

LA ENTRADA Y
REGISTRO
DOMICILIARIA. VISIÓN
TRADICIONAL Y
ADAPTADA A LAS
NUEVAS TECNOLOGIAS.

TUTORA: MARIA JOSE CABEZUDO BAJO

AUTOR DEL TFM: SANTIAGO GARCIA MIGUEL

sagarciamiguel@gmail.com

UNED DERECHO.

1.-MOTIVACIÓN DEL TRABAJO. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS Y OBJETIVOS¹.

2.- ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIA CLASICA.

- a) Derechos fundamentales afectados.
- b) Concepto de domicilio.
- c) Presupuestos constitucionales que habilitan la entrada.
- d) Ejecución de la entrada y registro.
- e) Prueba ilegalmente obtenida.

3.-ENTRADA Y REGISTRO “TECNOLOGICA”.

- a) Derecho fundamental afectado.
- b) Aprehensión y acceso a los dispositivos y su clonado.
- c) Registro remoto.

¹ CABEZUDO BAJO, M.J.: “El uso de las Tecnologías en la entrada y el registro domiciliario: cambio en su concepción tradicional y Nuevos retos en la protección de los derechos fundamentales afectados”, Revista de Derecho Penal y Criminología, ISSN 1132-9955, N° 15, 2016, 53-93. Sirviendo de guía para la realización del presente TFM, tanto en la estructura como en la concepción de la entrada y registro tecnológica.

d) Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

4.-CONCLUSIONES.

5.-BIBLIOGRAFIA.

6.-CIRCULARES E INSTRUCCIONES.

1.-MOTIVACIÓN DEL TRABAJO. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS Y OBJETIVOS.

El presente trabajo tiene como misión desarrollar una de las medidas de investigación en el ámbito penal de la que más resultados prácticos se obtienen desde el punto de vista de la obtención de pruebas inculpatorias, como es la medida de la entrada y registro domiciliaria, aunque con la misma también se persiga la detención del investigado.

La diligencia de entrada y la diligencia de registro, no solo tiene su incidencia en el ámbito penal, aunque este trabajo se centrara en el mismo, sino que también se extiende al ámbito contencioso administrativo en los casos en los que sea necesaria para la ejecución forzosa de un acto administrativo por parte de la Administración Pública, siendo necesario o bien el consentimiento del afectado de entrar en su domicilio o bien la autorización judicial por parte del Juzgado contencioso administrativo, según prevé la Ley orgánica del poder judicial y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativo; fuera del ámbito penal igualmente, y adentrándonos en el ámbito civil se encuentran las disposiciones contenidas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en los artículos 256 y siguientes dentro del ámbito de las diligencias preliminares, en concreto de aquellas que tengan que ver con el ejercicio de acciones en defensa de los intereses colectivos para su posible determinación, cuando la persona requerida responda negativamente, podrán acordarse las medidas que se consideren pertinentes, incluida la entrada y registro para encontrar documentos y datos; igualmente se encuentra tal posibilidad en la Ley de enjuiciamiento civil, en su artículo 778 ter (introducido por la reforma de Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) relativo a la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores, en las que interviene la entidad pública que tiene la encomienda de la protección de menores la cual solicita al Juzgado de Primera Instancia que sea competente, autorización para entrar al domicilio y así poder ejecutar forzosamente una medida dirigida a la protección de un menor,

Fuera de estos dos supuestos no penales, la entrada y registro donde tiene una mayor incidencia es en el ámbito penal, pues los intereses en juego son mucho mayores y de una importancia cualitativa mucho mayor.

La inviolabilidad del domicilio no es cuestión iniciada en épocas recientes sino que tiene sus orígenes en el derecho romano y en las sucesivas legislaciones posteriores, con mayor o menor acierto reguladas, hasta llegar hasta nuestro días en los que goza de una protección privilegiada ya que se trata de un derecho fundamental recogido en la Constitución; la misma se extiende tanto a particulares como a Administraciones Publicas, sin perjuicio de que como todo derecho no tiene la consideración de absoluto, teniendo una serie de limitaciones establecidas tanto por la Constitución.

Las actuaciones por las que se acuerda limitar el derecho a la inviolabilidad del domicilio no pueden ser adoptadas por cualquiera ni en cualquier tiempo, sino que deben ser adoptadas por las autoridades y funcionarios públicos que marca la Constitución y la ley, las cuales son las Autoridades Judiciales de carácter penal junto con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en unas determinadas circunstancias tasadas y circunscritas. La forma y el tiempo tanto de la solicitud, adopción y ejecución de la medida de registro, igualmente están tasados tanto por la legislación y desarrollados por la jurisprudencia nacional y europea (a través de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando consideren los perjudicados que sus derechos, y en concreto la inviolabilidad del domicilio, no ha sido respetada), debiendo acomodarse a las mismas la Autoridades y Funcionarios intervinientes en la misma.

Dicha taxatividad en la solicitud, adopción y ejecución de dichas medidas, que como luego se verá se descompone a su vez en dos (por un lado la entrada y por otro el registro), es sumamente importante pues una infracción cualitativa de dichas normas, daría lugar a que los indicios y pruebas obtenidos durante la misma sean invalidadas en fase de juicio oral declarándose la nulidad de las mismas y pudiendo dar lugar a una sentencia absolutoria si no hubiese otras pruebas de cargo contra el mismo que no tuvieran relación con la prueba “contaminada”. Están en juego intereses sumamente importantes como pueden ser el de conservación del Estado y de persecución de los ilícitos penales cometidos dentro del mismo.

Debido a la importancia que tiene , el presente trabajo trata de delimitar en primer lugar cual es el derecho fundamental afectado, a través del estudio de las diversas normas (internacionales y nacionales) que se ocupan del mismo, así como de la jurisprudencia aplicable, para concluir con las limitaciones establecidas en la Constitución, y en su caso por el Tribunal Constitucional, lo que se analizara en el apartado 2 a.

En segundo lugar en el apartado 2 b, se trata de fijar a qué objeto se refiere tal derecho, es decir, establecer cuáles son los espacios a los que se extiende tal derecho fundamental. Nuestro texto constitucional nos da un concepto del domicilio, limitándose únicamente a protegerlo frente a injerencias externas , por lo que es la doctrina y la jurisprudencia constitucional la que vienen a definir sus contornos. A pesar de esta delimitación, pueden surgir determinados espacios, ya sea habitaciones de hotel, celdas de los centros penitenciarios... en los que en surgieron dudas en orden a la extensión de tal derecho a las mismas. Para resolver todas estas cuestiones, habrá que acudir a la jurisprudencia sobre la materia, siendo el punto de partida, las sentencias del Tribunal Constitucional, continuando por las del Tribunal Supremo, para terminar con las del resto de órganos sentenciadores. En este apartado, también se va a tratar de determinar si tal derecho fundamental es extensible a las personas jurídicas, y en caso afirmativo, a que espacios pertenecientes a las mismas se extiende.

En tercer lugar en el apartado 2 c, al tratar el derecho a la inviolabilidad del domicilio se ha indicado que se trata de un derecho sujeto a limitaciones, establecidas constitucionalmente y que son el consentimiento del titular, la resolución judicial y la flagrancia delictiva. Se pretende dar una definición de cada una de ellas, indicar la regulación aplicable que es desarrollada jurisprudencialmente, en la que se viene a indicar cuales son los requisitos para que tal limitación al derecho fundamental sea considerada conforme a derecho.

Se hace mayor hincapié en el supuesto de la entrada y registro que se produce como consecuencia de una resolución judicial, adoptada en el seno de una investigación judicial. El contenido de dicha resolución no puede ni debe dejarse al arbitrio de cada órgano judicial, sino que debe reunir un contenido mínimo y deben cumplirse determinados estándares de motivación entre otros. Todo este tipo de incidencias han

sido abordadas por la jurisprudencia, así como por la doctrina al tratarse de una cuestión de vital importancia por ser un derecho fundamental, y también serán objeto de análisis en el presente trabajo.

Por último en los apartados 2d y 2e , antes de entrar en aquellas medidas que guardan relación con las nuevas tecnologías, se debe analizar la ejecución de dicha medida a través las personas que pueden intervenir en la misma, y de los resultados obtenidos con violación de las normas constitucionales y legales.

En el primer aspecto, se ha utilizado sustancialmente la labor de la doctrina, salvo en lo referente a la presencia del Letrado de la Administración de Justicia, del investigado y del Letrado del mismo, los cuales son supuestos que han sido abordados abundantemente por la jurisprudencia, la cual se puede considerar como estable e uniforme. En este apartado también se hace indicado el problema de la entrada y registro en despachos profesionales, en los que las garantías para su ejecución difieren en cierta medida porque están en juego otros derechos constitucionalmente protegidos.

En cuanto a la obtención de pruebas obtenidas ilícitamente, se hace necesario distinguir entre las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, de las que son obtenidas con violación de normas procesales. Para esta cuestión se ha utilizado la labor encomiable de la doctrina, junto la realizada por la jurisprudencia.

Por otra parte , a lo largo de los años y sobre la base de los nuevos avances sociológicos y tecnológicos, la legislación se ha ido adaptando a los nuevos tiempos; tal adaptación se ha hecho patente también en el ámbito procesal penal como se puede observar en las medidas de investigación, incluyéndose aquellas que tengan que ver con las nuevas tecnologías y el uso de la informática, así como en la personas que pueden verse afectadas por dicha medida restrictiva, como son las personas jurídicas implicando un reconocimiento de la titularidad de tal derecho aunque no se extienda a toda espacio físico que dispongan.

En cuanto a los avances tecnológicos, estos gozan de una trascendencia capital en la sociedad en la que vivimos y vienen a superar a los documentos físicos; estos

avances no se pudieron tener en cuenta en el momento de la elaboración de la Ley de enjuiciamiento criminal del S. X.IX, por lo que han tenido que ser las leyes posteriores modificativas de aquella las que han ido recogiendo los mismos y superando en concepto clásico de entrada y registro, como es la Ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Se ha de advertir que el uso de instrumentos tecnológicos en aras de la investigación de los delitos se venía utilizando antes de su plasmación legislativa, por lo que tenían que ser los propios tribunales de justicia los que tenían trabajar sobre ellos sin una legislación que apoyara tal actuación.

Una vez consolidada tanto la legislación como la jurisprudencia en esta materia, los objetivos que se pretenden en esta segunda fase del trabajo y en concreto en el apartado 3 a , consisten en determinar cuál o cuáles son los derechos afectados por tales medidas, cuestión que no es baladí debido a que tratándose de uno o de otro las consecuencias son distintas. La doctrina identificaba los derechos afectados y las consecuencias que esto provocaba, en las que se hacía necesario distinguir uno de otro y por consiguiente si se exigía la correspondiente autorización judicial. La jurisprudencia ha venido a clarificar de manera precisa cuál es el objeto de tales medidas, estableciéndose un concepto unitario que viene a eliminar los problemas que la vieja concepción ocasionaba.

La primera de las medidas a analizar, en esta segunda parte del trabajo, es el de la aprehensión y acceso a su contenido de los dispositivos electrónicos, estableciéndose cuál es el régimen legal así como la práctica forense existente antes de la reforma. Tanto la aprehensión como el acceso a su contenido, deben incluirse en la resolución judicial habilitante de la entrada y registro, ya que la aprehensión sin contener tal mención en la resolución no habilita para el acceso y conocimiento de su contenido. Igualmente se busca que con el fin de mantener “la cadena de custodia” en el acceso, que la Policía Judicial siga un procedimiento prefijado al objeto de evitar impugnaciones por parte de la defensa. Por último, se va a hacer una breve descripción de una operación, como es la del clonado de dichos dispositivos, que sirve para poder trabajar sobre el contenido de los objetos aprehendidos sin tener que afectar a la pieza de convicción original,

estableciéndose quien o quienes deben intervenir, y las consecuencias que dicha falta provoca.

La segunda medida tecnológica que se va a analizar (apartado 3c) es la de los registros remotos, determinándose su origen y regulación, junto con el derecho fundamental afectado por el mismo. Como en el resto de medidas, antes citadas, se viene a indicar cuales son los requisitos que deben darse para poder adoptarse, junto con los requisitos de la resolución judicial que lo acuerda. Igualmente pudiera plantearse si tal medida, pudiera acordarse en casos de urgencias por autoridades distintas de la autoridad judicial, como ocurre en el resto de medidas de investigación, estableciéndose diferentes posturas por parte de la doctrina.

La última de las medidas utilizadas (apartado 3 d), es el de la captación y utilización de dispositivos electrónicos para la grabación de la imagen y el sonido, pudiéndose colocarse tanto en lugares públicos como en domicilios particulares, en los que se requiere autorización judicial. En este último supuesto, se discute sobre la presencia del Letrado de la Administración de Justicia en la colocación del mismo, debiendo acudir tanto a las normas procesales generales establecidas en la Ley orgánica del Poder judicial como a la naturaleza de la diligencia para resolver tal cuestión.

A parte de la determinación de los derechos fundamentales afectados, la resolución judicial que lo acuerda y demás requisitos que influye en su determinación, pueden surgir problemas en orden a la transcripción o no de las conversaciones por parte de la policía judicial. En este punto, se tiene que acudir a la jurisprudencia que trata las transcripciones que se producen como consecuencia de una intervención telefónica y que es perfectamente aplicable a esta materia.

2.- ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIA CLASICA.

La entrada y registro, en sentido genérico se entiende como toda resolución judicial, por la que se limita el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2² de la Constitución Española para la consecución de fines o intereses constitucionalmente protegidos. El encuadre sistemático que tiene la inviolabilidad del domicilio en la Constitución, no tiene una estructura sistema organizada, pues viene en el mismo artículo que los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y a la propia imagen, así como la limitación del uso de la informática para proteger a aquellos derechos. En un mismo artículo se recopilan varios derechos fundamentales que no parten un mismo tronco común en relación con el bien jurídico protegido, a pesar de que con el derecho a la intimidad gocen de una especial relación y se puede considerar como instrumental de aquel.

La entrada y registro no solo tiene su incidencia en el ámbito penal, sino que también tiene su encaje en el ámbito civil y contencioso administrativo. Sin embargo, en este trabajo, solo se va a hacer referencia las que tengan que ver con la investigación de ilícitos penales.

Se va a analizar cual es el derecho fundamental afectado por tal medida y la regulación del mismo, la fijación del concepto de domicilio a través de las normas y la jurisprudencia que la desarrolla, los presupuestos por los que es posible la injerencia en tal derecho fundamental, la ejecución material y jurídica de tales medidas (la entrada y el registro) y las por ultimo, las consecuencias, que provoca la falta de los requisitos exigidos para su adaptación y su ejecución.

a) Derechos fundamentales afectados.

² El artículo 18.2 de la Constitución Española establece: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

En este sub apartado se va a proceder a analizar cual es el derecho fundamental que se ve afectado con la medida de entrada y registro, para lo cual se va a analizar la regulación internacional, a través de los distintos tratados internacionales que lo regulan, así como las normas internas, Constitución y demás normas legales. Igualmente hay que acudir al desarrollo de tal derecho por parte del Tribunal Constitucional.

La protección del domicilio se encuentra regulada tanto en la Declaraciones internacionales de Derechos Humanos como en la Constitución Española de 1978, como se ha indicado anteriormente.

La declaración Universal de Derechos Humanos de 1947 establece en su artículo 12, la protección de su vida privada, familiar, su domicilio o correspondencia, evitando injerencias y estableciendo un mandato a la ley con tal fin.

A nivel europeo destaca la protección que se otorga en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en su artículo 8.1 que establece: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia...”. Hay que destacar la importancia de este Convenio que tiene en España y en el resto del espacio europeo, junto con las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el cual viene a ser una guía de interpretación para los tribunales de los estados miembros del Consejo de Europa, así como un mecanismo de protección de los ciudadanos de dichos estados los cuales verían una forma residual de protección de los derechos recogidos en el Convenio cuando por parte de los Estados miembros y de sus tribunales no vean protegidos los mismos.

Junto al Convenio anterior, a nivel internacional el derecho a la inviolabilidad del domicilio viene igualmente protegido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 en su artículo 17.1.

La vinculación de dichos textos convencionales, ya sean europeos o internacionales, viene proclamada en España a nivel constitucional por la conjugación de los artículos 10.2 junto al artículo 96 del mismo texto legal, por la que obliga a realizar una interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas de conformidad con los tratados internacionales, en concreto con la Declaración Universal

de Derechos Humanos a modo de ejemplo. Esta vinculación en cierta medida es relativa, pues nuestro Tribunal Constitucional ha establecido una doctrina consolidada en el sentido de que si esos derechos recogidos en los convenios, no están recogidos en textos legales internos del estado, no pueden ser invocados ante los tribunales ordinarios. Cuestión distinta es la relativa al funcionamiento de la Unión Europea, en las que sus disposiciones internacionales no solo tienen este carácter, sino que también se tienen que considerar como parte del ordenamiento jurídico interno; igual sentido se ha de predicar del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las resoluciones de su Tribunal, en las que las mismas vinculan a los tribunales estatales y pueden ser exigidas por los ciudadanos como consecuencia de las últimas reformas procesales existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Entrando en la regulación nacional, el derecho a la inviolabilidad del domicilio se encuadra dentro de la Sección I, del Capítulo II del Título I “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” constituyéndose como un auténtico derecho fundamental. La entrada y registro supone una grave restricción de uno de los derechos más elementales y trascendentes de la persona.

A nivel jurisprudencial, la cuestión de dicho derecho fundamental ha sido ampliamente tratado por nuestro Tribunal Constitucional, pudiendo citarse a modo de ejemplo la sentencia 22/1984, de 17 de febrero, de la Sala Segunda de dicho Tribunal, estableciéndose la importancia del mismo, y estableciendo la extensión, ya que protege no solo el espacio físico considerado en sí mismo sino todo lo que hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella³. El Tribunal Constitucional viene a vincular el derecho a la inviolabilidad del domicilio con el derecho a la vida privada o a su parte más esencial y característica que es la intimidad personal. En la sentencia antes citada,

³ La sentencia 22/1984, de 17 de febrero, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico quinto define los contornos del derecho a la inviolabilidad del domicilio: “...Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”.

establece que hay un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y registro en un domicilio (artículo 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de la privacidad (artículo 18.1 de la Constitución).

Igualmente se puede hablar en estos términos, de la Sentencia 10/2002 de 17 de enero de 2002 del Pleno del Tribunal Constitucional, así como la Sentencia 11/2006, de 16 de febrero de 2006 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional.

El derecho fundamental aparece como un derecho fundamental sujeto a limitaciones las cuales habrán de ser aplicables, por regla general, por los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Estas limitaciones vienen establecidas en la propia Constitución en su artículo 18.2 que establece tres casos : el consentimiento del titular, la resolución judicial y en caso de flagrante delito. También se puede citar el artículo 55 de la Constitución en la que se puede establecer la suspensión de tal derecho, cuando se haya declarado el estado de excepción o de sitio, o incluso en las investigaciones correspondientes a bandas armadas o elementos terroristas.

La enumeración que establece la Constitución de los límites al derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene carácter meramente indicativo. El Tribunal Constitucional ha añadido otro límite más que es el de aquellos casos que generan causas de justificación entre las que se puede hablar del estado de necesidad, según establece en la ya vetusta sentencia 22/1984 del Tribunal Constitucional⁴.

Se puede añadir otra que es la prevista en la Ley 1/1992 de 21 de febrero de Protección de la Seguridad Ciudadana, en cuyo artículo 21.3⁵ da la posibilidad a las

⁴ PARDO FALCON, J.: “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, Nº 34, 1992, pp. 170.

⁵ El artículo 21, apartados 3 y 4 de la Ley 1/1992 de 21 de febrero de Protección de la Seguridad Ciudadana establece: “ 3. Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad. En tales supuestos, y para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas, no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo.

Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de entrar en domicilios cuando se prevea que haya peligro inminente y graves para las personas o cosas. Sin embargo, tal Ley queda derogada por la Disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que en su artículo 15 viene a reproducir la anterior regulación, debiendo estarse igualmente a lo manifestado por la Jurisprudencia así como por las leyes procesales, y en concreto por lo establecido en el artículo 553 de la Ley de enjuiciamiento criminal, de tal forma que los Agentes de la Policía podrán proceder a la detención de personas en determinados casos (uno de ellos en caso de flagrante delito), pudiendo adentrarse en cualquier lugar o domicilio para proceder a la detención, entrada y registro, siempre que tal actuación provenga de una persecución por parte de los mismos; fuera de este supuesto, es decir, cuando se le haya perdido de vista al presunto delincuente, los agentes necesitarían la autorización judicial de entrada y registro por parte del Juzgado de Guardia.⁶

b)Concepto de domicilio.

En este apartado se busca determinar con precisión cuál es el objeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio, es decir, determinar los espacios que tienen tal consideración y por tanto son objeto de la protección de un derecho fundamental. La Constitución Española únicamente se limite a proteger la inviolabilidad del domicilio sin fijar ningún concepto, por lo que es la jurisprudencia y la doctrina la que van a jugar un papel fundamental en orden a la fijación de criterios; a pesar de esto, van a surgir determinados habitáculos o lugares en los que a pesar de estos criterios, se duda por lo que habrá que acudir a la jurisprudencia para establecer si tienen tal consideración o no.

También se busca determinar si el concepto de domicilio y la inviolabilidad del mismo son extensibles a las personas jurídicas o no.

4. Cuando por las causas previstas en el presente artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entren en un domicilio, remitirán sin dilación el acta o atestado que redactaren a la autoridad judicial competente”.

⁶ MORALES MUÑOZ,E .: “ Diligencias de investigación: Registro domiciliario. Cuestiones Generales y consentimiento titular. Situaciones de flagrancia”, Boletín del Ministerio de Justicia, ISSN-e 0211-4267, Año 61, N° 2036, pp. 5-8.

En nuestro ordenamiento jurídico aparecen distintas definiciones de domicilio según cada una de las ramas del derecho, de tal forma que su concepto difiere de una a la otra.

La determinación de su concepto en el ámbito de la investigación penal es fundamental pues la Carga Magna establece la existencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio, aunque la misma no establece una definición del mismo.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, considera domicilio de un particular al espacio físico cerrado donde una persona puede desarrollar su vida privada. Resulta irrelevante la ubicación física del mismo, el carácter mueble o inmueble, la configuración física, el título jurídico que habilita el uso del domicilio, así como el carácter temporal, permanente o accidental que se le atribuya (Sentencia 10/2002, de 17 de enero de 2002 del pleno del Tribunal Constitucional que viene a resolver una Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla respecto del artículo 557 de la Ley de enjuiciamiento criminal, sobre si la habitación de un hotel se considera domicilio o no).

La inviolabilidad del domicilio se concibe como un derecho fundamental reconocido a todo particular, ya sea nacional o extranjero, cuyo contenido consiste en impedir la entrada de personas ajenas, sean particulares o autoridades públicas, al espacio protegido.

Dicho derecho se encuentra plenamente vinculado al derecho a la intimidad recogido en el artículo 18.1 de la Constitución, dotando el Tribunal Constitucional de carácter instrumental el derecho a la inviolabilidad del domicilio respecto a la intimidad personal y familiar.

El domicilio es el lugar donde se desarrolla la vida personal más privada del individuo y por ello al instituir la protección del domicilio constitucional se establece simultáneamente la base para proteger los actos más íntimos del individuo y todo lo que deriva de su esfera personal. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984 antes citada, establece que no solo se protege el espacio físico que constituye el

domicilio propiamente dicho, sino también todo lo que aparece en él y que emana de la persona considerada titular del domicilio.

Otra de las posibles cuestiones que se pudieran suscitar, es acerca de si las personas jurídicas son titulares de tal derecho o no. Sobre tal cuestión se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional en orden a atribuir a las mismas tal derecho, pero no respecto de cualquier espacio de las que sean titulares sino que se han delimitado los espacios protegidos. En este sentido se puede mencionar la Sentencia 69/1999, de 26 de abril de 1999 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, que viene a indicar que la protección que se otorga a las personas jurídicas se realiza sobre la base del artículo 18.2 de la Constitución. Sigue indicando la sentencia que el derecho a la inviolabilidad del domicilio no se circunscribe a las personas físicas sino que también es extensivo a las personas jurídicas, siendo su extensión distinta porque respecto de las primeras se protege por la relación con el derecho a la intimidad, mientras que el fundamento de protección respecto de las segundas es la protección de aquellos documentos u otros soportes de la vida diaria de la persona jurídica que quedan reservados al conocimiento de terceros.⁷

Los orígenes de la consideración de que las personas jurídicas pueden ser titulares de tal derecho se encuentran en la sentencia 137/1985, de 17 de octubre de 1985 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

Este concepto de domicilio de las personas jurídicas ha sido recogido por la legislación procesal, en concreto el artículo 554.4º de la Ley de enjuiciamiento criminal introducido por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

⁷ Sentencia 69/1999, de 26 de abril de 1999 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico define la protección que se otorga a las personas jurídicas en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio: “Por tanto, cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros”.

Algún sector doctrinal ha critica esta concepción extensiva de otorgar protección a las personas jurídicas porque entienden que la inviolabilidad del domicilio se otorga o se protege por su relación con la intimidad, cualidad que no tienen las mismas. Nuestro Tribunal Constitucional ha venido a confirmar dicha titularidad, indicando que los motivos por los que se protege a las personas físicas de las jurídicas son distintos, así como la extensión de tal derecho, lo cual debe de tenerse en cuenta por el órgano jurisdiccional a la hora de acordar una resolución de injerencia de tal derecho.

Dejando a parte a las personas jurídicas, se ha de decir que la Constitución no ha desarrollado un concepto de domicilio, sino que únicamente ha establecido que queda prohibida la injerencia en la morada de un particular. Es la doctrina y la jurisprudencia la que ha desarrollado tal concepto, indicando que será objeto de protección la morada estable o transitoria de un sujeto en la que desarrolla su vida privada, incluyéndose las habitaciones de hotel, pensiones, caravanas y roulotte.

De la definición que se ha venido estableciendo por la jurisprudencia se pueden extraer las siguientes notas características: se tiene que tratar de un espacio físico cerrado, en el que el individuo (persona física) titular del derecho viva de forma estable o transitoria, además se exige que el mismo sea apto para el desarrollo de su vida privada, y todo ello con el fin de desplegar su libertad más íntima y con ánimo de excluir dicho ámbito a terceros.

En nuestro ordenamiento jurídico se pueden encontrar diversas definiciones de domicilio las cuales difieren unas de otras. Para el derecho civil, el domicilio hace referencia a la residencia habitual encontrándose recogida en el artículo 40 del Código Civil respecto de las personas físicas (recogiendo la especialidad de los diplomáticos residentes en el extranjero), y en el artículo 41 respecto de las personas jurídicas en el que habrá que estar a lo dispuesto estatutariamente o legalmente, y en su defecto, a donde tenga su representación legal. A efectos tributarios, viene recogido en el artículo 48 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria en se concibe el domicilio fiscal como el lugar de residencia habitual para las personas físicas.

A efectos procesales, encontramos la definición de domicilio en el artículo 554⁸ de la Ley de enjuiciamiento Criminal en relación con las entradas y registros; dicho artículo fue reformado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, estableciendo el apartado 4 el cual trata sobre lo que se considera domicilio en relación con las personas jurídicas.

El concepto de domicilio se ha venido ampliando por vía jurisprudencial con el fin de otorgar a tal derecho una protección adecuada, para no ceñirse al lugar que se utiliza como morada habitual, de tal forma que se considera como tal aquel en donde una persona desarrollada la vida privada. Esta extensión jurisprudencial se puede encontrar en la Sentencia 1803/2002, de 4 de noviembre de 2002, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁹, indicando que el concepto constitucional de domicilio debe de tener mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo, pues hay que incluir todo lo que suponga una emanación de la persona y de su esfera privada.

La extensión de tal derecho a determinados espacios o habitáculos ha sido objeto de debate jurídico tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, siendo esta última la que ha ido perfilando los espacios que tienen tal consideración de los que no la tienen.

De manera unánime, se excluye por la jurisprudencia aquellos espacios físicos abiertos donde por sus propias características imposibilitan el desarrollo de la vida privada, así como cualquier lugar donde no se desarrolla la vida privada del titular

⁸ El artículo 554 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece el concepto de domicilio: “Se reputan domicilio, para los efectos de los artículos anteriores: 1.º Los Palacios Reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la entrada o registro. 2.º El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia. 3.º Los buques nacionales mercantes.

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

⁹ La Sentencia 1803/2002, de 4 de noviembre de 2002, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es un claro ejemplo del criterio extensivo del concepto de domicilio: “En su suma, la interpretación del domicilio, a los efectos que nos ocupan, no puede ceñirse estrictamente al de lugar que sirve de morada habitual del individuo. El concepto subyacente en el artículo 18.2 de la CE ha de entenderse de modo amplio y flexible ya que trata de defender los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de las personas, debiendo interpretarse a la luz de los principios que tienden a extender al máximo la protección a la dignidad y a la intimidad de la persona, al desarrollo de su privacidad a través de la cual proyecta su «yo anímico» en múltiples direcciones (cfr. Sentencias del TS de 19 enero y 4 abril de 1995 y 30 de abril de 1996). Se trata de garantizar el ámbito de privacidad, lo que obliga a mantener un concepto constitucional de domicilio, de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo, ya que con el domicilio no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella (cfr. Sentencia del TC 22/1984, de 17 febrero).

aunque sea un espacio cerrado y se requiera autorización del titular como una oficina o local comercial; se excluyen las viviendas deshabitadas o aquellas en las que no sea posible la vida en ellas, pero se incluyen aquellas que aunque estén en condiciones infrahumanas o muy precarias, pero en ellas se desarrolle la vida privada.

Respecto de las habitaciones de hotel en las que la residencia era temporal, inicialmente se excluían, pero luego sí que alcanzaron el concepto de domicilio (a los efectos constitucionales) pues se entendía en estos espacios se desarrollaba la vida privada de tal forma que para desarrollar una diligencia de entrada y registro era necesaria autorización judicial salvo que hubiera mediado consentimiento del titular (Sentencia 853/1995, de 7 de julio de 1995 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo). En esta sentencia se alegaba la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero el caso era distinto, porque el hallazgo que dio lugar al hecho delictivo tuvo lugar una vez que el titular del derecho abandonó la habitación como consecuencia de la extinción del contrato de hospedaje, y fue la limpiadora la que lo encontró. En caso de que no se hubiera extinguido el contrato, y por tanto vigente el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el registro se hubiera debido practicar con la autorización judicial previa.

En lo que se refiere a los vehículos, se debe acudir a la Sentencia 334/2013, de 15 de abril de 2013, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la que hace un estudio prolijo y detallado acerca de la validez del registro de vehículos a motor y de los requisitos que deben darse para poder realizarse correctamente. Esgrime el Tribunal Supremo, que los vehículos a motor no tienen la condición de domicilio o vivienda, ni se haya protegido su interior por ningún derecho fundamental, por lo que no se precisa autorización judicial para la inspección ocular. Los funcionarios policiales, aunque no esté en juego ningún derecho fundamental, deben adoptar las garantías para su ejecución, procurando en la medida de lo posible que los imputados (y su defensa) estén presentes cuando registren los mismos para poder garantizar de manera plena y efectiva el derecho de defensa y el principio de contradicción.

Cuestión distinta sería la cabina de un camión con habitáculo para descansar del conductor, en los que habrá que estar al uso destinado, frecuencia, características del habitáculo...para determinar si el conductor ejerce la vida privada o no, por lo que siendo positivo habrá que requerirse autorización judicial para su registro.

Uno habitáculo que puede generar confusión acerca si tiene la consideración de domicilio o no es el relativo a las celdas de los internos en los distintos establecimientos penitenciarios que hay a lo largo del territorio español. En la sentencia 89/2006, de 27 de marzo de 2006, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, se indica que el registro de la celda del recurrente se encuadra dentro del derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución, y no dentro del derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 del mismo texto legal, porque no tiene la consideración de domicilio.

A esta conclusión llega porque indica que el domicilio es un ámbito de privacidad dentro del espacio limitado que la propia persona elige, inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública; por eso la celda, a pesar de ser un ámbito de intimidad para el ocupante, al no ser elegido por el mismo y no tener la facultad de excluir a terceros (y menos a la autoridad pública), no tiene la consideración de domicilio.

En el ámbito penitenciario, se reconoce a los internos el derecho a la intimidad para poder garantizar el desarrollo de su personalidad y el aseguramiento de una vida digna. Sin embargo, por razones de organización y seguridad de los propios establecimientos penitenciarios este derecho está sometida a mayores restricciones que en el resto de personas.

El recluso, siguiendo al Tribunal Constitucional, debe ser informado del registro que se va a realizar, estar presente durante su práctica y a que se le comuniquen los resultados obtenidos en el registro. En caso de no cumplirse tales requisitos se entiende que se ha vulnerado el derecho a la intimidad reconocido a los reclusos.¹⁰

¹⁰ NOGUERAS INÉS, E.: “La investigación criminal sobre el domicilio: entrada y registro” Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, ISSN-e 1989-3892, N° 2016, pp. 6-13.

Habiéndose hecho eco de algunos supuestos que pudieran considerarse como particulares, la doctrina como BOIX REIG o GARCÍA RIVAS¹¹, sobre la base de la jurisprudencia dictada en la materia, hablan de cuatro requisitos básicos para que se pueda considerar que un espacio tiene la consideración de morada.

1º Debe de tratarse de un espacio acotado, al menos parcialmente, de manera que aparezca separado del mundo exterior, de tal forma que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene a decir que no todo espacio cerrado constituye domicilio, aunque el hecho de que este circunstancialmente abierta, siendo lo fundamental el tipo de uso que se le confiera junto con el carácter acotado del exterior.

A efectos de su configuración, es indiferente la forma física concreta, por lo que es indiferente que se trate de un mueble o un inmueble, así como la mayor o menor solidez y estabilidad del espacio. A modo de ejemplo, la jurisprudencia ha considerado morada una cueva.

2º El destino del espacio debe estar destinado al desarrollo de actividades propias de la vida privada, profesional o familiar, no considerándose como tal aquellos espacios destinados a cualquier actividad distinta de aquellas (sentencia del Tribunal Constitucional 10/2002 de 17 de enero); de lo que se puede extraer que el destino o uso del espacio constituye un elemento definidor esencial.

3º El uso de la morada debe ser actual, no protegiéndose, según la doctrina, aquellos espacios destinados a la misma, pero que aún no están ocupados o han sido abandonados.

Una vez que quede confirmada la actualidad del uso, es irrelevante el carácter permanente o temporal de dicho uso, así como la presencia del sujeto pasivo en el momento del delito. La jurisprudencia ha venido indicar que se considera irrelevante la habitualidad o periodicidad del uso del espacio.

Algún autor como puede ser MORALES PRATS¹² ha enumerado los elementos que deben definir la actualidad del uso: lugar destinado a desarrollar actividades

¹¹ BOIX REIG, J y otros: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección Penal de los Intereses Jurídicos personales*, pp. 475.

¹² MORALES PRATS, F en QUINTERO OLIVARES (Dir.) : “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 513-515.

privadas, constatarse la voluntad del morador de exclusión de terceros y por último, tiene que ser un lugar adecuado para el libre desarrollo de la personalidad del individuo.

4º Por último, es necesario que concurra la legitimidad del uso sobre la base de algún título legítimo, siendo indiferente que consista en una relación jurídico formal (propiedad, arrendamiento, etc...) o bien una situación de hecho reconocida por el derecho como puede ser un precario o una convivencia familiar. De lo que se puede observar es que es indiferente cual sea el título con tal de que sea legítimo¹³.

El domicilio puede considerarse como aquel espacio, con independencia de sus características internas o externas, en las que uno desarrolla su libertad mas íntima y actúa sin estar sujeto a convicciones sociales o morales, es decir, como es el. Entiendo que dicho concepto no puede estudiarse de manera independiente del derecho a la intimidad y a la vida privada, estando íntimamente ligada.

El domicilio no puede fijarse, a los efectos que se esta tratando, como un mero espacio físico, sino que tiene tal consideración porque en el se reflejan las características de la vida privada y familiar de uno mismo, por lo que habrá que seguirse una interpretación finalista de tal concepto para que se pueda entender correctamente.

C) Presupuestos constitucionales que habilitan la entrada y registro.

En este apartado se busca indicar cuales son los limites al derecho a la inviolabilidad del domicilio, partiendo del artículo 18.3 de la Constitución que los enumera (consentimiento del titular, resolución judicial y flagrancia delictiva), para poder adentrarse en cada uno de ellos a partir de las notas que fija la jurisprudencia y la doctrina. A efectos de este trabajo, se va a profundizar mas en el supuesto de la

¹³ DE LUENGO ZARZOSA, M.: “ La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios. Referencia al ámbito castrense”, Universidad de Valencia, Valencia, 2015, pp. 181-185.

resolución judicial adoptada en un proceso penal, fijando los requisitos que deben concurrir para su adopción y los requisitos materiales que debe tener aquella.

Las diligencias de entrada y de registro son diligencias procesales de investigación que se pueden acordar tanto en el procedimiento ordinario como en el procedimiento abreviado, regulándose en los artículos 545 al 572 de la Ley de enjuiciamiento criminal, junto con la previsión constitucional ya mencionada recogida en el artículo 18 de la Constitución.

Del texto legal se puede considerar que la diligencia es única, aunque en realidad nos encontramos con dos diligencias distintas. Por un lado, nos encontramos con la diligencia de entrada en domicilio con la finalidad de buscar a alguien o algo que se encuentra localizado, y por otro lado, nos encontramos con la diligencia de registro domiciliario que pretende localizar a alguien o algo; ambas diligencias aparecen unidas porque generalmente la entrada en domicilio se realiza para registrar la morada e investigar sobre un hecho presuntamente delictivo.

La diligencia procesal de entrada y registro se define, según NOGUERAS INÉS¹⁴, como la penetración en un espacio físico cerrado por parte de un agente policial para buscar y recoger fuentes de prueba para la investigación procesal o a la propia persona investigada (según la nueva terminología procesal, sin que se exija para su concesión que haya auto de transformación de procedimiento abreviado ni auto de procesamiento), con el fin de que se constaten todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, la culpabilidad del delincuente y el aseguramiento de su persona.

Mencionar de manera somera, que tal diligencia de entrada y registro debe realizarse respetando las garantías constitucionales y legales, ya que su falta provocaría la nulidad, en el primer caso, y la irregularidad de la prueba, en el segundo.

¹⁴ NOGUERAS INÉS, E.; *op cit*, pp. 17.

En cuanto a los requisitos para la constitucionalidad, habrá que acudir al artículo 18.2 de la Constitución que establece tres excepciones a la inviolabilidad domiciliaria: consentimiento del titular, resolución judicial habilitante y delito flagrante.¹⁵

El primer presupuesto es el del consentimiento del titular, entendiéndose que presta el mismo, ex artículo 551 de la Ley de enjuiciamiento criminal, cuando se ejecutan por su parte actos necesarios para que pueda llevarse a cabo sin que se haya invocado la inviolabilidad del domicilio. Este consentimiento debe reunir una serie de requisitos entre los que se encuentra que el mismo haya sido prestado de una forma auténtica que permita tener constancia del mismo (quede acreditado de alguna manera), aunque en algunos casos la jurisprudencia ha admitido el consentimiento presunto siempre que se tome con cautela, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2009, que viene a seguir la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 22/19984, de 30 de octubre.

Dicho consentimiento debe ser previo a los actos de desarrollo de la medida, pudiendo revocarse en cualquier momento, por lo que se hace necesario que por las autoridades actuantes se le informe de dicha actuación y las consecuencias que provocaría a efectos judiciales. Es obvio que el mismo haya sido prestado por persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus facultades mentales lo que implica el pleno ejercicio de sus derechos civiles, así como que se haya prestado sin vicio o condicionamiento alguno.

Cuestión que merece la pena resaltar es el consentimiento que pudiera prestarse por su titular cuando el mismo se encuentra detenido, en el que dicho consentimiento únicamente será válido si el mismo ha sido realizado gozando de asistencia letrada, ya que entiende la jurisprudencia que en la situación en la que se encuentra la persona privada de libertad no puede decidir libremente ni en condiciones de serenidad¹⁶.

Por último indicar que el consentimiento será válido cuando sea realizado por la persona que sea el titular del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (quien habite en la

¹⁵ NOGUERAS INÉS, E.; *op cit*, pp. 17-19.

¹⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2001, establece que la persona que esta privada de libertad no puede prestar el consentimiento válidamente para que se proceda a la entrada y registro de su domicilio.

morada) el cual puede coincidir o no con la figura del propietario, pudiendo plantearse cuestiones límite, en los casos.¹⁷

En materia de consentimiento por parte del titular para realizar la entrada y registro, se puede citar la sentencia 44/2018, de 4 de octubre de 2018, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la cual a su vez en su fundamento jurídico segundo, se remite a la sentencias del Tribunal Constitucional 22/2003, de 10 de febrero y a la sentencia 22/1984 de 17 de febrero, por la que establecen que solo podrá limitarse el derecho a la inviolabilidad del domicilio en los casos de resolución judicial o los registros efectuados con consentimiento de su titular.

Por lo que se refiere al concepto de flagrancia y que supone una excepción a la inviolabilidad del domicilio, se puede decir que encierra una percepción sensorial directa del hecho delictivo, de suerte que la flagrancia se ve, no se demuestra apareciendo vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria.

Dicho concepto se estudia en la sentencia 341/1993, de 18 de noviembre de 1993 del Pleno del Tribunal Constitucional, en las que indica que la flagrancia es una situación en la que la comisión del delito se percibe con evidencia, y por lo tanto con la imagen en la que un delincuente es sorprendido, visto directamente en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a su perpetración, siendo una situación excepcional que implica una interpretación restrictiva del artículo 18.2 de la Constitución y del artículo 553 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

El Tribunal Constitucional lo define como aquella situación fáctica en la que la comisión de un delito se percibe con evidencia y exige, una inmediata intervención.

La flagrancia implica la existencia de una serie de requisitos según la Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre de 1993 del Tribunal Constitucional: el primero de ellos en la inmediatez temporal, es decir un delito que se esté cometiendo o haya sido cometido antes, o incluso inmediatamente posterior; el segundo de los requisitos es el de la inmediatez personal, de tal forma que el delincuente se encuentre allí en situación tal que por su relación con los objetos o instrumentos del delito ofrezca una prueba de su intervención en los mismos; en tercer lugar, necesidad urgente de la intervención, de

¹⁷ DE LUENGO ZARZOSA, M.; *op cit*, pp. 223-235.

tal forma que la policía tenga que intervenir inmediatamente para conseguir la detención del autor de los hechos junto con la obtención de pruebas que desaparecerían si se acudiera a solicitar la autorización judicial; por último, se exige la necesidad de que no exista cuando la naturaleza de los hechos permitan acudir al juzgado para obtener la correspondiente autorización judicial.

La definición legal de flagrancia viene recogida en el artículo 795.1.1¹⁸ de la Ley de enjuiciamiento criminal, en la que el legislador da unas pinceladas de lo que considera que se entiende por tal concepto.

El hecho de determinar si el registro se ha realizado concurriendo las notas que la jurisprudencia ha exigido para ver si concurre o no la flagrancia, tiene unas consecuencias importantes. Un registro realizado por los agentes actuantes sin que concurren las notas antes mencionadas, daría lugar a la nulidad de todas las pruebas obtenidas en el mismo al encontrarnos con la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y por tanto encuadrable dentro del artículo 11 de la Ley orgánica del poder judicial, como se puede citar a modo de ejemplo la sentencia 620/2008, de 9 de octubre de 2008 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En dicha sentencia no se aprecia la flagrancia, pues se trataba de un registro realizado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como consecuencia de un incendio en el que tuvieron que acudir los bomberos por lo que a consecuencia de la extinción de aquel, se produjo el registro de todo el domicilio, incluido una habitación cerrada con llave, por lo que tal prueba no pudo considerarse para desvirtuar la presunción de inocencia.¹⁹

¹⁸ El artículo 795.1.1^a de la Ley de enjuiciamiento criminal define el concepto de flagrancia: “Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

¹⁹HERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J.: “Supuestos Constitucionales que posibilitan la entrada y registro en domicilio”, ISSN 1576-9763, N°36, 2012, pp. 107-112.

El tercero de los presupuestos que habilitan la entrada y registro es que se haya una resolución judicial, el cual viene regulado en el artículo 558²⁰ de la Ley de enjuiciamiento criminal, el cual debe realizarse respetando garantías constitucionales (derecho de defensa, inviolabilidad del domicilio...), así como el resto de garantías establecidas en normas legales o procesales, las cuales pertenecen al ámbito de la legalidad ordinaria y que deben graduarse por los tribunales de justicia.

Para la concesión judicial de una entrada y registro válida se hacen necesarios una serie de requisitos que deben darse. El primero de ellos es que haya indicios de encontrarse allí el investigado o que haya efectos, instrumentos o cualquier objeto que pueda servir para comprobar la existencia de un delito, los cuales deben diferenciarse de la mera confidencia policial. Esta última no es suficiente ya que es necesario que por parte de los agentes de la policía judicial se realicen las gestiones oportunas en orden a comprobar su veracidad; en segundo lugar, se tiene que determinar cuál es el Juzgado competente para autorizar la misma, el cual es el Juzgado de Instrucción que este conociendo la causa, y si no todavía no hay ninguno porque la causa no está judicializada, será el que debiera de conocer dicha causa, y en último lugar, el Juzgado de guardia del partido en los casos en los que la solicitud se realice fuera del horario de audiencias; estas reglas son las que se han de tener en cuenta con carácter general, sin perjuicio de otras especialidades como es el caso de delitos competencia de la Audiencia Nacional en cuyo caso será el Juzgado Central de Instrucción que por turno corresponda.

En tercer lugar se exige que la autorización judicial contenida en el auto este motivada, pues se esté autorizando una medida que invade derechos fundamentales. Esta motivación tiene que atender a los principios de proporcionalidad, necesidad, idoneidad, utilidad y especialidad.

En los casos en los que el auto de entrada y registro no este motivado o su motivación es defectuosa, provoca la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y daría lugar a la nulidad de todos los actos de ejecución de la orden judicial y los que

²⁰ El artículo 558 de la Ley de enjuiciamiento criminal establece: “El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar”.

de ella deriven. Esto no debe confundirse con la motivación por remisión al oficio policial cuyo contenido se asume, como establece la sentencia 1034/2013, de 30 de diciembre de 2013 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo²¹. Entiendo que tal medida aunque no sea correcta, ni académicamente hablando ni desde una perspectiva estrictamente formal de la protección de los derechos fundamentales, en la practica en la mayoría de los casos únicamente se tienen los indicios que vienen en el atestado policial por lo que únicamente cabe remitirse a ellos, sobre todo en los casos en que el procedimiento judicial se inicia con dicho atestado. Cuestión distinta, seria aquellos casos en los que se llevan practicando diligencias judiciales y posteriormente, por la policía judicial se pide un oficio de entrada y registro, en la que habría que remitirse no solo al atestado policial sino a lo que ya se esta instruyendo judicialmente.

Por lo que se refiere al contenido formal del auto, se ha indicar que de ninguna forma se puede llevar a cabo un registro que no se autorice en un auto escrito, de tal forma que no es posible que la Autoridad Judicial autorice el mismo de forma verbal (sentencia 912/1996, de 25 de noviembre de la Sala de lo Penal Tribunal Supremo). Igualmente se exige que ese auto para que sea tal debe ser firmado por el Juez que lo dicta según establece el artículo 248.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial.

EL contenido formal mínimo del auto habilitante debe contener los siguientes extremos:

-Debe indicarse el edificio o lugar cerrado en que deba realizarse, conteniendo la edificación completa del domicilio donde vaya a practicarse la diligencia, de tal forma que no haya duda alguna sobre su localización material. En unos casos se exigirá la ubicación en el callejero, la numeración, la planta y la letra que lo identifica, pero en otras, se pueden generar complicaciones, como en los poblados chabolistas en donde se admiten errores materiales, pero en ningún caso la equivocación completa lo cual

²¹La sentencia 1034/2013, de 30 de diciembre de 2013 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su fundamento jurídico tercero hace referencia a la motivación por remisión al oficio policial: "... la resolución se remite al oficio policial donde aparecen suficientemente justificadas las razones del registro. Esa motivación por remisión, al considerarse innecesario reiterar lo que aparece en el oficio policial cuyo contenido se asume y se da por reproducido, está autorizada por esta Sala de casación así como por el Tribunal Constitucional. También en este lugar, como en un auto de registro es legítima la remisión esta vez tanto a una jurisprudencia que, por ser bien conocida, es igualmente ocioso reproducir, como al amplio elenco de elementos que minuciosamente recoge la impugnación de la representante del Ministerio Público"

provocara una infracción de rango constitucional y la consiguiente nulidad de las pruebas obtenidas.

-Si la diligencia se llevara a cabo solo de día, siendo necesaria la determinación concreta de la fecha, día y hora en que se practica. Las horas no deben interpretarse en un aspecto puramente cronológico, en base a las horas de reloj, sino que estas son variables según las estaciones del año y las costumbres. Nuestro Tribunal Supremo establece como criterio es de las horas hábiles que establece el artículo 182 de la Ley orgánica del poder judicial, por lo que van desde las ocho de la mañana hasta las ocho de la noche.

En los supuestos en los que habiéndose iniciado el registro de día, este no ha acabado en horas de “día” según la interpretación del Tribunal Supremo antes indicada, habría que ponerse en contacto con la autoridad judicial competente para que autorizase la ampliación a horas de noche, notificando dicha ampliación al investigado dentro de las 24 horas siguientes y haciéndose constar en el acta que por parte del instructor se ha acordado la misma. La omisión del día y de la hora del registro en el auto no supone vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio constituyendo una irregularidad procesal exclusivamente.

-Se debe indicar el delito/s que se investiga y que es objeto del procedimiento en que se dicta y los efectos y objetos a intervenir. Aquí mencionar someramente, aunque se desarrollara en el apartado tercero, que en el auto de entrada y registro se debe indicar que respecto de los elementos tecnológicos que actuaciones está permitido realizar por parte de los investigadores policiales.

-En último lugar se hará referencia a los aspectos formales del auto habilitante que son los mandamientos de entrada y registro (según preceptúa el artículo 186 de la Ley de enjuiciamiento criminal), tratándose de un despacho que se deberá librar dentro del procedimiento y que va dirigido a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para que vayan a practicarlo y cumplan con lo ordenado en el mismo. Su contenido no viene especificado en la legislación procesal, pero que al ser un acto de comunicación deberá ir firmado por el Letrado de la Administración de Justicia.

En lo que se refiere al tipo de procedimiento en que se puede acordar la misma, hay que advertir que el mismo puede realizarse tanto en el procedimiento abreviado como en el procedimiento sumario o incluso en el procedimiento ante el Tribunal del jurado. Se cuestionaba si era posible solicitar la entrada y registro en lo que conoce como Diligencias Indeterminadas (causas gubernativas). Nuestro Tribunal Supremo manifestó que al tratarse de actuaciones que suponían la violación de derechos fundamentales no era posible en tales causas, aunque tal quebrantamiento no llega a invalidar tal diligencia ya que se trata de una cuestión meramente procedimental (Sentencia 1558/1993, de 25 de junio del Tribunal Supremo y la sentencia 264/ 2018, de 31 de mayo del Tribunal Supremo). También se podía plantear la cuestión si era posible solicitar tal medida invasiva en el curso de un procedimiento de delito leve. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo rechazan tal invasión en un procedimiento de tal naturaleza, pues no se cumple con el canon constitucional de proporcionalidad entre la medida restrictiva y el derecho del Estado a investigar delitos, en relación al derecho fundamental afectado que es la inviolabilidad del domicilio (sentencia 1729/2002 de 28 de diciembre de 2002 del Tribunal Supremo y la sentencia 45/2011, de 11 de febrero de 2002, hacen referencia a que la proporcionalidad de la entrada y registro se determina con relación a la gravedad del delito, por lo que en los delitos leves tal actuación no será posible).

Otra cuestión que merece la pena resaltar es el de la notificación del auto, ya que según el artículo 550 de la Ley de enjuiciamiento criminal, debe notificarse inmediatamente, o a lo más tarde dentro de las 24 horas de haberse dictado.

Dicho auto debe notificarse de manera personal, según el artículo 556²² de la Ley de enjuiciamiento criminal estableciendo una serie de personas:

-En primer lugar al particular que resida en el mismo con independencia de quien sea el propietario de la misma, ya que lo realmente relevante es quien se ve

²² El artículo 556 de la Ley de enjuiciamiento criminal establece a quienes se les ha de notificar el auto de entrada y registro: “Si la entrada y registro se hubieren de hacer en el domicilio de un particular, se notificará el auto a éste; y si no fuere habido a la primera diligencia en busca, a su encargado.

Si no fuere tampoco habido el encargado, se hará la notificación a cualquier otra persona mayor de edad que se hallare en el domicilio, prefiriendo para esto a los individuos de la familia del interesado.

Si no se halla a nadie, se hará constar por diligencia, que se extenderá con asistencia de dos vecinos, los cuales deberán firmarla”.

afectado su derecho a la intimidad, en cuyo caso es a el a quien se le debe de notificar el mismo.

-En defecto del anterior, dicha notificación se realizara al encargado, pudiendo considerarse como tal el mayordomo o cualquier otra persona que ostente un cargo similar.

- En defecto de los anteriores, a cualquier sujeto que se encuentre en el domicilio mayor de edad, con preferencia a los familiares del interesado.

- En último lugar, se establece que en defecto de todos los anteriores se realice la notificación a dos vecinos, aunque según las funciones encomendadas a los Letrados de la Administración de Justicia en cuanto a la fe pública judicial, se entiende tanto por la doctrina y por la jurisprudencia que es totalmente prescindible.

En la práctica a pesar de que el Letrado de la Administración de Justicia ejerce con plenitud la fe pública judicial, se suele recurrir a dichos testigos con el fin de evitar que por esta irregularidad se anulen los resultados obtenidos con dicha diligencia, ya que depende mucho de la Audiencia Provincial que entendiera del caso y de lo “escrupulosa” que sea en el respeto de los derechos del investigado.

Por lo que se refiere al tiempo de la notificación, se ha de decir que no es requisito esencial que la notificación preceda a la entrada, siendo posible en algunos casos, y en otros no, porque se habrá de asegurar la entrada por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, y una vez verificado se procederá a su notificación. No se ha de olvidar que el artículo 550 de la Ley de enjuiciamiento criminal permite la notificación del auto dentro de las 24 horas, y que es posible, que durante la diligencia de entrada y registro sea necesario ampliar la autorización a otros extremos no previstos inicialmente, cuestión que como es obvio se documentara posteriormente y que por tanto habrá que notificarse posteriormente.

En todo caso, la ausencia de notificación supone una irregularidad que no limita el derecho de defensa del acusado y por tanto no produce la invalidación de la diligencia practicada.

En lo que se refiere a la forma de notificación, se ha de realizar mediante entrega del testimonio del auto autorizándolo con lectura de su contenido, haciéndolo constar en el acta.

Si fuera extranjero el detenido, no es imprescindible que acuda al mismo el intérprete, para cumplir con el mandato del artículo 123.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (tras la Directiva 2010/64/UE relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y traspuesta con la Ley orgánica 5/2015), debiendo realizarse dentro de las 24 horas siguientes, pudiendo citarle para el día siguiente en la Oficina Judicial o llevar a cabo la notificación en la Comisaria. La urgencia de la diligencia hacen que en muchos casos no esté presente el intérprete, bastando la presencia del Letrado de la Administración de Justicia que garantizará el control jurisdiccional del acto y el objeto del registro, por lo que al detenido no se le causará ninguna indefensión.

Cuando las actuaciones se encuentran secretas, por las causas legalmente establecidas, solo se notifica al interesado un extracto del auto habilitante en el que se recojan el encabezamiento y parte dispositiva del auto, omitiendo los datos necesarios para preservar la finalidad del secreto de las actuaciones y evitar poner en peligro el buen fin de la investigación que se realiza. El propio auto deberá indicar que debe notificarse y que no, al encontrarse secretas las actuaciones para evitar errores en la elaboración del mandamiento judicial.²³

d) Ejecución de la entrada y registro.

Una vez fijados cuales son los requisitos para su concesión y la resolución judicial ha sido acordada, procede analizar en este apartado como la entrada y registro se practica, teniendo en cuenta las personas que pueden o deben intervenir necesariamente en la misma. Se ha discutido acerca de la necesidad o no de la intervención del Letrado de la Administración de Justicia en la misma, fijándose claramente las posturas en un sentido u otro, así como la posición del mismo en la diligencia de entrada y registro. Igualmente se va a analizar la intervención del investigado en dicha diligencia, y el de su Letrado defensor. Por último, se va a proceder a analizar la entrada y registro cuando tiene lugar en un despacho profesional,

²³ MARTÍNEZ GUERRERO, A.: “Las diligencias de entrada y registro en el procedimiento penal Español”, *Revista Acta judicial*, ISSN 2603-7173, 2019, pp. 5-20.

en los que su ejecución esta sujeta a requisitos especiales y las consecuencias que tiene la omisión de los mismos.

Por lo que se refiere a las personas que pueden o deber estar en la diligencia de entrada y registro, a parte de los funcionarios de las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, son los siguientes:

-El Juez-Magistrado el cual podrá intervenir en toda diligencia instructora y como tal en la diligencia de entrada y registro, aunque podrá delegar tal función en la Policía Judicial. En la práctica, la presencia del mismo resulta prácticamente excepcional y su falta es una circunstancia inocua siempre que asista la Policía a la que se le haya encomendado la práctica de la entrada y registro. La falta de este último supone una irregularidad de tipo procesal y por tanto una infracción de norma legal.

-El Ministerio Fiscal: su intervención es posible sobre la base del artículo 306 de la Ley de enjuiciamiento criminal ya que todas las causas penales por delitos públicos se instrucción bajo la inspección de aquel. Para la práctica de esta diligencia no es necesario que el Ministerio Fiscal informe con carácter previo, por lo que habrá que notificárselo inmediatamente para que el mismo manifieste si quiere acudir al misma, así como para que interponga los recursos pertinentes en los casos que considere que tal diligencia no se acomoda a la realidad. En la práctica, nunca asisten a tal diligencia porque la notificación al mismo no se hace con tal rapidez como se debiera de hacer, aunque si se hiciera, tampoco asisten al considerar que su presencia no es necesaria para el desarrollo de la misma.

-El Letrado de la Administración de Justicia cuya intervención en tal diligencia es ineludible sobre la base del artículo 569 de la Ley de enjuiciamiento criminal, ya que el mismo ejerce la Fe Publica Judicial con plenitud y exclusividad como establece el artículo 453.1²⁴ de la Ley orgánica del poder judicial.

²⁴ El artículo 453.1 de la Ley orgánica del poder judicial establece la exclusividad de los Letrados de la Administración de Justicia en el ejercicio de la fe publica judicial: “Corresponde a los Letrados de la Administración de Justicia, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial. En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias.

La función de tal autoridad responde a una triple finalidad, según MARTINEZ GUERRERO ²⁵: 1 Garantía de legalidad para el cumplimiento de los requisitos legales, 2 Garantía de autenticidad ya que robustece de certeza lo que ha tenido lugar en el registro y todo lo que ha sido objeto de aprehensión, 3 Garantía judicial, en la medida que el mismo forma parte del órgano jurisdiccional autorizante y garantiza que la intromisión al derecho fundamental se realice dentro de los límites de la resolución judicial.

La posición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado es de cumplimiento de lo acordado por el Juez Instructor, pero también de las decisiones de los Letrados de la Administración de Justicia se tomen, por ejemplo en orden a que habitación se inspeccionara primero, la presencia del morador...²⁶.

En cuanto a la ausencia del Letrado de la Administración de Justicia en el registro, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que se trate de una irregularidad que no determina su nulidad ya que únicamente implica el quebrantamiento de una garantía procesal establecida por la ley, pero no la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. La presencia del fedatario judicial no forma parte del contenido a la inviolabilidad del domicilio, ni es una garantía constitucional establecida en el artículo 24 de la Constitución (sentencia 290/2018, de 14 de junio de 2018 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo).²⁷.

La ausencia del Letrado de la Administración de Justicia ha sido una de las cuestiones mas polémicas en la jurisprudencia, la cual ha evolucionado.

En un primer momento, se consideraba que su ausencia determinaba la nulidad radical por infracción de rango constitucional, porque consideraban que no solo ejercía una función de documentación, sino que se entendía que con su presencia se garantizaba

Cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, las vistas se podrán desarrollar sin la intervención del Letrado de la Administración de Justicia, en los términos previstos en la ley. En todo caso, el Letrado de la Administración de Justicia garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido”.

²⁵ MARTÍNEZ GUERRERO, A.; *op cit*, pp. 29.

²⁶ MARTÍNEZ GUERRERO, A.; *op cit*, pp. 27-31.

²⁷ VILLEGAS GARCIA, M^a A y otro.; “ La diligencia de entrada y registro”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 9353, 2019, pp. 17-18.

el respeto a las formalidades legales y al auto habilitante (Sentencia 993/1990, de 23 de abril de 1992 del Tribunal Supremo).

Una segunda postura, consideraba es la de la irrelevancia radical, pues consideraban que su misión era únicamente la de documentación del acto, y su ausencia determinaría únicamente que la entrada quedaría sin documentar pero en ningún caso provocaría la vulneración del derecho fundamental afectado (Sentencia de 16 de octubre de 1991 del Tribunal Supremo).

Una postura ecléctica, que es la mayoritaria es la que establece que el registro realizado en ausencia del mismo determinaría la nulidad del acto como actuación procesal, privando del carácter de prueba anticipada, pero nada impide que mediante otros medios de prueba (testificales o periciales) se acredite la ocupación de efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización judicial, con exclusión de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Sentencias del Tribunal Supremo 809/1993 de 7 de abril , y sentencia de 18 de julio de 2014)²⁸.

-El interesado: el artículo 569 de la Ley de enjuiciamiento criminal prevé su presencia, y en su ausencia, una serie de personas con la finalidad de asegurar y fortalecer el derecho a la intimidad proclamado constitucionalmente ante una injerencia en la inviolabilidad del domicilio autorizado judicialmente.

En la practica la cualidad de investigado y el titular del domicilio registrado coincidan, pero si el investigado no es morador del domicilio registrado basta con que concurra al registro su verdadero morador o su legítimo sustituto, aunque algún autor ha manifestado que es posible que concurra únicamente el investigado y no el morador en los casos en que no coincidan.

La falta del interesado (salvo supuestos de imposibilidad de encontrarle o que aquel no quiera acudir ni nombrar representante), lesionaría el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías previstos en el artículo 24 de la Constitución, según la sentencia 239/1999, de 20 de diciembre de 1999, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional.

²⁸ MARTÍNEZ GUERRERO, A.; *op cit*, pp. 31-32.

Nuestro Tribunal Supremo ha mantenido dos posturas sobre la ausencia del interesado. La primera, en base a la sentencia 28/2003, de 17 de enero de 2003 del Tribunal Supremo, que establece la nulidad de lo actuado porque se ven afectados los derechos de contradicción y defensa en juicio de tal forma que los hallazgos obtenidos no son aptos como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia.

La segunda (no tan radical y sobre la base de la sentencia 51/2009, de 27 de enero de 2009, del Tribunal Supremo) que establece que la falta del mismo puede determinar la falta de valor probatorio como prueba pre constituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, en cambio no impide que el resultado de las diligencias pueda ser incorporado por vías distintas a la propia acta como puede ser a través de las declaraciones judiciales.

También se ha mantenido la renunciabilidad del derecho del derecho a presenciar el registro, debiendo constar el mismo por escrito mediante diligencia policial firmada por el detenido o bien dicha renuncia puede acreditarse por otros medios.²⁹

En relación con el investigado, sí que resulta exigible su presencia en el registro cuando se encuentre detenido o a disposición policial o judicial, pues en estos casos no hay justificación alguna para perjudicar su derecho a la contradicción que se garantizará mejor con su presencia, por lo que su ausencia determinará la nulidad radical por infracción de rango constitucional. La sentencia 716/2010, de 12 de julio de 2010, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo³⁰ viene a ser un claro ejemplo de tal exigencia.

Sin embargo, se establecen excepciones a su presencia cuando concurran causas de fuerza mayor, a pesar de encontrarse a disposición policial como puede ser el

²⁹ CUCHI DENIA, J.M.: “ La diligencia judicial de entrada y registro: presupuestos constitucionales a la luz de la jurisprudencia”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 7354, 2010, pp, 10-12.

³⁰ La sentencia 716/2010, de 12 de julio de 2010, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo establece en su fundamento de derecho tercero: “...En tal sentido, es correcto que esta Sala ha venido insistiendo en la obligatoriedad de la presencia del interesado en el registro de su vivienda, según dispone como alternativa preferente el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y para salvar debidamente el principio de contradicción en la obtención de las pruebas, especialmente si, como en el presente caso, se encuentra a disposición de la Autoridad, con sanción de nulidad de dicha diligencia en otro caso (SsTS de 11 de Febrero de 2002 y 9 de Abril de 2003, por ej.).

Pero también es cierto que como refiere el Fundamento Jurídico Tercero de la recurrida, excepcionalmente, tal requisito podrá ser válidamente excluido cuando concurran, entre otras, razones especiales de urgencia o de fuerza mayor que impidan o dificulten gravemente esa presencia (STS de 15 de Febrero de 1997, entre otras)...”.

supuesto de hospitalización del investigado o detención del mismo en un lugar muy alejado del domicilio.

Igualmente se puede prescindir de su presencia cuando el investigado contra el que se dirija el procedimiento se encuentre en ignorado paradero o fuera de la vivienda por lo que no es posible su localización.

-En cuanto al abogado del investigado: nuestro Tribunal Supremo establece que no es imprescindible su presencia, aunque sí que lo es si el investigado-detenido desea prestar su consentimiento para que por parte de la policía se proceda a la entrada y registro sin necesidad de resolución judicial.

Que su presencia sea prescindible se debe a la naturaleza de tal diligencia, ya que el registro tiene como finalidad evitar la ocultación de pruebas; además el Letrado de la Administración de Justicia tutela la legalidad de su práctica y garantiza la fiabilidad del contenido del acta, y la presencia del interesado asegura la contradicción de la diligencia.

Tras la reforma de la Ley orgánica 13/2015, se señala que uno de los derechos del detenido es el de ser asistido por abogado, enumerándose en el artículo 520.6 de la Ley de enjuiciamiento criminal determinadas actuaciones que si exigen la presencia y no enumerándose dentro de tal catalogo la presencia del mismo en la entrada y registro.

-Intervención adicional de testigos: la Ley de enjuiciamiento criminal exige la presencia de testigos cuando no estén presentes las personas a que se refiere la ley, pero el Tribunal Supremo ha venido a establecer que los mismos no son necesarios dada la plenitud de la fe pública judicial prevista en la Ley orgánica del poder judicial.

Una vez que se ha procedido a analizar cuáles son las personas que pueden o deben intervenir en la diligencia de entrada y registro, se hace necesario hablar del acta de entrada y registro confeccionada por el Letrado de la Administración de Justicia.

Tal acta tiene un valor extraordinario ya que la misma constituye prueba pre constituida, y la ausencia de la misma, priva de autenticidad y de valor probatorio a lo conseguido con tal diligencia.

Dicha acta se sigue confeccionando por el Letrado de la Administración de Justicia de manera manuscrita en papel y en el lugar donde se lleva a cabo el registro, aunque el artículo 230 de la Ley orgánica del Poder judicial faculta a aquel, a decidir cómo se documenta tal diligencia sobre la base de las circunstancias y peculiaridades de cada caso, pudiéndose grabarse o hacerse un reportaje video gráfico. El hecho de utilizar estos sistemas tecnológicos podría generar problemas en orden al enjuiciamiento de tales delitos, porque con el sistema tradicional (manuscrito) el órgano enjuiciador de un simple “vistazo” leería el acta, mientras que si fuera el reportaje video gráfico, habría que proceder a la reproducción del mismo en las sesiones del plenario con los retrasos que tal actuación conllevaría. Problema similar, aunque no relacionado con las entradas y registros, es el de la grabación mediante sistemas audio visuales (y no de manera manuscrita) de las declaraciones realizadas en fase de instrucción en los que se tiene que proceder a reproducir en fase de enjuiciamiento. Todas estas cuestiones nos vienen a indicar que todavía la Administración de Justicia no está actualizada a las nuevas tecnologías o todavía no se han hecho las inversiones correspondientes como ocurre con otras Administraciones Públicas.

Dicho acta debe indicar los siguientes extremos:

- Fecha, lugar y hora de comienzo y término de la diligencia.
- Personas que intervienen en la misma (números profesionales de agentes de la autoridad, interesado, letrado....).
- Objetos intervenidos, descritos para que puedan ser identificados perfectamente, así como el lugar en el que se encuentran y el destino de los mismos.
- Cualquier incidencia que ocurra durante la práctica de la diligencia.
- Firma de los intervinientes, haciendo constar en su caso que alguno de ellos (en concreto el investigado), se niega a firmar.

La extensión de dicha acta y de su contenido es potestad exclusiva del Letrado de la Administración de Justicia, el cual deberá sobre la marcha de la diligencia ir acomodándose a las circunstancias de la misma, sin que pueda recibir ningún tipo de instrucción ni mandato por parte de nadie, incluido la autoridad judicial.³¹

³¹ MARTÍNEZ GUERRERO, A.; *op cit*, pp. 35-44.

Por último, procede realizar el análisis de alguna de esta diligencia en algunos lugares que difieren del concepto clásico de domicilio, como es de las entradas y registro en despachos profesionales.

Los derechos a la vida privada y el secreto profesional pueden desarrollarse en despachos profesionales de médicos, abogados..., donde si bien es cierto que puede desarrollarse la vida privada, también está en juego el secreto profesional.

El secreto profesional recogido en el artículo 24.2 párrafo segundo de la Constitución, reconoce el derecho de los clientes a exigir el cumplimiento del deber de secreto de los datos revelados de los que tiene conocimiento, teniendo como contrapartida el derecho del profesional a no declarar sobre sus clientes. De un lado está la intimidad del cliente y por otro, una protección institucional a las profesiones de interés social.

En relación con la diligencia de entrada y registro en despachos profesionales, nunca ha sido objeto de regulación específica en la Ley de enjuiciamiento criminal, debiendo estar a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia.

El Estatuto General de la Abogacía en su artículo 32.2, contempla la presencia decanal en el registro del despacho profesional del colegiado de que se trate. La falta del mismo no da lugar a la nulidad de la diligencia, pues su presencia no es un requisito habilitante ni sirve para garantizar derecho, sino que es una cortesía o deferencia, ya que además no exige en todo caso que sea avisado por la autoridad judicial. La legalidad de dicha diligencia, se garantiza a través del Letrado de la Administración de Justicia.

Es posible además aprehender documentos en el transcurso de la misma, siempre que exista posibilidad de encontrar datos relevantes para la investigación de delitos cometidos por alguno de los clientes del abogado, o de él mismo cuando sea sospechoso de su perpetración.

La doctrina entiende que las garantías que deben presidir una diligencia limitadora de derechos fundamentales en el proceso penal, no se pueden quedar como una mera cortesía o amabilidad, sino que deben ser recogidas por el derecho positivo en las normas de derecho procesal penal. El nivel de garantías exigibles a estos casos en que está afectado el derecho al secreto profesional y la intimidad del cliente o de otros sujetos no afectados por la investigación sería el mismo que en otros que este en juego

la inviolabilidad del domicilio exigiéndose por tanto la correspondiente autorización judicial.³²

e) Prueba ilegalmente obtenida

La práctica de la diligencia de entrada y registro sin respetar la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio determinar la absoluta inoperancia a efectos probatorios de los eventuales resultados incriminatorios del registro efectuado como consecuencia de la entrada ilícita.

El órgano enjuiciador no podrá utilizar para formar la convicción acerca de la culpabilidad o inocencia los datos que pudieran resultar del examen directo de los objetos hallados en el registro así como las percepciones de cualquiera de los sujetos que hubiera intervenido en el registro, sea cual fuere el medio por el que se hubiera aportado al juicio oral.

Para privar de eficacia a las pruebas practicadas en el juicio y hacer presentes en el los resultados del registro no es necesario considerar dichas pruebas como obtenidas con violación de derechos fundamentales en el sentido del artículo 11³³ de la Ley orgánica del Poder Judicial, sino que partiendo de la radical ineficacia del registro, quedaría privado de cualquier posible sentido incriminatorio las pruebas que se limiten a hacer presentes en el juicios los resultado de la diligencia.

La ineficacia se extendería a las pruebas que se proyecten sobre los objetos hallados en el registro (periciales balísticas, químicas., declaraciones testificales que tengan por objeto el reconocimiento de dichos objetos, reconstrucción de los hechos en que se hayan utilizado dichos objetos como elementos esenciales...).

³² ECHARRI CASI, F.J.: “ La diligencia de entrada y registro en despachos profesionales”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 8260, 2014, pp. 9-10.

³³ El artículo 11.1 de la Ley orgánica del poder judicial es clave en materia de nulidad del acervo probatorio, estableciendo: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Si los mismos datos e informaciones que se hayan obtenido como consecuencia de la práctica del registro ilícito, se hubieran obtenido en virtud de otros actos de prueba distintos del registro, aquellos datos e informaciones podrían ser utilizados por el órgano enjuiciador como elementos para desvirtuar la presunción de inocencia siempre y cuando se den determinadas condiciones.

Esto último es lo que se conoce por la jurisprudencia norteamericana como *independent source* y que ha sido citada por nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 86/1995, siendo totalmente compatible con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley orgánica del poder judicial. Esta doctrina se basa en que 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, incluso si se refieren a los mismos hechos que hubieran podido ser acreditados por el registro en caso de haber sido este lícito. Lo fundamental es que esos actos de prueba, distintos del registro, incorporan al proceso los mismos elementos de convicción que hubiera proporcionado el registro si se hubiera celebrado con respeto de los derechos fundamentales, y cuya práctica no venga enlazada con los resultados del propio registro. En el supuesto de que sí que hubiera este nexo causal entre los resultados del registro y esta nueva fuente de prueba, se convertiría esta última en prueba obtenida por violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio y por tanto habría que aplicar los efectos del artículo 11 antes citado.

Un problema que podría suscitar esta teoría es el tratamiento a proporcionar a las declaraciones que el propio imputado pudiera realizar y que estuvieran relacionadas con el propio registro o con los resultados del mismo.

Si dicha declaración se limita a confirmar los resultados del registro y este ha sido declarado ilícito nulo, tal declaración no podría tener significado incriminatorio. Si por el contrario, a la declaración del mismo pudiera atribuirse un significado incriminatorio autónomo, aun prescindiendo del registro, la eficacia de tal declaración dependería de si se considera fuente independiente de los resultados del registro. En estos casos habría se podría establecer una relación causal entre los resultados del registro y las declaraciones de aquel, puesto que se podría pensar que estas han sido consecuencia del registro. De todas formas habría que valorar las circunstancias en que se ha producido la declaración, para ver si estas pueden tomarse en consideración como prueba de cargo o no.

Sin embargo, estos supuestos más hipotéticos y teóricos que reales, no se dan en la práctica o no deberían darse, debiendo controlarse por el Letrado de la Administración de Justicia para evitar que se produzcan. Digo que no deberían darse, porque en primer lugar el Juez- Magistrado no suele estar presente en los registros y cualquier actuación judicial, sobre todo una declaración de inculpación o que presente pruebas inculpativas, no debería realizarse sin la presencia de aquel. En segundo lugar, como se indicó, por las razones de urgencia que tal diligencia exige, no suele estar presente el letrado del defensor por lo que tal declaración se habría realizado vulnerando el derecho de defensa. Entiendo que este tipo de comportamientos debe vetarse y controlarse por el Letrado de la Administración de Justicia si no se quiere que las pruebas que se obtengan en el mismo se vicien de nulidad, ya que en algunos casos ocurre que por parte de la Policía Judicial se quiere obtener la mayor información posible con la que seguir realizando sus labores de investigación.

La ilicitud del registro determina la privación de efectos de las pruebas cuyo resultado sea distinto de los resultados del registro pero cuya práctica haya sido posible como consecuencia de los datos que se hubieren podido conocer al practicarse la diligencia ilícita. Se trataría de actos de prueba, actos procesales distintos y autónomos respecto de la diligencia de entrada y registro, que tienen un sentido inculpativo propio y distinto del registro, pero que se encuentran relacionados casualmente con aquel porque su práctica ha sido posible gracias a datos o informaciones obtenidas en el registro.

En estos casos es donde es preciso acudir al artículo 11 de la Ley orgánica del poder judicial puesto que es precisamente la previsión de ineficacia de las pruebas obtenidas indirectamente con violación de derechos fundamentales lo que justifica la exclusión de dicho acervo probatorio. Dicha exclusión tiene un origen norteamericano en la ya conocida como doctrina de los “frutos del árbol envenenado” y de aplicación jurisprudencial en nuestro país.

La doctrina de la *fuentes independiente* viene a ser la antítesis de la teoría de la de “los frutos del árbol envenenado”, en cuanto que sirve para deslindar que debe considerarse como “contaminado” y cual no.

De lo dicho se desprende que la ilicitud de un registro domiciliario por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio no tiene por qué conducir a la absolución del acusado, ya que si hay en la causa otras pruebas no “contaminadas”, practicadas en el plenario con todas las garantías legal y constitucionalmente establecidas y que sean de cargo, el órgano enjuiciador puede declarar la culpabilidad del mismo sin que se oponga a ella la ilicitud del registro.

Por ultimo indicar, que la lesión en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio puede producirse en la práctica del mismo, ya que el mismo no solo conlleva requisitos en cuanto a la entrada en el domicilio sino que impone determinados límites al registro, de manera que si se sobrepasan también se produciría la lesión al derecho fundamental.

Hay en primer lugar un límite legal genérico previsto en el artículo 552 de la Ley de enjuiciamiento criminal que impide las inspecciones inútiles o las que perjudiquen más de lo necesario, y en general, las que perjudiquen la reputación o pongan en peligro sus secretos cuando no interesen a la investigación.

Otros posibles límites pueden derivarse de la propia resolución judicial, ya que puede que la misma solo autorice a realizar el registro en determinadas habitaciones o que solo haga durante el día, determinando en el primer caso una nulidad absoluta de las pruebas conseguidas y en el segundo, una posible irregularidad en las que habría que valorar las circunstancias en orden a su posible validez en el posterior juicio.

Otro posible límite se da en los casos en los que la entrada y registro se produce como consecuencia del consentimiento prestado por el interesado, en el que el mismo accede de manera voluntaria a que se proceda al mismo respecto de determinadas partes del domicilio. En este caso, si solo consiente determinadas partes del domicilio y no respecto de la totalidad, las pruebas obtenidas en los que se han traspasado los límites indicados por aquel, supondrían una vulneración absoluta del derecho fundamental a la

inviolabilidad del domicilio y por consiguiente la nulidad del mismo sobre la base del artículo 11 de la Ley orgánica del poder judicial.³⁴

3.-ENTRADA Y REGISTRO “TECNOLOGICA”.

Analizadas las cuestiones relativas a la entrada y registro tradicional, procede analizar ahora las que se conocen como entradas y registros “tecnológicas”, a través del examen de los derechos fundamentales que se ven afectados por cada una de las medidas (a través de lo que se conoce como entorno virtual), los requisitos que exige la legislación y la jurisprudencia para la concesión de cada una de las medidas citadas en cada uno de los sub apartados siguientes.

a) Derecho fundamental afectado.

En este apartado, tras la existencia de legislación y jurisprudencia actualizada, se busca determinar cual o cuales son los derechos afectados por tales medidas de investigación, ya que su fijación conlleva una serie de consecuencias practicas muy importantes. Inicialmente se distinguían los derechos afectados en cada uno de las medidas teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, y sobre esta base, se indicaba cual era el derecho fundamental afectado y por consiguiente que requisitos se exigían para su injerencia. Posteriormente se ha establecido una jurisprudencia unitaria que supera los problemas originarios, estableciendo un concepto que es el del “entorno virtual” que se va a analizar sobre la base de la jurisprudencia mas actualizada.

³⁴ VEGAS TORRES, J,: “La ilicitud de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado y sus consecuencias”, Cuadernos de Derecho Judicial, ISSN 1134-9670, N° 9, 1996, pp. 293-372.

Tradicionalmente, la doctrina jurisprudencial (la sentencia 173/2011, de 7 de noviembre del 2011, del Tribunal Constitucional, y la sentencia 342/2013, de 17 de abril de 2013 del Tribunal Supremo) venia considerando que en el registro de dispositivos o sistemas informáticos, podrían verse afectado dos diferentes derechos fundamentales. EL primero era el derecho a la intimidad del usuario del dispositivo ya que todos los datos contenidos en aquel podrían afectar al núcleo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias, salud...

También podría comprometerse el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones si el registro del dispositivo alcanzaba a datos almacenados que formaran parte de procesos comunicativos.

Esta distinción en el tratamiento del registro de los contenidos de esta clase de dispositivos generaba problemas en orden al grado de exigencia que ambos derechos fundamentales requerían para su limitación: autorización judicial para el derecho fundamental del artículo 18.3 de la Constitución, y no necesidad de para el caso del artículo 18.1 del mismo texto legal.

Sobre la base de esta distinción y poniendo como ejemplo los correos electrónicos, habría que distinguir si el correo ya ha sido leído o no, por lo que en este segundo caso el proceso comunicativo no ha terminado y por tanto para su lectura sería necesaria autorización judicial; si el correo ya ha sido leído, el proceso comunicativo ha terminado no exigiéndose autorización judicial.

Estos problemas han sido resueltos con el nacimiento de una nueva doctrina jurisprudencial que aborda de manera unitaria el problema, introduciendo el concepto del “derecho al entorno virtual” como un derecho que abarca la protección de la gran diversidad de datos que pueden guardarse en un dispositivo o sistema informático como puede ser un ordenador.

Resulta innecesario plantearse si resulta comprometido el derecho a la intimidad o el secreto de las comunicaciones.. Los datos obtenidos en un ordenador persona, pudieran considerarse irrelevantes si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, no cabe duda que configuran un perfil muy descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos (sentencia 173/2011, de 7 de noviembre de 2011 del Tribunal Constitucional).

El registro de estos dispositivos puede suponer una intromisión en los derechos fundamentales del individuo que supere la limitación aislada de cada uno de los derechos comprometidos, justificándose así su tratamiento unitario, para que el órgano judicial pueda realizar una ponderación y valoración unitaria de los derechos que pudieran estar comprometidos.³⁵

Este tratamiento unitario de los derechos comprometidos resulta necesario para garantizar la eficacia de un eventual registro en atención a la gran diversidad de datos y archivos que pueden encontrarse en un dispositivo o sistema informático. No sería extraño, que se autorizase el acceso a datos íntimos amparados por el artículo 18.1 de la Constitución, y en el curso del registro aparecieran comunicaciones relevantes amparados en el artículo 18.3 de la Constitución. Por eso una autorización para el registro de un dispositivo o sistema informático en la que se habilite para el acceso a la totalidad del entorno virtual de su usuario, evitará que puedan surgir problemas derivados de la naturaleza del contenido que pudiera ser hallado.

Este es el fundamento de la regulación de la Ley de enjuiciamiento criminal introducido por la reforma de la Ley orgánica 13/2015, de tal forma que el órgano judicial no tendrá que valorar si resulta comprometido el derecho a la intimidad o el secreto a las comunicaciones, sino que deberá valorar previamente si concede autorización para proceder al examen del entorno virtual, aunque a la hora de motivar la medida deberá descender al análisis particular de los derechos controvertidos.³⁶

³⁵ La sentencia 342/2013, de 17 de abril de 2013 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su fundamento jurídico 8, hace referencia al entorno virtual: “La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de *nomen iuris* propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital”.

³⁶ Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, apartado 2.

b) Aprehensión y acceso a los dispositivos y su clonado.

En esta parte del trabajo, se va a proceder a analizar la medida de la aprehensión y acceso al contenido de los dispositivos electrónicos, fijando en primer lugar cual es el régimen legal aplicable, y la practica forense existente antes de la implantación tras la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal del año 2015.

La aprehensión y acceso a su contenido deben fijarse en la resolución judicial habilitante de la entrada y registro, por lo que se van a analizar los requisitos para su concesión y los que debe incluir dicha resolución. Igualmente se va a analizar “ la cadena de custodia electrónica” jugando un papel relevante la policía judicial que es la que va a proceder al análisis de su contenido para la posterior remisión de su análisis al órgano judicial.

La operación de clonado de dichos dispositivos electrónicos se va a analizar a través de lo que ocurre en la practica forense y en la jurisprudencia aplicable sobre la materia.

La regulación contenida en la Ley de enjuiciamiento criminal se fundamenta en dos principios generales. En primer lugar se diferencia la fase de incautación del dispositivo de la fase de acceso a su contenido (registro y confiscación de los datos).

La simple incautación de los dispositivos, no legitima el acceso a su contenido, sino que se exige una autorización judicial que puede ser inicial o posterior.³⁷

Como ya se indicó anteriormente, en el acta de la entrada y registro que confeccione el Letrado de la Administración de Justicia se deben consignar una serie de elementos imprescindibles entre los cuales se encuentran los objetos intervenidos, lugar en el que se encuentran y destino de los mismos o la falta de incautación.

³⁷ DELGADO MARTÍN, J.: “ Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por la LO 13/2015”, Diario La Ley , ISSN 1989-6913, N ° 8693, 2016, pp. 1-3.

La Ley de enjuiciamiento criminal, tras la reforma ya comentada operada por la Ley 13/2015, regula la aprehensión acceso al contenido de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o acceso a dispositivos de almacenamiento masivo de información digital, junto con el acceso a repertorios telemáticos de datos en el proceso penal.

En cuanto a la aprehensión rige el principio contenido en el artículo 558 sexies c³⁸ en virtud del cual no se procederá a aquella cuando con la misma se produciría a su titular un perjuicio grave y sea posible la obtención de una copia en la que se garantice la autenticidad e integridad de los datos. Un ejemplo típico podría ser el caso del registro del domicilio de una persona en el que se dude si aprehender material electrónico que el investigado utiliza para el desarrollo de su vida profesional, de tal forma que la aprehensión total de dichos dispositivos generaría un perjuicio irreparable si luego durante la instrucción de la causa o en el juicio oral el mismo fuera absuelto. Por lo que en estos casos, cuando se prevea que se van a incautar estos elementos y el auto de entrada y registro autorice en términos de aprehensión de aparatos electrónicos, acompañan a la Policía Judicial compañeros expertos en tecnología que tienen a su vez la condición de Policía Judicial para que procedan a realizar la copia y no causen un perjuicio irreparable al investigado. En los comienzos del uso de la tecnología no se procedía al copiado sino que la fuerza actuante lo aprehendía, debido a diversas causas entre las que se puede citar la comodidad por parte de aquellos así como la falta de dispositivos que procedan a realizar tales copias.

Tal actuación debe apreciarse por el Letrado de la Administración de Justicia en cada caso concreto y dependiendo de las circunstancias y teniendo muy presente lo que establezca el auto habilitante. En el supuesto de la incautación, los mayores problemas son en orden a la cadena de custodia. Por eso, en el acta se debe de recoger, con el mayor detalle, por el Letrado de la Administración de Justicia los dispositivos electrónicos intervenidos y recogidos por la Policía Judicial para que se proceda por partes de estos al volcado, análisis y pericia de los mismos.

³⁸ El artículo 588 sexies c, número 2 establece: “Salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen, se evitará la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos”.

En materia electrónica la identificación se realiza a través de los números de identificación de dispositivos electrónicos o a través del IMEI en los teléfonos móviles que se intervengan. En los casos en los que no fuera posible, lo correcta sería proceder al precinto del dispositivo electrónico para luego proceder a su desprecinto y análisis. En la práctica, suele ocurrir que por falta de elementos por parte de la Policía Judicial en el acto del registro no se procede en todos los casos al precinto del mismo, por lo que su identificación se realiza describiéndose detalladamente y con todo lujo de detalle en el acta de entrada y registro.

Manifiestar que la Policía Judicial española es muy profesional en esta materia (disponiendo de agentes con conocimientos muy especializados en esta materia) , se recoge en el atestado inicial como en las diligencias ampliatorias de aquel en el que se incluya el informe pericial, todo el proceso de custodia de dichos dispositivos electrónicos junto con los números de carnets profesional que han intervenido en todo el proceso para que si fuera necesario puedan acudir al juicio a declarar en su condición de peritos.

Por lo que se refiere al acceso de los dispositivos y a la información contenida en ellos, no basta la autorización para su incautación, sino que se exige una autorización judicial específica junto con la motivación específica para proceder al examen de su contenido, y en su caso al acceso a los servicios y plataformas utilizados por el investigado que pudieran tener relación con los hechos investigados.

El acceso deberá realizarse conforme a las condiciones establecidas en la resolución judicial para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación. La autorización judicial, ex artículo 588 sexies c de la Ley de enjuiciamiento criminal, exige que se fije judicialmente las condiciones y alcance del registro de tales dispositivos, fijándose las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y garantías de su preservación, haciendo posible la práctica de un dictamen pericial.

Con el fin de evitar que el acceso al contenido de estos dispositivos pueda ser puesto en duda en cuanto a la identidad e integridad, se establecen una serie de garantías:

-Identificación detallada del dispositivo electrónico realizada por el Letrado de la Administración de Justicia en el acta de entrada y registro.

-Determinación en el acta de quien se queda con los objetos intervenidos, no siendo necesario cuando los mismos son trasladados a la Oficina Judicial para que se proceda al desprecinto por parte de la Policía Judicial en la sede del Juzgado.

-Inclusión en el informe pericial que lleve a cabo la Policía Judicial, la metodología usada en el volcado, las huellas digitales de cada uno de los ficheros informáticos obtenidos del dispositivo electrónico clonado, así como la fecha de cálculo de la misma.

-Relación detallada y exacta de quien, cuando y durante cuánto tiempo ha tenido acceso a los dispositivos electrónicos intervenidos la Policía Judicial antes de devolverlos al Juzgado como efectos del delito.³⁹

La resolución judicial que autorice el acceso al contenido de los dispositivos electrónicos, tiene que tener una serie de extremos: identidad del hecho punible, identidad de los investigados, la extensión de la medida de injerencia, la unidad de la Policía que la va a desarrollar, la duración de la medida, la forma y la periodicidad con la que se informará al órgano judicial y la finalidad perseguida con la misma.

Junto al supuesto de acceso al contenido a dichos dispositivos por resolución judicial, existen dos supuestos en los que no es necesaria aquella, que son los supuestos de intervención policial urgente y el consentimiento del afectado.

En el primero de los casos, se exige que haya una urgencia y se aprecie un interés constitucionalmente legítimo que haga imprescindible la medida, por lo que la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los mismos, comunicándolo

³⁹ MARTÍNEZ GUERRERO, A.; *op cit*, pp. 44-7.

inmediatamente a la Autoridad Judicial, y en todo caso dentro de las 24 horas siguientes, indicando las razones que justificaron la adopción de la medida.

Los requisitos que deben darse son los siguientes: 1-urgencia en el acceso a los datos, 2-necesidad de obtener la información y no puedo lograrse por otros medios menos gravosos para el afectado, 3- proporcionalidad en la actuación.

Posteriormente, tras la comunicación por parte de la Policía Judicial al órgano jurisdiccional, el mismo debe pronunciarse en el plazo máximo de 72 horas para confirmar o revocar tal actuación. Si revocara tal actuación, dicha prueba se habría obtenido con vulneración de derechos fundamental y podría dar lugar a la nulidad de actuaciones, y a no poder utilizar la misma como prueba de cargo frente al acusado.

El segundo de los supuestos es el del consentimiento del afectado el que pueda legitimar la injerencia en lo que se conoce como “entorno digital” en el que se incluyen derechos como el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, que excluye la intervención de terceros en dicho ámbito.

El consentimiento no necesita ser expreso, pudiendo ser verbal, admitiéndose en algunos casos el consentimiento tácito o incluso mediante actos concluyentes.

En todo caso, para que sea válido el mismo se hace necesario que sea informado de las consecuencias de tal consentimiento.⁴⁰

Por último cabe hablar del clonado de los dispositivos electrónicos. El análisis y pericia del material informático no se lleva a cabo sobre los soportes originales sino sobre las copias que de los mismos se realicen. Las mismas se realizan en laboratorios informáticos policiales, y en algunos supuestos excepcionales, se realiza in situ durante el registro.

El original se devolverá y conservara bajo la salvaguardia del Juzgado competente, con el fin de que no se genere ninguna duda sobre la autenticidad y en el supuesto de que así se plantease se pudiera llevar a cabo las operaciones de contraste necesario entre la copia y el original.

Para la práctica del volcado no es necesaria la presencia del Letrado del Letrado de la Administración de Justicia según establece la jurisprudencia⁴¹ y la Comisión

⁴⁰ DELGADO MARTÍN, J.: “Investigación del entorno virtual...” *op cit*, pp. 4-8.

Nacional de Coordinación de la Policía Judicial celebrado en Madrid el 16 de octubre de 2014. La no presencia del mismo en el laboratorio forense policial, no impide que no pueda estarlo el investigado y su defensa, siendo necesario que se notifique la resolución judicial que lo acuerde, para que si quiere pueda nombrar un perito que esté presente sobre la base del artículo 476 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento criminal.⁴²

Profundizando más en la presencia del imputado y su letrado, genera problemas cuando en el registro únicamente se realiza la aprehensión de los dispositivos, y es fuera cuando se realiza dicho clonado. Su presencia no es necesaria pero el imputado tiene derecho a participar bien personalmente, bien a través de su Letrado o bien a través de un técnico.

Dicha diligencia que se realiza durante la fase de investigación tiene una naturaleza autónoma respecto de la diligencia de entrada y registro. Con el clonado se busca poder trabajar adecuadamente por técnicos en la materia sin que se altere el original, a su vez que asegurar la identidad e integridad de lo intervenido.

Se trata de una diligencia que se realiza en fase de instrucción y como tal puede intervenir en ella, y que para el caso de que estuviera privado de libertad se realizar a través de la presencia de su abogado⁴³.

⁴¹ La sentencia 342/2013, de 17 de abril de 2013, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo establece: "...Pero aun en el caso en que se pretendiera extraer de esa falta de firma algún efecto en orden a la validez del acto, conviene recordar que la jurisprudencia de esta Sala no ha considerado que la práctica de las operaciones técnicas de volcado exija como presupuesto de validez la intervención del Secretario judicial. La STS 15 noviembre 1999, rec. núm. 3831/1998, aborda una alegación referida a la nulidad de la diligencia practicada por ausencia del Secretario en los siguientes términos: "... en lo que se refiere a lo que se denomina «volcaje de datos», su práctica se llevó a cabo con todas las garantías exigidas por la ley. En primer lugar, la entrada y registro se realizó de forma correcta y con la intervención del secretario judicial que cumplió estrictamente con las previsiones procesales y ocupó los tres ordenadores, los disquetes y el ordenador personal. Lo que no se puede pretender es que el fedatario público esté presente durante todo el proceso, extremadamente complejo e incomprensible para un profano, que supone el análisis y desentrañamiento de los datos incorporados a un sistema informático. Ninguna garantía podría añadirse con la presencia del funcionario judicial al que no se le puede exigir que permanezca inmovilizado durante la extracción y ordenación de los datos, identificando su origen y procedencia...".

⁴² MARTÍNEZ GUERRERO, A.: *op cit*, pp. 47-49.

⁴³ El artículo 333 de Ley de enjuiciamiento criminal establece la intervención del imputado en todas las diligencias de investigación: "Cuando al practicarse las diligencias enumeradas en los artículos anteriores hubiese alguna persona declarada procesada como presunta autora del hecho punible, podrá presenciarlas, ya sola, ya asistida del defensor que eligiese o le fuese nombrado de oficio, si así lo solicitara; uno y otro podrán hacer en el acto las observaciones que estimen pertinentes, las cuales se consignarán por diligencia si no fuesen aceptadas.

La diligencia de clonado se notificada a las partes en cuanto al lugar y hora que se realizará, teniendo en cuenta que no se trata de una formalidad sino de un derecho, por lo que la presencia de aquel no es presupuesto de validez del acto. ⁴⁴

La función del Letrado de la Administración de Justicia se agotara en dar fe de la identidad del soporte de almacenamiento masivo de información el cual se recogerá en el acta. La presencia de aquel en el volcado no actúa como presupuesto de validez de su práctica, y que tal desarrollo se realiza a través de un procedimiento técnico que puede desconocer y que además puede no controlar por lo que difícilmente podrá dar fe del mismo.

La presencia de aquel no es precisa durante el proceso de volcado, pero será preciso que garantice la identidad e integridad de la prueba extendiendo acta en el momento de desprecinto del dispositivo y comienzo del clonado, así como de la conclusión del mismo.

Cuestión distinta del clonado es la realización de copias lógicas en los que la forma de garantizar que se copia, como se copia y la integridad del mismo, es realizarlo a presencia y bajo la fe del Letrado de la Administración de Justicia. El copiado de datos es una cuestión de legalidad ordinaria que no alcanza a derechos fundamentales, lo que lleva a que cualquier desviación sea tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional.

Para la realización del copiado no es necesaria la presencia del interesado, salvo en los casos en los que el mismo se realice durante la diligencia de entrada y registro en donde su presencia sí que es necesaria y por tanto presenciara el copiado.

Por último hacer mención al derecho que reconoce la Ley de enjuiciamiento criminal, de que el afectado y su Letrado puedan asistir al reconocimiento pericial de efectos que pudieran tener relación con el delito, y que tratándose de esta materia, se

Al efecto el Secretario judicial pondrá en conocimiento del procesado el acuerdo relativo a la práctica de la diligencia con la anticipación que permita su índole y no se suspenderá por la falta de comparecencia del procesado o de su defensor. Igual derecho asiste a quien se halle privado de libertad en razón de estas diligencias”.

⁴⁴ BONILLA CORREA, J,A,: “ Los avances tecnológicos y sus incidencias en la ejecución de la diligencia de registro en domicilio”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 8522, 2015, pp. 10-11.

entiende la posibilidad de designar un propio perito para que puedan realizar un reconocimiento pericial distinto.⁴⁵

La propia naturaleza de las pruebas digitales hace posible una manipulación de las mismas, a través de un pantallazo en la que se borren partes de la conversación, o añadiendo una conversación que en realidad no ha existido mediante la creación de una cuenta fingiendo una identidad.

El aporte en el seno del proceso de pruebas manipuladas para fundar sus alegaciones hace que se pueda atribuir al mismo la realización de un delito de estafa procesal⁴⁶, si se dicta una resolución de fondo a su favor que suponga un perjuicio económico ilícito para el otro.

Es una estafa común, en la que el sujeto pasivo es el órgano judicial ya que este es inducido a dictar una resolución errónea o injusta que de otro modo no hubiera dictado, en perjuicio de una de las partes o de un tercero, e incluso se acepta que sea la parte contraria por la que a través de las artimañas que se han realizado en el seno del procedimiento provoca un cambio en su actuación procesal, como por ejemplo a través del desistimiento o el allanamiento.⁴⁷

C) Registros remotos.

Junto al estudio de la entrada y registro tradicional, así como el de la aprehensión y acceso a los dispositivos electrónicos, procede estudiar una nueva figura que viene a superar igualmente el concepto clásico de entrada y que se realiza a través del registro remoto o lo que se conoce como “troyano”. Se va a analizar tal cuestión a

⁴⁵ Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, apartado 3.4.1

⁴⁶ El artículo 250.1.7º del Código Penal regula el delito de estafa procesal: “1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: ...7.º Se cometa estafa procesal. Incurrir en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero”.

⁴⁷ RODRÍGUEZ ACOSTA, M.: “La prueba digital en el proceso penal” Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 2018, pp. 36-37.

través de su origen y sobre la base de la regulación , para poder llegar a determinar cual es el derecho fundamental afectado. Es necesario indicar cuales son los requisitos que deben concurrir para su concesión, y por ultimo, plantear un problema, como es el de su adopción por parte de autoridades distintas a la autoridad judicial, en casos de urgencia.

En estos supuestos se accede al contenido de un sistema informático sin necesidad de la aprehensión física del dispositivo electrónico. ORTIZ PRADILLO⁴⁸, lo define como la técnica consistente en el acceso mediante la previa instalación en el sistema investigado de un software que permite a las autoridades escanear un disco duro y demás unidades de almacenamiento y remitir de forma remota y automatizada el contenido del mismo al informático de la autoridad responsable de la investigación.

Esto resulta útil cuando el dispositivo electrónico investigado se encuentra en constante movimiento (como móviles o tabletas...) o en el caso que el acceso al lugar donde se halle suponga un peligro para la vida o integridad de los agentes, o cuando sea necesario acceder al equipo informático en vivo para capturar las claves utilizadas para descifrar el uso de la criptografía en la información almacenada.⁴⁹

La Ley orgánica 13/2015 introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico normas relativas al registro remoto, ya que el Consejo de la Unión Europea llevaba tiempo recordando a los estados miembros la conveniencia de regular esta medida de investigación.

Tal medida es completamente novedosa en el sistema procesal penal español, pues no solo no estaba prevista legalmente, sino que tampoco se autorizaba mediante una interpretación extensiva de las normas de la interceptación de las comunicaciones, ni de las normas sobre registro e incautación de dispositivos.

⁴⁸ ORTIZ PRADILLO, J.C. : “Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de prueba electrónica”, dentro de la obra colectiva El proceso penal en la sociedad de la información, ED. La Ley, pp. 289.

⁴⁹ DELGADO MARTÍN, J,: “La prueba electrónica en el proceso penal”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 8167, 2013, pp.7.

A nivel europeo, hay que decir que junto con Francia, Italia, España es uno de los pocos países de la Unión Europea que lo regula expresamente como una medida de investigación.⁵⁰

En los registros remotos se prolonga en el tiempo la injerencia en los diferentes contenidos del dispositivo, suponiendo una afectación de elevada intensidad en los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de la persona investigada, aunque también a lo previsto en el artículo 18.4 de la Constitución, por lo que se exige la correspondiente autorización judicial. Además a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en una entrada y registro, en el registro remoto, el afectado no es conocedor del acceso a sus datos.

La medida viene recogida en el artículo 588 septies a.1 y de la Ley de enjuiciamiento criminal, en los que el elemento que lo diferencia es el acceso al contenido de un dispositivo o sistema informático sin necesidad de proceder a su aprehensión física.

En cuanto a las modalidades de registro remoto, se puede hablar de la utilización de datos de identificación y códigos, y la segunda, consiste en la instalación de un software. La primera de ella supone que los investigadores acceden a distancia al contenido del dispositivo mediante el uso de códigos u otros elementos identificativos pero sin instalación de software alguno. El segundo, consiste en el acceso al contenido electrónico mediante la previa instalación en el sistema investigado de un software, lo que permite que se pueda escanear un disco duro y demás unidades de almacenamiento y remitir de forma remota y automatizada el contenido del mismo al informático encargado de la investigación. También cabe plantear la posibilidad de utilizar los “keylogger”, que son instrumentos que almacenan cada una de las pulsaciones que se hacen en el teclado de un ordenador, a través de hardware o bien mediante software.

La utilización de los registros remotos solo se puede utilizar cuando se estén investigando determinados delitos concretos previstos por la ley⁵¹, de tal forma que la

⁵⁰ BACHAMAHER WINTER, L.: “Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015”, Boletín del Ministerio de Justicia, ISSN-e 0211-4267, Año 71, N° 2195, 2015, pp.1 -7.

Autoridad Judicial procederá a realizar un juicio de proporcionalidad entre lo investigado y la naturaleza de la medida. Se ha de advertir, que no es posible tal actuación policial sin autorización judicial en casos de urgencia como ocurre en otras medidas de injerencia de derechos fundamentales, debido a que esta es de gran intensidad.

La autorización debe realizarse mediante auto motivado sometido al régimen común de medidas tecnológica, debiendo especificarse detalladamente los ordenadores, dispositivos electrónicos..., junto con el alcance de la medida, los agentes autorizados que se encargaran de la ejecución de la misma, la autorización en su caso para la realización de copias, y por último las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados, así como la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático.

La duración máxima de la medida será de un mes prorrogable por iguales periodos hasta un máximo de 3 meses.⁵²

Concretando aún más los requisitos que deben darse para poder acordar una medida de esta naturaleza, se debe partir del principio de especialidad y de la existencia de un grado de sospecha de la comisión de un delito.

Esto implica que toda medida de investigación, incluida el registro remoto, solo puede acordarse si la medida se requiere para la investigación de un delito en particular⁵³, de tal forma que solo son válidas si se autorizan sobre la base de indicios objetivos y concretos de un delito, y no sobre meras hipótesis o sospechas generales.

⁵¹ La utilización de los registros remotos solo puede acordarse cuando se esten investigando determinados delitos que vienen recogidos en el artículo 588 septies a. 1 de la Ley de enjuiciamiento criminal: “... siempre que persiga la investigación de alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.
b) Delitos de terrorismo.
c) Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente.
d) Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional.
e) Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación”.

⁵² DELGADO MARTÍN, J.: “Investigación del entorno virtual...” *op cit*, pp. 10-12.

⁵³ El principio de especialidad se puede ver en la Sentencia 253/2006, de 11 de septiembre de 2006 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en su fundamento jurídico segundo: “...En este sentido tenemos dicho que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la

Las meras sospechas, conjeturas subjetivas o suposiciones no son suficientes para autorizar el registro de un equipo informático y menos aún su acceso remoto, aunque ni la ley ni la jurisprudencia establecen una diferenciación precisa sobre tales conceptos, exigiéndose únicamente que se acuerde tal medida cuando resulten “suficientes indicios objetivos de la comisión de un delito”.

Por lo que se refiere a los equipos informáticos que pueden ser objeto de registro remoto, se ha de advertir que el legislador no ha establecido una clausula semejante a la existente en el resto de comunicaciones electrónicas, por la cual se puede afectar una medida de estas últimas respecto de terceras personas en los casos y condiciones previstos en las disposiciones específicas (ex artículo 588 bis de la Ley de enjuiciamiento criminal). Tal ausencia puede significar dos cosas: que solo puede acordarse respecto del ordenador del sospechoso o también puede autorizarse respecto del ordenador de un tercero este siendo utilizado por el sospechoso para almacenar o para comunicar; o que si se puede autorizar respecto del ordenador de un tercero, aunque no esté siendo utilizado por el sospechoso, pero en el que pueden existir datos relevantes para el esclarecimiento del delito.

Tal cuestión no es esta resuelta, por lo que alguno sector doctrinal entiende que si que cabría aplicar por analogía los preceptos del resto de comunicaciones, y que por supuesto, tendrá que ser la jurisprudencia la establezca la solución y poner fin a este tipo de cuestiones.

Sin embargo, todavía no está suficientemente extendido en la práctica forense de los Juzgados y Tribunales, debido a la naturaleza de los delitos que habitualmente se

intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución (SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5). Así pues, también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4)...”.

cometen. Sin embargo, el desarrollo de la tecnología provocará que este tipo de medidas vengán a absorber a las medidas clásicas de investigación.

La adopción de estas medidas ha de cumplir con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, siendo definidos tanto por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, a nivel nacional, así como por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Igualmente, con la nueva reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal, se ofrece una definición de los mismos y criterios para su interpretación.⁵⁴

Una vez cumplidos todos los requisitos, se acordara mediante la correspondiente autorización judicial, a diferencia de lo que ocurre en Reino Unido en los se realiza por un agente de alto rango. La autorización la acordará el Juez de Instrucción que instruya la causa, de tal forma que le corresponde además de dirigir la instrucción, debe decidir que la medida que se ha acordado cumple con todas las garantías.

Se duda, si se puede acordar tal medida sin autorización judicial como ocurre en los casos previstos en el artículo 588 ter de la Ley de enjuiciamiento criminal, donde se acuerda provisionalmente por el Ministro de Interior, o en su defecto por el Secretario de Estado para la Seguridad cuando se trata de delincuencia relativa a bandas armadas o elementos terroristas.

⁵⁴ La Ley de enjuiciamiento criminal establece en el artículo 588 bis a, una serie de principios que son comunes a las medidas de investigaciones tecnológica: “**1.** Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. **2.** El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva. **3.** El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad. **4.** En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida: a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida. **5.** Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”.

La ley no contempla tal medida en los registros remotos ni en los requisitos generales de la adaptación de las medidas de investigación telemáticas, por lo que la doctrina entiende que sobre la base del principio *favor libertatis* y la protección de los derechos fundamentales, se excluye tal posibilidad si no se ha obtenido la correspondiente autorización judicial; tampoco en los casos de urgencia se podría proceder a su ejecución sin la correspondiente autorización judicial, de tal forma que la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal deberían cursar la petición rápidamente y el órgano judicial deberá resolver según prevé la ley, en el plazo de 24 horas.⁵⁵

d) Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

La última medida a analizar es la de la captación y utilización de dispositivos electrónicos para la grabación de la imagen y sonido. Dichos dispositivos pueden colocarse tanto en espacios públicos como en domicilios particulares, lo cual tiene una relevancia excepcional, porque en estos últimos se exige autorización judicial de entrada en el domicilio con el fin de la colocación de los mismos. En este caso, se va a estudiar la presencia del Letrado de la Administración de Justicia en dicha diligencia sobre la base de las normas procesales generales y teniendo en cuenta la naturaleza de la misma.

Se va a determinar cuál o cuáles son los derechos fundamentales afectados por la medida, la resolución judicial que acuerda la misma y demás requisitos que influyen en su determinación. Se va a tratar el tema de la transcripción o no de las conversaciones que se obtienen mediante el uso de dichos dispositivos.

El legislador pretende regular la inmisión mediante dispositivos técnicos en conversaciones orales en sonido real y directo sin estar intermediadas por aparatos,

⁵⁵ BACHAMAIER WINTER, L.: *op cit.* pp. 8-21.

conseguidas según se producen sin el consentimiento y anuencia para su captación por parte del investigado, ni que intervengan operadoras tecnológicas.

Antes de la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal del año 2015, se habían colocado dispositivos electrónicos que permiten la captación y grabación de las comunicaciones orales entre investigados, pero la Sentencia 145/2014, de 22 de septiembre de 2014, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional⁵⁶, no admitiéndose tal posibilidad al considerar que no tienen acomodo ni sobre la base del artículo 579 de la Ley de enjuiciamiento criminal ni sobre la base de la legislación penitenciaria.

Dicho problema se ha solucionado con los artículos 588 quarter a) y siguientes de la Ley de enjuiciamiento criminal en lo que se permite tal actuación mediante autorización judicial.

La grabación de comunicaciones orales directas viene recogido en el artículo 588 quarter a)⁵⁷ de la Ley de enjuiciamiento criminal, debiendo ser autorizada por la

⁵⁶ La Sentencia 145/2014, de 22 de septiembre de 2014, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico séptimo establece: "...A partir de estas premisas y en relación con el secreto de las comunicaciones (entonces telefónicas), dispuso nuestra STC 49/1999 que la Constitución autoriza acordar a los Jueces y Tribunales esas intervenciones cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes; pero añadía que, acogiendo el plano de certeza que ha de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental, el art. 18.3 CE, al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la intervención, resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador. En suma: la injerencia deberá hallarse fundamentada en la ley, la cual habrá de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención, lo que requiere en este caso «una ley de singular precisión» (STC 49/1999, FJ 4). Partiendo de dichas garantías, cabe concluir afirmando que ni el art. 579.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), que citan las resoluciones judiciales impugnadas (fundamento de Derecho quinto de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 2010; fundamento de Derecho segundo de la Sentencia de 10 de julio de 2009 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza –sin cita expresa del precepto–, y fundamento de Derecho primero del Auto de 14 de marzo de 2007 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Zaragoza), ni tampoco la normativa penitenciaria a la que igualmente aluden (fundamento de Derecho cuarto de la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo), habilitan la intervención de las comunicaciones verbales directas entre los detenidos en dependencias policiales”.

⁵⁷ El artículo 588 quarter de la Ley de enjuiciamiento criminal establece la regulación de la colocación de dispositivos electrónicos con el fin de captar y grabar las comunicaciones orales directas: “**1.** Podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados. Los dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado. **2.** En el supuesto en que fuera necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares. **3.** La escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde”.

autoridad judicial para que puedan colocar y usar dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de comunicaciones orales directas que el investigado mantenga en la vía pública, cualquier espacio abierto, su domicilio o cualquier otro lugar cerrado. En el caso de que para la instalación del dispositivo sea necesario entrar en un domicilio o en algún espacio destinado al ejercicio de su privacidad, la resolución judicial que lo habilite debe extender su motivación a la procedencia de acceder a esos lugares.

La escucha y grabación de conversaciones públicas en lugares públicos se puede realizar sin necesidad de autorización judicial, y que junto a tales actuaciones, se puede completar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial habilitante; no están permitidas las filmaciones continuadas en el ámbito privada ni con autorización judicial, siendo únicamente válidas las que sean puntuales.⁵⁸

Antes de entrar en los presupuestos que deben concurrir para que tal medida pueda ser autorizada por la autoridad judicial, procede analizar el supuesto en el que la colocación del dispositivo electrónico se va a realizar en un domicilio privada y sobre si para la entrada en dicho domicilio se hace necesaria la presencia del Letrado de la Administración de Justicia.

Esta situación ocurrió en el denominado caso “Lezo” que estaba siendo investigado por el Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional, en el que se autorizó la colocación de un dispositivo electrónico (un micrófono oculto) en el despacho de un político, haciéndose efectivo por los agentes de la Policía Judicial en presencia del Letrado de la Administración de Justicia, documentándose tal actuación en el acta que este confecciono.

La Ley de enjuiciamiento criminal en el artículo 588 quarter no establece en ningún lado que tal actuación deba realizarse en presencia de tal autoridad, sino que si la colocación debe realizarse en un domicilio, la autorización debe extenderse a la entrada en el mismos.

La presencia del Letrado de la Administración de Justicia no tiene soporte en ningún mandato legal y supone utilizar la fe pública judicial y garantizar una actuación

⁵⁸ PÉREZ SÁNCHEZ, F.J.: “ Reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal. Especial Consideración del artículo “588 bis a octies”. Las medidas de investigación tecnológica”, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018, pp. 41-42.

meramente policial que tiene su lugar natural en los atestados y oficios que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. El acta que en su caso extendiera solo dejaría constancia que se ha procedido a la colocación de tal dispositivo, y por tanto, ajena a la actuación procesal que exige la fe pública judicial.

Con esta actuación en ningún caso se está procediendo a realizar una entrada y registro (diligencia que si exigiría la presencia del Letrado de la Administración de Justicia), que sí que exigiría el cumplimiento de todos los requisitos previstos en la Ley de enjuiciamiento criminal, incluido la presencia del morador.

Por último podría apuntarse a la posibilidad que concede la Ley orgánica del poder judicial en el artículo 476. 1.c de que el Letrado de la Administración de Justicia acordase que fuera el Gestor Procesal y Administración el que fuera con la Policía Judicial a la colocación del dispositivo y acreditase su cumplimiento mediante la extensión de la correspondiente certificación judicial.⁵⁹

Los derechos fundamentales que pueden verse afectados por tal medida investigadora son el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y los derechos a la intimidad y al secreto de la comunicaciones.

La autorización judicial que acuerde tal medida debe sujetarse a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, como ocurre en el resto de medidas limitadoras de derechos fundamentales.

La medida de captación de las comunicaciones orales supone una de las medidas más limitativas y más gravosas que pueden practicarse en el marco del proceso penal, por la afectación cualitativa y cuantitativa en los derechos fundamentales que conlleva su práctica. Por tal circunstancia, se exige limitar la interceptación de las comunicaciones orales a los delitos de especial gravedad, como bien indica la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (la sentencia 871/2013 de 22 de noviembre del 2013 del Tribunal Supremo y la sentencia 167/2002,

⁵⁹ MARTÍNEZ GUERRERO, A.: *op cit*, pp. 33-34.

de 18 de septiembre de 2002 del Tribunal Constitucional, por citar algunas a modo de ejemplo).

La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal de 2015, siguió la línea marcada por la jurisprudencia y estableció que solo podía acordarse tal medida cuando se tratara de delitos castigados por pena con límite máximo de al menos tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo.

La doctrina ha criticado que se pueda acordar tal medida cuando se trata de delitos castigados con al menos tres años de prisión, pues consideran que no se reserva tal medida gravosa a los delitos más graves del Código Penal.

Junto a la gravedad de la pena, se ha de tener en cuenta su trascendencia y repercusión social, haciéndose especialmente importante cuando las escuchas se producen en el interior de un domicilio y se hace necesario autorizar la entrada para la colocación del dispositivo.

La adopción de la medida puede acordarse de oficio por el órgano jurisdiccional o a instancia del Ministerio Fiscal y de la Policía Judicial, estableciendo una regulación detallada del contenido de la petición que deben realizar estos dos últimos.

Sin embargo, lo realmente importante es el contenido y extensión de la resolución judicial autorizante de la diligencia.

La resolución judicial que se adopte (auto) debe ser motivada, no solo porque lo exija la Ley orgánica del poder judicial en su artículo 248.2, sino porque el Tribunal Constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 25/2011, de 14 de marzo de 2011 y la 49/1999, de 5 de abril de 1999)ha venido a exigir dicha motivación pues se está limitando el derecho al secreto de las comunicaciones, lo que forma parte del artículo 18.3 de la Constitución

La resolución judicial habilitante debe concretar los siguientes extremos: el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica (importante tal cuestión pues solo se puede acordar tal medida en determinados delitos), la identidad de los investigados, la extensión de la medida indicando su alcance y cumplimiento de los principios rectores, la unidad investigadora que debe ejecutarla, la duración de la

medida, la forma y periodicidad con la que se informará a la autoridad judicial, la finalidad perseguida con la medida, y por último, el sujeto obligado que llevara a cabo la medida.⁶⁰

La redacción que establece la Ley de enjuiciamiento criminal en el artículo 588 quarter, recoge los requisitos que ha de contener el auto habilitante, siendo de especial importancia hacer constar en el mismo el concreto lugar o dependencia, así como los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia.

Estando previsto la grabación simultánea de imágenes con la captación de sonido dentro del propio domicilio, y a falta de una mención expresa en la ley de los lugares del mismo que pueden estar afectados de una mayor privacidad, por lo que la Autoridad Judicial deberá concretar el lugar de la vivienda donde tendrá lugar la medida de tal forma que no se vean perjudicados otros derechos fundamentales.

El Magistrado del Tribunal Supremo, Manuel Marchena Gómez considera que esta decisión no solo afecta a la inviolabilidad del domicilio, sino también la intimidad y a la propia imagen, no solo del propio investigado sino de toda la unidad familiar y la de cualquiera que acuda a dicho domicilio.

Por lo que se refiere a delimitar “los encuentros del investigado sometidos a vigilancia” se hace con el fin de que la investigación no tenga el carácter de causa general contra el investigado, debiendo concretarse solo a aquellos encuentros en los que se prevea que el investigado puede proporcionar pruebas del hecho delictivo.

La duración de la medida no viene establecida por la ley, por lo que la doctrina entiende que la duración de la medida se encuentra limitado a cada encuentro, de tal forma que terminado el mismo, unas nuevas grabaciones exigirá una nueva autorización judicial.

El control de la medida se realizando poniendo a disposición de la autoridad judicial, el soporte original o una copia electrónica auténtica de las grabaciones e

⁶⁰ CASANOVA MARTÍ, R.: “La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, Diario la Ley, ISSN 1989-6913, N° 8674, 2016, pp. 1-11.

imágenes, acompañado de la transcripción de las conversaciones de interés. Estas entregas realizadas por la Policía Judicial deben realizarse indicando los números de carnet profesional de los agentes que han procedido a su ejecución para que puedan ser citados a juicio.

En cuanto a la transcripción de las grabaciones por la Policía Judicial, indicar que tradicionalmente se exigía que las mismas fueran cotejadas por el Letrado de la Administración de Justicia, cuando esas transcripciones provenían de la intervención de las comunicaciones telefónicas. En la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene a no exigir tal requisito ya que entienden que dicho cotejo no cumple ninguna función prevista por la ley, y si alguna parte impugnara las mismas, estas se verían resultas citando a los agentes al juicio. A pesar de esta jurisprudencia consolidada, con el fin de evitar posibles impugnaciones de las transcripciones, lo que se suele hacer es que se da copia de las grabaciones junto con la transcripción realizada por la Policía Judicial, e inmediatamente se cita a presencia de su Señoría a los agentes encargados junto con los letrados de los investigados, a fin de que si hubiera cualquier error en la transcripción se proceda a su rectificación.

La utilización de tal medida de investigación no lleva implícito el secreto de las actuaciones como ocurre cuando se acuerda la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Sin embargo, cuando se trata de captar y grabar imágenes en espacios públicos, la Policía Judicial no precisa de autorización salvo que vaya acompañado de la grabación del sonido en cuyo caso si que será necesario.

Se podría cuestionar la ausencia de autorización judicial, según RODRÍGUEZ LAINZ⁶¹, cuando se trate de parajes públicos en los que el sujeto pudiera verse amparado por una expectativa razonable de estar completamente fuera del alcance de la visión de terceras personas.

Es importante en esta materia la Sentencia 329/2016, de 20 de abril de 2016, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en el que se analiza la captación de imágenes

⁶¹ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: “ Las nuevas medidas de investigación tecnológica de la Ley Orgánica 13/2015”, Ed. Sepin, 2016, pp.6.

del interior de un domicilio por parte de la Policía Judicial mediante prismáticos en un edificio ubicado enfrente de donde se encuentra el del investigado.

La utilización de prismáticos no viene recogida en la ley, pero supone una intromisión a la intimidad domiciliaria cuando los agentes declaran testificando lo que observaron a través de dichos utensilios, en los que no había ni autorización⁶².

La Policía Judicial puede captar imágenes en lugares públicos no supone dar vía libre a cualquier actuación realizada por aquellos, pues hay supuestos que están protegidos por el derecho a la intimidad.

Debe ponerse en contraposición el lugar o espacio público con el concepto de domicilio o lugar cerrado para determinar donde pueden colocarse aparatos de grabación y captación de la imagen, no integrando el concepto de vivienda lo locales comerciales o de esparcimiento, entre otros.

Cuando se trata de captar imágenes en servicios públicos, la jurisprudencia solo habilita su captación en las zonas comunes de los lavabos, no en la zona reservada de los retretes en las que está afectada por el derecho a la intimidad, ni tampoco la captación de imágenes en vestuarios de domicilios privados, empresas o gimnasios.

La Ley orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, ya sean abiertos y cerrados, de tal forma que la doctrina realiza una doble clasificación: 1.- las que se sujetan a esta Ley orgánica y a la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, las cuales se

⁶² La Sentencia 329/2016, de 20 de abril de 2016, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su fundamento jurídico tercero establece el inicio de una jurisprudencia acerca del uso de primáticos y otros utensilios tecnológicos: "...La jurisprudencia de esta Sala no se ha pronunciado sobre las implicaciones jurídicas de la utilización de prismáticos por los agentes de la autoridad, al menos desde la perspectiva de su potencial incidencia en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Los escasos precedentes que pueden ser citados están relacionados con la suficiencia probatoria de quien, valiéndose de prismáticos, observa una acción delictiva que se desarrolla en vías públicas y a considerable distancia de la escena observada...

En definitiva, existió una intromisión en el contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio, injerencia que tiñe de nulidad la observación que los agentes llevaron a cabo del intercambio de droga y la manipulación de una sustancia de color marrón, todo ello "... a través de uno de los dos ventanales que daban a la calle". La vigilancia del comedor de la vivienda y de las idas y venidas de los moradores entre el salón y otras dependencias interiores del inmueble no puede considerarse como un acto de investigación sustraído a la exigencia de autorización judicial. No altera esta conclusión el hecho de que se tratara, como describe el relato de hechos probados, de "... dos ventanales que daban a la calle".

instalan en prevención de un peligro más o menos concreto, captando imágenes de todos los usuarios ya sean sospechosos o no, incorporándose dichas imágenes a un fichero, 2.- de aquellas que se estamos estudiando, que se realizan en el marco de una investigación específica de un delito determinado.

Por último cabe la instalación de videocámaras por las empresas privadas y otros establecimiento, que delimitan el radio de acceso a la empresa y efectúan vigilancia respecto de la zona cercana a la misma, lo que en alguna ocasión ha facilitado la obtención de pruebas sobre delitos cometidos en las proximidades de las empresas, regulándose por la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.⁶³

En cuanto a los descubrimientos casuales que pudieran tener lugar como consecuencia del desarrollo de esta diligencia de investigación habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 588 bis i de la Ley de enjuiciamiento criminal, y por remisión al artículo 579 bis de la misma ley⁶⁴, de tal forma que es posible utilizarlo aunque no se trate de los delitos incluidos en el catálogo cerrado que recoge el artículo 588 quarter b. 2

En estos casos de hallazgo casual, habrá que remitirse testimonio al juzgado competente, pero por la naturaleza de la medida, habrá que remitirse la solicitud policial de la medida, junto con la resolución judicial que lo acuerde, y por supuesto, el resultado que se obtenga que consistirá en la grabación de la conversación o imagen que hagan referencia al delito casualmente descubierto.

⁶³ ORDUNA NAVARRO, B.: “Intervención de las comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos. Alcance de la reforma de la LECrim. LO 13/2015, de 5 de octubre”, Diario La Ley, N° 9190, 2018, pp. 4-7.

⁶⁴ El artículo 579 bis de la Ley de enjuiciamiento criminal regula los descubrimiento causales dentro del capítulo de la detención y apertura de la correspondencia escrita o telegráfica, aunque el resto de medidas de investigación tecnológicas se remiten al mismo:” 1. El resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal. 2. A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen. 3. La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce”.

Otra cuestión a analizar es el del acceso a las partes de las grabaciones de las conversaciones o de las imágenes captadas y grabadas, en las que la Ley de enjuiciamiento criminal no establece nada al respecto, aunque se entiende que por analogía se podría aplicar lo dispuesto en el artículo 588 ter i.

Esto implica que sobre la base del artículo 118.1 b) de la Ley de enjuiciamiento criminal, se reconocer el derecho del investigado a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las interceptaciones telefónicas y telemáticas, ha considerado que el conocimiento de que sus conversaciones han sido grabadas forma parte de sus derechos fundamentales, y por tanto tratándose de la interceptación de comunicaciones orales, deberá entregarse tanto la copia de las grabaciones como la transcripción para que pueda proceder a su estudio y análisis.

En el caso de un tercero, sea o no afectado por la grabación, pretendiera tener acceso a la misma sobre la base del artículo 234 de la Ley orgánica del Poder Judicial, que regula el derecho de los interesados a obtener copias y testimonios de las actuaciones, salvo que haya una causa legal que lo impida. En materia penal se recoger el carácter reservado del sumario hasta el momento de la apertura del juicio oral, a partir del cual se podrán hacer las copias solicitadas por los terceros interesados.⁶⁵

Por último, cabe hablar de la posible intervención de las conversaciones entre el Letrado y el cliente investigado.

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos permiten la interceptación de las conversaciones telefónicas entre ambos, cuando el letrado se sirve de su condición de abogado para la comisión del delito, debiendo tener los indicios en contra del abogado una solidez mucho mayor que en el resto de casos porque junto al derecho a la intimidad, está en juego el secreto profesional. Esta doctrina es aplicable igualmente a la intervención de las comunicaciones orales entre abogado e investigado a través de dispositivos electrónicos

⁶⁵ Circular 3/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

tanto en la vía pública como en el domicilio de cualquier de ellos o el despacho profesional.

La confidencialidad de las relaciones entre el investigado y su Letrado, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es un elemento básico para que se pueda celebrar un proceso equitativo

La no observancia de tal garantía supone una injerencia no solo en el secreto de las comunicaciones, sino también en el derecho de defensa, el derecho a no declarar, el derecho al secreto profesional y el derecho a la intimidad.⁶⁶

⁶⁶ ORDUNA NAVARRO, B: *op cit*, pp. 9-10.

4.-CONCLUSIONES.

- I. La concepción clásica de la entrada y registro implica una restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, el cual sólo puede ser restringido en los supuestos previstos en la Constitución y en sus leyes de desarrollo (Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley de Seguridad Ciudadana, etc.).
- II. La inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental recogido en la Constitución Española y en números textos internacionales que lo vienen a conferir una protección suficiente y adecuada a su importancia. En nuestro ordenamiento jurídico al tener tal consideración, faculta a los que se sientan perjudicados en dicho derecho a interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, lo que ha servido para que defina su contorno y límites.
- III. El tratamiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio implica una necesidad previa de definir qué se entiende por domicilio. En nuestro ordenamiento jurídico (Constitución, Leyes penales o Leyes procesales...), no existe una definición a efectos jurídicos penales, por lo que es la jurisprudencia y la doctrina la que realiza tal labor.
- IV. Se considera domicilio a todo espacio físico, con independencia de sus características físicas o jurídicas, en la que una persona ejerce su libertad más íntima y actúa sin estar sujeto a convicciones sociales ni morales. No se puede olvidar, que las personas jurídicas también son titulares de este derecho fundamental aunque no con la extensión que se puede predicar de las físicas, sino únicamente de aquellos espacios de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros.
- V. La diligencia de entrada y registro se descompone a su vez en dos diligencias claramente identificables, aunque en la práctica se desarrollan conjuntamente. La primera es la diligencia de entrada, con la finalidad de buscar a alguien o a algo, mientras que la segunda, es la diligencia de registro.

- VI.** Los presupuestos que permiten que se desarrollen ambas diligencias de acuerdo con lo establecido en la Constitución son:

En primer lugar, el consentimiento del titular realizado conforme a derecho y respetándose las garantías exigidas en las leyes y en la jurisprudencia que lo desarrolla.

En segundo lugar, la flagrancia delictiva, es decir, el supuesto en el que el delincuente es visto en el momento de la comisión del delito; o, en otras palabras, es pillado "*in fraganti*".

Y en tercer lugar, una resolución judicial acordada por el órgano jurisdiccional competente en el seno de una investigación penal por unos hechos concretos y en los que se dirija el procedimiento con una o unas personas determinadas.

- VII.** Una vez que exista una resolución habilitante para proceder a la entrada y registro, la siguiente cuestión que debe tenerse en cuenta es la de los presupuestos que deben darse en la ejecución de la misma. Estos requisitos, como se han ido analizando, vienen a establecer garantías a la diligencia llevada a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como es la presencia del Letrado de la Administración de Justicia, la presencia del interesado (salvo excepciones de fuerza mayor), así como la presencia del Letrado del investigado en los términos expuestos.

- VIII.** La presencia del Letrado de la Administración de Justicia en dicha diligencia supone una exigencia establecida en la legislación procesal, aunque su ausencia ha provocado consecuencias diferentes sobre una jurisprudencia que ha ido evolucionado.

- IX.** La presencia del investigado en la diligencia es exigible cuando el mismo este detenido o a disposición judicial, salvo causas de fuerza mayor. La presencia de su Letrado no es un requisito indispensable, aunque si las circunstancias lo permiten, puede intervenir.

- X.** Estas garantías de la ejecución, junto con las establecidas para que el órgano judicial acuerde tal medida, han de ser tenidas en cuenta tanto por el órgano instructor como por el órgano enjuiciador, ya que su vulneración puede dar lugar a consecuencias negativas que van desde la mera irregularidad procesal, hasta una nulidad absoluta de las pruebas conseguidas junto con las que tengan relación con la misma.
- XI.** El control de los requisitos para acordar una orden de entrada y registro ha de ser muy escrupuloso, en la medida en que entran en juego derechos fundamentales, como el derecho de inviolabilidad domiciliaria o el derecho de defensa. Su vulneración faculta a los perjudicados a acudir en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y en su caso, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- XII.** El uso de los medios de investigación clásico, y en concreto de la entrada y registro entendido en el sentido tradicional, no es suficiente para hacer frente y perseguir la nueva delincuencia, por lo que se exige un avance tecnológico tanto en los medios como en las medidas a adoptar.
- XIII.** En las entradas y registro tradicionales, incluso antes de la reforma de 2015, se aprehendían dispositivos electrónicos (portátiles, móviles...) por parte de la Policía Judicial y se procedía a su posterior análisis por los peritos informáticos.

Tras dicha reforma se recoge de manera expresa tal práctica forense, exigiéndose en la misma autorización de entrada y registro en el domicilio que se autorice igualmente para la aprehensión de dichos dispositivos y el posterior análisis de su contenido, y en el caso de que no se haya autorizado su aprehensión por un descuido en el auto y se proceda a su recogida, se exija autorización judicial para su estudio y análisis. Es posible que aun faltando esta última, se proceda a su análisis siempre y cuando el afectado preste su consentimiento, o incluso en los casos de urgencia, se proceda por parte de la Policía Judicial siempre y cuando lo comuniquen inmediatamente a la Autoridad Judicial.

- XIV.** El registro remoto es una medida totalmente nueva por la que se procede al estudio y análisis de dispositivos electrónicos sin la necesidad de su aprehensión física, sino a través de software y otros dispositivos que hace que los investigadores puedan conectarse y ver el contenido de los mismos, sin que se tenga que proceder a la entrada y registro en el domicilio en el que se encuentra tal dispositivo.
- XV.** El registro remoto supone una injerencia de una intensidad elevada en los derechos fundamentales del investigado y que además se prolonga en el tiempo, por lo que únicamente puede acordarse cuando se trata de determinados delitos, debiendo analizarse por la autoridad judicial los diferentes correspondientes intereses en juego para que sea posible su adopción.
- XVI.** La introducción de la medida de la captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, con la reforma de 2015, viene a dar cobertura legal a una medida que se producía en la práctica, pero que los tribunales rechazaban al entender que no tenía soporte legal que la habilitase.
- XVII.** La medida de captación y grabación de las comunicaciones orales exige, en algunos casos, la correspondiente autorización de entrada y registro en el domicilio para la colocación del mismo, aunque podría reprocharse al legislador la falta de concreción en orden a la ejecución material de la colocación de dicho dispositivo.
- XVIII.** En la adopción de la medida de captación y grabación de las comunicaciones orales se necesario hacer un estudio del lugar y el momento en el que se va a proceder a la grabación de las mismas, pues en algunos casos no se exige autorización judicial (cuando se trate de la grabación de imágenes en la vía

publica sin que se proceda a la grabación del sonido), y en otros depende de las circunstancias de cada caso concreto (en las interceptaciones que se realizan entre Letrado y cliente, se debe respetar el derecho al secreto de las mismas, salvo que haya indicios muy sólidos de que por parte del Letrado se está utilizando tal medio para la comisión de hechos delictivos).

XIX. Todas las grabaciones e imágenes que se obtuvieran con tal medida deben ponerse a disposición de todas las partes personadas y de terceros que tuvieran interés en el asunto, una vez que se haya alzado el secreto de sumario que por disposición legal conlleva la adopción de tales medidas. Un problema que no ha recogido el legislador es el la incorporación al proceso judicial, en concreto al expediente judicial físico, de las grabaciones de conversaciones, que si bien debe acompañarse la correspondiente grabación en formato electrónico o digital, también debería haber una transcripción de las mismas en formato papel.

5.-BIBLIOGRAFIA.

DOCTRINA

- BACHAMAIER WINTER, L,: “Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015”, Boletín del Ministerio de Justicia, ISSN-e 0211-4267, Año 71, N° 2195, 2015, pp.1 -36.

- BOIX REIG, J y otros: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección Penal de los Intereses Jurídicos personales*, pp. 475.

- BONILLA CORREA, J.A,: “Los avances tecnológicos y sus incidencias en la ejecución de la diligencia de registro en domicilio”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 8522, 2015, pp. 10-11.

- CABEZUDO BAJO, M.J,: “El uso de las Tecnologías en la entrada y el registro domiciliario: cambio en su concepción tradicional y Nuevos retos en la protección de los derechos fundamentales afectados”, Revista de Derecho Penal y Criminología, ISSN 1132-9955, N° 15, 2016, 53-93.

- CASANOVA MARTÍ, R,: “La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, Diario la Ley, ISSN 1989-6913, N° 8674, 2016, pp. 1-11.

- CUCHI DENIA, J.M,: “ La diligencia judicial de entrada y registro: presupuestos constitucionales a la luz de la jurisprudencia”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 7354, 2010, pp, 10-12.

- DELGADO MARTÍN, J,: “ Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por la LO 13/2015”, Diario La Ley , ISSN 1989-6913, N ° 8693, 2016, pp. 1-10.

- DELGADO MARTÍN, J,: “La prueba electrónica en el proceso penal”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 8167, 2013, pp.7.

- DE LUENGO ZARZOSA, M,: “ La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios. Referencia al ámbito castrense”, Universidad de Valencia, Valencia, 2015, pp. 181-185.

- ECHARRI CASI, F.J,: “ La diligencia de entrada y registro en despachos profesionales”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 8260, 2014, pp. 9-10.

- HERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J,: “Supuestos Constitucionales que posibilitan la entrada y registro en domicilio”, ISSN 1576-9763, N°36, 2012, pp. 107-112.

- MARTÍNEZ GUERRERO, A.: “Las diligencias de entrada y registro en el procedimiento penal Español” , *Revista Acta judicial*, ISSN 2603-7173, 2019, pp. 5-20.

- MORALES MUÑOZ, E.: “Diligencias de investigación: Registro domiciliario. Cuestiones Generales y consentimiento titular. Situaciones de flagrancia”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, ISSN-e 0211-4267, Año 61, N° 2036, pp. 5-8.

- MORALES PRATS, F en QUINTERO OLIVARES (Dir.) : “ Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 513-515.

- NOGUERAS INÉS, E.: “La investigación criminal sobre el domicilio: entrada y registro” *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, ISSN-e 1989-3892, N°, 2016, pp. 6-13.

- ORDUNA NAVARRO, B.: “Intervención de las comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos. Alcance de la reforma de la LECrim. LO 13/2015, de 5 de octubre”, *Diario La Ley*, N° 9190, 2018, pp. 4-7.

- ORTIZ PRADILLO, J.C. : “Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de prueba electrónica”, dentro de la obra colectiva *El proceso penal en la sociedad de la información*, ED. La Ley, pp. 289.

- PARDO FALCON, J.: “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, N° 34, 1992, pp. 170.

- PÉREZ SÁNCHEZ, F.J.: “ Reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal. Especial Consideración del artículo “588 bis a octies”. Las medidas de investigación tecnológica”, *Universidad de Salamanca*, Salamanca, 2018, pp. 41-52.

- RODRÍGUEZ ACOSTA, M.: “La prueba digital en el proceso penal” *Universidad de la Laguna*, Santa Cruz de Tenerife, 2018, pp. 36-37.

- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: “ Las nuevas medidas de investigación tecnológica de la Ley Orgánica 13/2015”, Ed. Sepin, 2016, pp.6.
- VEGAS TORRES, J.: “La il·licitud de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado y sus consecuencias”, Cuadernos de Derecho Judicial, ISSN 1134-9670, N° 9, 1996, pp. 293-372.
- VILLEGAS GARCIA, Mª A y otro.: “ La diligencia de entrada y registro”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 9353, 2019, pp. 17-18.

JURISRPUDENCIA.

-Tribunal Constitucional.

- Sentencia 22/1984, de 17 de febrero de 1984, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.
- Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre de 1993 del Pleno del Tribunal Constitucional.
- Sentencia 69/1999, de 26 de abril de 1999 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.
- Sentencia 10/2002, de 17 de enero de 2002 del pleno del Tribunal Constitucional.
- Sentencia 89/2006, de 27 de marzo de 2006, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional.

-Sentencia 253/2006, de 11 de septiembre de 2006 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional.

-Sentencia 145/2014, de 22 de septiembre de 2014, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional

-Tribunal Supremo.

- Sentencia 853/1995, de 7 de julio de 1995 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

- Sentencia 1803/2002, de 4 de noviembre de 2002, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

- Sentencia 716/2010, de 12 de julio de 2010, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

-Sentencia 334/2013, de 15 de abril de 2013, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

- La sentencia 342/2013, de 17 de abril de 2013 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

- Sentencia 1034/2013, de 30 de diciembre de 2013 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

-Sentencia 329/2016, de 20 de abril de 2016, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

-Sentencia 290/2018, de 14 de junio de 2018 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

6.-CIRCULARES E INSTRUCCIONES.

-Circular 3/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

-Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.