia viene entendiendo, con carácter general, que los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes (como los de tenencia de objetos de tráfico prohibido: drogas, armas, explosivos, municiones, etc.) no requieren *normalmente* una intervención urgente de la Policía, por lo que la existencia de flagrancia será muy excepcional en estos casos<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup>Sobre todo, a raíz del muy polémico y finalmente declarado inconstitucional art. 21.1 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana; cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 111-118.

<sup>51</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 107.

<sup>52</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 110.

Fuera de los casos de consentimiento y flagrancia, la entrada y registro en un domicilio sólo es constitucionalmente viable si ha sido ordenada por *resolución judicial* (art. 18.2 de la Constitución; o *auto motivado*, según precisa el art. 550 L.e.cr.; o, como dice redundantemente el art. 558, por medio de auto que "será siempre fundado"). También este requisito ha sido abundantemente analizado y minuciosamente desmenuzado por la doctrina y la jurisprudencia, cuyas principales conclusiones pueden resumirse en los siguientes puntos:

a) Como presupuesto de validez de la resolución se exige que la adopción de la medida respete el *principio de proporcionalidad*<sup>53</sup>, del que derivan las exigencias de *indoneidad* □ adecuación entre la medida limitativa de derechos fundamentales y el fin perseguido □; *necesidad* □ inexistencia de otros medios menos gravosos para alcanzar dicho fin □; y *proporcionalidad en sentido estricto*, que ha de apreciarse ponderando la trascendencia de la medida en cuanto limitativa de un derecho fundamental con la gravedad del delito investigado y los indicios que existan sobre su comisión. La necesidad de que la resolución se funde en la existencia de indicios ha sido subrayada por la jurisprudencia, que ha precisado también qué debe entenderse por indicios a estos efectos<sup>54</sup>; y de la necesaria existencia de indicios de un delito podría deducirse también la exigencia de que la medida se adopte en todo caso previa apertura formal de una causa criminal (sumario o diligencias previas), puesto que la adopción de la medida en "diligencias indeterminadas", dejando aparte de que carece de cobertura legal, sólo podría significar o que el juez no apreció indicios suficientes para abrir formalmente una causa, en cuyo caso el registro autorizado sería ilegítimo por falta de indicios, o que existiendo indicios que justifican el registro, el juez infringió el deber que le impone el art. 308 L.e.cr. de incoar el proceso inmediatamente que tuviere noticia de la perpetración de un delito<sup>55</sup>.

b) Se exige también, como requisito de validez de la resolución ordenando la entrada y registro, la *motivación*, aunque la jurisprudencia no es demasiado rigurosa a la hora de establecer las condiciones precisas en las que este requisito puede considerarse cumplido<sup>56</sup>.

c) Hay otras exigencias que se refieren al contenido de la resolución, impuestas por la Ley (art. 558 L.e.cr.) o derivadas de la jurisprudencia (por ejemplo, la consignación de las circunstancias personales del titular del domicilio o la designación del delito que se investiga). No todas estas exigencias tienen, a mi juicio, idéntica

---

<sup>53</sup>Véase la glosada por HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 89-90.

<sup>54</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 88.

<sup>55</sup>Sobre este punto, con reflexiones de interés, HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 86-87.

<sup>56</sup>LUZON CUESTA, "La prueba derivada...", cit., págs. 34-35 hace un buen resumen de esta jurisprudencia resaltando precisamente aquellos aspectos en los que se muestra su flexibilidad; Cfr., asimismo, HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 90-94.

trascendencia y, por tanto, no todas ellas tienen por qué condicionar de manera absoluta la legitimidad constitucional de la diligencia de entrada y registro. Como extremos cuya precisión me parece indispensable a efectos de la validez de la entrada y registro subrayaría la identificación del edificio o lugar (domicilio) en que ha de practicarse la diligencia<sup>57</sup> y la del delito de cuya investigación se trata, a los efectos, en este último caso, de tratar adecuadamente los eventuales "hallazgos casuales"<sup>58</sup>.

*b) Consecuencias de la violación de la garantía constitucional de inviolabilidad en la práctica de la diligencia de entrada y registro en un domicilio.*

a') Consideraciones generales.

En el marco que, ciertamente a grandes trazos, acaba de perfilarse se situarían las eventuales lesiones al derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio derivadas de una entrada no consentida, en caso que no fuera de flagrante delito y sin resolución judicial o con una resolución no respetuosa con el principio de proporcionalidad, o no motivada o, en fin, de contenido no suficientemente preciso. La lesión constitucional se consumaría, en estos casos, con la entrada en el domicilio y determinaría la directa aplicación del art. 11.1 LOPJ a los eventuales resultados incriminatorios del registro efectuado a continuación. Este precepto, como hemos indicado más arriba, al tratar sobre la garantía procesal de contradicción, actúa privando de eficacia a las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales y, esto, con absoluta independencia de que los actos procesales a través de los cuales se hayan producido o introducido en el proceso dichas pruebas deban o no reputarse nulos conforme a las disposiciones de la LOPJ en materia de nulidad de actuaciones judiciales (arts. 238 a 243). Esto nos permite ahora prescindir de la consideración del problema que nos ocupa desde la perspectiva del régimen de nulidad de los actos y entrar directamente a examinar las consecuencias que derivan de la aplicación del art. 11.1 LOPJ a las diligencias de entrada y registro efectuadas con violación de la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio. Pues bien, para determinar con alguna precisión los efectos que la aplicación del art. 11.1 LOPJ al supuesto que nos ocupa lleva consigo conviene hacer algunas distinciones.

b') Ineficacia probatoria del registro.

La práctica de la diligencia de entrada y registro sin respetar la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio determina, en primer término, la absoluta inoperancia, a efectos probatorios, de los eventuales resultados incriminatorios del registro efectuado como consecuencia de la entrada ilícita. Quedaría así vedado al Tribunal penal utilizar para la formación de su convicción los datos que pudieran resultar del examen directo de los objetos hallados en el registro, objetos que debería

<sup>57</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 94-95, que cita casuística jurisprudencial.

<sup>58</sup>Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro...*, cit., págs. 96-97 y sentencias que allí se citan.

considerar inexistentes. Tendría vedado asimismo el Tribunal incorporar al acervo probatorio valorable las percepciones de cualquiera de los sujetos que hubieran intervenido en el registro, sea cual fuere el medio (documental o personal) por el que, eventualmente<sup>59</sup>, se hubieran hecho presentes en el juicio oral dichas percepciones. Y hay que subrayar que para privar de eficacia a las pruebas practicadas en el juicio oral para hacer presentes en él los resultados del registro no es necesario considerar dichas pruebas como "indirectamente" obtenidas con violación de derechos fundamentales, en el sentido del art. 11.1 LOPJ, sino que, partiendo de la radical ineficacia del registro, que quedaría así privado de cualquier posible sentido incriminatorio, las pruebas que se limiten a hacer presentes en el juicio los resultados de la diligencia no podrían ser considerada pruebas "de cargo" aptas para enervar la presunción constitucional de inocencia.

La ineficacia se extendería a las pruebas que se proyecten sobre los objetos hallados en el registro (periciales dactilográficas, balísticas, químicas, etc., para determinar la relación de dichos objetos con el delito o con el acusado; declaraciones testificales que tengan por objeto el reconocimiento de dichos objetos; diligencias de reconstrucción de los hechos en que se hayan utilizado dichos objetos como elementos esenciales, etc.). Estas pruebas no serían otra cosa que una amplificación de los resultados del registro y, por tanto, privado éste de eficacia probatoria, tampoco podrían ser consideradas aquéllas pruebas "de cargo", sin que, a mi juicio, sea preciso acudir tampoco en este caso al concepto de pruebas obtenidas con violación indirecta de la inviolabilidad del domicilio.

Ahora bien, si *los mismos* datos e informaciones que se hayan obtenido como consecuencia de la práctica del registro ilícito (existencia de determinados objetos; ubicación de dichos objetos en el domicilio del acusado, o en otro lugar determinado; pertenencia o utilización de dichos objetos por los acusados), se hubieran obtenido en virtud de *otros actos de prueba* (o de investigación cuyos resultados hubieran accedido válidamente al juicio oral) distintos del registro, tales datos e informaciones podrían ser utilizados por el Tribunal en la formación de su convicción, siempre que se dieran determinadas condiciones.

Este es precisamente el supuesto a que se refiere la jurisprudencia norteamericana con la denominada doctrina de la *independent source*, citada por algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo y que, en efecto, considero que encaja sin esfuerzo en nuestro ordenamiento por ser perfectamente compatible con lo dispuesto por el art. 11.1 LOPJ. Según esta doctrina, todas las pruebas que se hayan obtenido casualmente o en virtud de datos o informaciones que no deriven del registro ilícito no quedarían privadas de eficacia, y esto, incluso si se refieren a *los mismos hechos* que hubieran podido ser acreditados por el registro en caso de haber sido éste lícito (por ejemplo, un testigo cuya existencia no ha sido conocida como consecuencia

---

<sup>59</sup>La certeza de la ilicitud del registro en el momento de decidir sobre las admisibilidad de las pruebas para el juicio oral debería determinar la inadmisión de las encaminadas a hacer presentes en el juicio los resultados del registro.

del registro declara que el imputado tenía en su domicilio ciertos instrumentos de los que se utilizan para manipular la droga). El dato esencial es, por tanto, que los actos de investigación y/o de prueba, distintos del registro, a través de los cuales se incorporen a la causa *los mismos* elementos de convicción que hubiera proporcionado el registro de haberse practicado en forma respetuosa con los derechos fundamentales, sean actos cuya práctica no venga causalmente enlazada con los resultados del propio registro. No sería, en este sentido, *fuerza independiente*, siguiendo con el ejemplo anterior, la declaración de un testigo confirmando que el imputado poseía en su domicilio determinados útiles para la manipulación de drogas si la existencia de ese testigo hubiera sido conocida precisamente como consecuencia de los datos obtenidos en la práctica del registro. Habría, en este caso un nexo causal evidente entre los resultados del registro y la declaración del testigo que convertiría a esta última en prueba obtenida "indirectamente" con violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo que haría recaer sobre ella los efectos esterilizadores del art. 11.1 LOPJ<sup>60</sup>.

Un problema particular en la aplicación de la doctrina de la *fuerza independiente* suscitan las declaraciones que el propio imputado pudiera realizar relacionadas con el registro o con los resultados del mismo. No obstante, conviene distinguir dos supuestos. Si la declaración se limita a confirmar los resultados del registro, sin más, y el registro hubiera sido ilícito *ex art.* 11.1 LOPJ o nulo conforme a las disposiciones de la LOPJ, tal declaración no podría tener significado inculpativo, ya que se limita a proporcionar información sobre un hecho, el registro, que ha quedado privado, por su ilicitud o nulidad, de cualquier eficacia inculpativa (así, por ejemplo, si el imputado se limita a confirmar que durante la práctica del registro se ocuparon en su domicilio ciertos objetos, sin añadir nada acerca de si le pertenecían a él o a otra persona, si los utilizaba o no y con qué fines, etc.). Ahora bien, si la declaración del imputado no se limitara a dar cuenta de los resultados del registro, y pudiera atribuirse a su contenido un significado inculpativo autónomo, aun prescindiendo mentalmente del registro (por ejemplo, si declara que efectivamente tenía en su domicilio ciertos útiles, dando explicaciones acerca de cómo y para qué se servía de ellos, etc.) la eficacia de tal declaración dependería de que pudiera o no considerarse *fuerza independiente* de los resultados del registro. En principio, podría establecerse una relación causal entre los resultados del registro y las declaraciones del imputado del tipo de la que consideramos. Se puede considerar, en efecto, que si no se hubieran descubierto ciertos objetos en el registro, el imputado no habría sido interrogado acerca de ellos y, por tanto, no se habrían producido las declaraciones en cuestión. La relación sería aún más clara si el imputado hubiera sido inculpativo precisamente como consecuencia de los resultados del registro, puesto que en este caso la relación causal podría establecerse, no ya respecto al contenido de la declaración, sino respecto al hecho mismo de la declaración: si no se hubiera practicado el registro, el imputado no habría sido identificado como tal y, por tanto, no se le habría llamado a declarar. El problema particular que se plantea aquí es el de si los derechos que nuestro ordenamiento reconoce al imputado a no declarar contra

---

<sup>60</sup> Para una primera aproximación a la doctrina de la *independent source* en el proceso penal norteamericano, cfr. KAMISAR, LA FAVE e ISRAEL, *Modern Criminal Procedure*, 6ª ed., St. Paul, Minnesota, 1986, págs. 804 y sigs.

sí mismo y a no confesarse culpable permitirían considerar rotos los vínculos causales que, en principio, pudieran establecerse. Parece, en efecto, que si el imputado puede guardar silencio o negar los hechos que le incriminan, su eventual declaración autoincriminatoria realizada tras el registro sería estrictamente voluntaria, de forma que cualquier nexo causal con los resultados del registro quedaría roto. El Tribunal Supremo norteamericano se ha ocupado de esta cuestión y ha rechazado que por la sola circunstancia de que se haya informado al imputado de sus derechos se rompa el nexo entre una detención ilícita y la posterior declaración del detenido, sin descartar tampoco, sin embargo, que en puedan darse casos concretos en que la declaración del detenido previamente informado de sus derechos, en unión de otras circunstancias, pueda llegar a considerarse *fuerza independiente*<sup>61</sup>.

Hay, sin embargo, otra doctrina acuñada más recientemente por la jurisprudencia norteamericana, la del *inevitable discovery*, que también opera permitiendo que el tribunal pueda tener en cuenta los datos directamente averiguados en el registro, pero no sobre la base de que esos mismos datos hayan entrado también en el proceso a través de *otras pruebas* por completo independientes del registro, sino sobre la base de la consideración hipotética de que, aunque el registro no se hubiera practicado, dichos datos habrían sido inevitablemente averiguados, por otras vías, durante el curso de la investigación<sup>62</sup>. Esta doctrina del *inevitable discovery*, a diferencia de la de la *independent source*, no me parece que pueda recibirse en nuestro ordenamiento porque su acogimiento permitiría una condena sin pruebas, basada en meras hipótesis. En efecto, si un determinado dato ha sido conocido por medio de un registro ilícito y no hay ninguna otra prueba independiente del registro que suministre el mismo dato, no hay prueba alguna válida que permita al Tribunal tener presente, para la formación de su convencimiento, el dato en cuestión; en estas circunstancias, la consideración de que el dato habría sido inevitablemente descubierto aunque no se hubiera llevado a cabo el registro ilícito es una mera hipótesis que no puede servir de fundamento para considerar fijado el dato en cuestión con efectos destructivos de la presunción de inocencia<sup>63</sup>.

c') Ineficacia de otras pruebas, derivada de la ilicitud del registro.

La ilicitud del registro determina también la privación de efectos de las pruebas cuyo resultado sea *distinto* de los resultados del registro pero cuya práctica haya sido posible precisamente como consecuencia de los datos que se hubieren conocido al practicarse la diligencia ilícita. Se trata, en este supuesto, de actos de investigación y/o de prueba que, siendo actos procesales distintos y autónomos respecto de la diligencia

---

<sup>61</sup>Cfr. KAMISAR, LA FAVE e ISRAEL, *Modern Criminal Procedure*, cit., págs. 805-807.

<sup>62</sup>Cfr. KAMISAR, LA FAVE e ISRAEL, *Modern Criminal Procedure*, cit., págs. 804-805 y 810-816.

<sup>63</sup>FERNANDEZ ENTRALGO, "Prueba ilegítimamente obtenida", cit., pág. 4, ha observado con acierto, en relación con la doctrina del *inevitable discovery*, que "su aplicación práctica puede obligar a complicados experimentos mentales de reconstrucción de cursos causales hipotéticos", concluyendo que su acogimiento por la jurisprudencia norteamericana "constituye un intento de recortar el alcance de la Jurisprudencia precedente".

de entrada y registro y teniendo, como se ha dicho, un contenido incriminatorio propio y distinto del que resulta del registro, se encuentran relacionados causalmente con éste porque su práctica ha sido posible gracias a datos o informaciones obtenidas en el registro. Los supuestos pueden ser muy variados y la "relación" de las pruebas que estamos considerando con el registro, de muy diversa índole. Veámoslo con un par de ejemplos: A) en un registro ilícito o nulo se descubre documentación que revela la existencia de una estrecha relación personal entre el imputado y otro sujeto hasta entonces desconocido; se toma declaración a este último sujeto y proporciona datos, distintos de los eventualmente averiguados en el registro, que confirman la implicación del imputado en el hecho punible; B) en un registro se descubren fotografías de una casa de campo de cuya existencia y/o relación con el imputado no se tenía noticia hasta ese momento; localizada la casa en cuestión, se procede a su registro y se descubre el arma homicida. Aquí sí es preciso acudir al art. 11.1 LOPJ puesto es precisamente la previsión de ineficacia de las pruebas obtenidas "indirectamente" con violación de derechos fundamentales lo que justifica la privación de efecto probatorio a las que se acaban de mencionar. La exclusión de estas pruebas "derivadas" también tiene su etiqueta de origen norteamericano: es la ya muy famosa, por citada en nuestra jurisprudencia, doctrina de los "frutos del árbol envenenado"<sup>64</sup>.

La doctrina de la *fuerza independiente*, viene a ser, en este ámbito, el reverso de la de los "frutos del árbol envenenado" en cuanto suministraría el criterio para deslindar qué pruebas deben considerarse "contaminadas" y cuáles no<sup>65</sup>. La doctrina del *independent discovery*, en cambio, no podría jugar [ni siquiera hipotéticamente] en este ámbito puesto que sólo tiene sentido para fundamentar el aprovechamiento directo, sin necesidad de otras pruebas, de los resultados del registro ilícito, cuestión distinta de la que aquí se trata.

Se ha señalado que la aplicación de la doctrina de la *independent source*, en cuanto conduce a negar eficacia a las pruebas obtenidas en virtud de los datos o informaciones que directamente derivan del registro resultaría prácticamente inviable en la práctica porque "los procesos mentales o las fuentes de información del investigador no pueden ser rastreados indefinidamente hacia atrás hasta comprobar su absoluta «pureza»"<sup>66</sup>. Ciertamente, la doctrina de la *independent source* puede resultar

---

<sup>64</sup>La "propiedad" de la "etiqueta" se atribuye al Juez Frankfurter en el caso *Nardone v. United States*, aunque el contenido de la doctrina ya estaba expresado antes, desde la sentencia del Juez Holmes en el caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*; cfr. KAMISAR, LA FAVE e ISRAEL, *Modern Criminal Procedure*, cit., pág. 803. Nuestra jurisprudencia cita esta doctrina con mucha familiaridad, hasta el punto de que la "etiqueta" se presenta ya traducida al castellano las más de las veces; hay que reconocer, por lo demás, algunos loables esfuerzos por buscar alternativas de sabor más autóctono como la del "efecto dominó", también muy expresiva, aunque quizá menos poética, que se utiliza en algunas sentencias.

<sup>65</sup> También el término "contaminación", muy utilizado por nuestra jurisprudencia, evoca otra denominación utilizada en Norteamérica para designar la doctrina de los frutos del árbol envenenado: "*taint*" doctrine (doctrina de la "mancha").

<sup>66</sup>PASTOR BORGONÓN, "Eficacia en el proceso...", cit., pág. 361.

difícil de aplicar si hubiera que decidir acerca de la afectación indirecta de la inviolabilidad del domicilio por una prueba cuya relación con los resultados del registro ilícito, de existir, no sería inmediata, sino a través de otras pruebas "intermedias". Pero me parece que la constatación de esta dificultad no priva de validez al criterio ni justifica que se prescindiera de él. Sí es útil la anterior observación, en todo caso, para llamar la atención sobre la necesidad de asegurar que, cuando surjan las dificultades en cuestión, el Tribunal se enfrente a ellas y no recurra al cómodo expediente de presumir "contaminadas" todas las pruebas "por si acaso" o al igualmente cómodo de descartar de antemano la posible "contaminación" de una prueba en razón de su "lejanía" respecto del registro ilícito. Y la mejor manera de prevenir estos riesgos sería, a mi juicio, exigir una expresa motivación acerca de la dependencia o independencia respecto de los resultados del registro de cada una de las pruebas que se consideren, bien para admitirlas, bien para rechazarlas.

En cualquier caso y puestos a recibir doctrinas norteamericanas, para evitar abusos en la aplicación de la doctrina de los "frutos del árbol envenenado", se podría recurrir a la *attenuation doctrine*, que postula la admisibilidad de aquellas pruebas que, aun no pudiendo afirmarse que deriven de una *f fuente independiente*, estén conectadas con la prueba viciada por una relación causal que sólo pueda establecerse mediante argumentos muy sofisticados; en estos casos, si la conexión hubiera devenido tan "atenuada" como para disipar la mancha, no estaría justificada la exclusión de las pruebas en cuestión<sup>67</sup>.

De lo dicho se desprende, en fin, que la ilicitud de un registro domiciliario por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no tiene por qué conducir de manera inexorable a la absoluc ión del acusado. Si obran en la causa otras pruebas "no contaminadas", practicadas en el juicio oral con todas las garantías o en la fase de instrucción y regularmente llevadas al juicio oral en los casos previstos por la Ley, y dichas pruebas pueden considerarse "de cargo" y, en fin, el Tribunal, con apoyo exclusivo en las mismas, llega al convencimiento de la culpabilidad del acusado, la condena es absolutamente viable, sin que de ningún modo se oponga a ella la ilicitud del registro. La jurisprudencia que avala lo que se acaba de decir es abrumadora.

#### d') Lesión de la inviolabilidad del domicilio en la práctica del registro.

Anunciaba al inicio de este apartado que la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio no sólo puede producirse con la entrada en él, sino también en la práctica del registro, incluso si la entrada fue lícita. Y es que la inviolabilidad domiciliaria no sólo sujeta a ciertos requisitos la entrada en el domicilio, sino que también impone ciertos límites al registro, de manera que es posible que, cumplidos aquéllos, se sobrepasen éstos, lo que también se traduciría en lesión del derecho fundamental. Hay, en primer término, un límite legal genérico que deriva de lo dispuesto por el art. 552: las inspecciones inútiles, las que perjudiquen o importunen al

---

<sup>67</sup>Doctrina sentada por primera vez en el caso *Nardone v. United States* (1939), sentencia del Juez Frankfurter; cfr. KAMISAR, LA FAVE e ISRAEL, *Modern Criminal Procedure*, cit., pág. 803.



interesado más de lo necesario y, en fin, las que de manera injustificada comprometan la reputación de éste o ponen en peligro sus secretos, cuando no interesen a la investigación constituirían, a mi juicio, otros tantos supuestos de vulneración de la inviolabilidad domiciliaria producida, no con la entrada, sino en la práctica del registro. Lo que sucede es que estas vulneraciones no inciden en la eficacia probatoria de la diligencia, puesto que lo descubierto como consecuencia de tales excesos no interesa, por definición, a la investigación. Una recta interpretación del art. 11.1 LOPJ creo que avala la conclusión expuesta, ya que el precepto exige que, entre la violación de derechos fundamentales y la obtención de las pruebas a las que se priva de eficacia exista una relación causal □que puede ser directa o indirecta□ y ninguna relación puede establecerse entre los excesos cometidos al practicar un registro y las pruebas que se hayan obtenido al margen de dichos excesos.

Otros límites pueden derivar de la propia resolución judicial, si ésta, por ejemplo, sólo autoriza el registro respecto de ciertas habitaciones o sólo lo autoriza durante el día. En tales casos, la extensión del registro más allá de los límites espaciales o temporales fijados por la resolución afectaría al derecho fundamental, aunque la entrada hubiera sido lícita. Las consecuencias aquí deberían ceñirse a la privación de eficacia de las pruebas obtenidas en virtud de las concretas actuaciones no autorizadas, conservando su eficacia las que se hubieran obtenido dentro de los límites de la autorización, siempre que puedan identificarse claramente unas y otras.

Es cuestión discutida, finalmente, si en los casos en que el registro se practique en virtud del consentimiento del "interesado", puede éste establecer límites al alcance del registro al prestarlo<sup>68</sup>. Si se admitiera que el "interesado" puede limitar el registro, consintiéndolo sólo parcialmente o imponiendo otras condiciones, las pruebas obtenidas excediendo dichos límites quedarían igualmente afectadas por lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ.

---

<sup>68</sup>A favor, FRANCO ARIAS, "La entrada...", cit., pág. 592; en contra, HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia...*, cit., págs. 78-79; de la STS 12-12-94 (R.A. 10370) parece desprenderse un criterio favorable a considerar inoperantes los límites que eventualmente se hubieran puesto al consentimiento. Creo que si prevalece la tesis de la inoperancia de los límites que se señalen al prestar el consentimiento, el interesado debe ser expresamente advertido de ello cuando se le requiera para prestarlo.