

LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO

José Ramón Navarro Miranda

*Magistrado
Presidente de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife*

INTRODUCCIÓN

El artículo 18,2 de la Constitución Española establece que «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en el caso de flagrante delito.»

Este artículo está en clara concordancia con los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que constituyen criterios hermenéuticos para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución conforme a lo dispuesto en su art. 10.2.º

La inviolabilidad del domicilio no es, sin embargo, un derecho absoluto, sino que puede ceder ante valores que constituyen un interés constitucionalmente relevantes, como es el caso de la prevención del delito, su investigación y castigo en el caso de haber sido cometido, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho. En este sentido, el artículo 8.2 del Convenio Europeo exige que “...esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Al ser la inviolabilidad del domicilio un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico, la injerencia en tal derecho fundamental exige, incluso en el seno de una investigación delictiva, la concurrencia de determinados requisitos o presupuestos para entenderla lícita y que sus resultados sean eficaces, de forma que salvo el supuesto en que la entrada y registro venga autorizado por el titular, únicamente será tolerada en supuestos de flagrancia delictiva o previa autorización judicial.

CONCEPTO DE DOMICILIO

El Tribunal Constitucional aborda el concepto de domicilio del artículo 18.2 atribuyéndole un carácter meramente instrumental al servicio y como garantía de la privacidad e intimidad que consagra el apartado anterior, de ahí que dicho concepto no pueda en modo alguno asimilarse al que resulta aplicable a efectos civiles y administrativos como punto de localización de la persona sus derechos y obligaciones (al que se refiere, por ejemplo, el artículo 40 del Código Civil, que expresamente declara inaplicable en este ámbito el Tribunal Constitucional), señalando en su sentencia de 17 de Octubre de 1985 “el domicilio 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”. En esa misma línea, el Tribunal Supremo ha venido considerando que es domicilio cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar.

Es especialmente significativa la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2002, que declara la inconstitucionalidad del art. 557 de la LECr (por cuanto excluye expresamente la posibilidad de que las habitaciones de los huéspedes de los hoteles puedan considerarse su domicilio a los efectos de que al entrada y registro en las mismas requiera autorización judicial), y analiza el art. 18 de la C.E. y en consecuencia el concepto de domicilio, y de la que deben destacarse alguna de sus declaraciones:

-La Constitución no ofrece una definición expresa del domicilio como objeto de protección del art. 18.2 CE. Sin embargo, dicho Tribunal ha ido perfilando una noción de domicilio de la persona física cuyo rasgo esencial reside en constituir un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada. Este rasgo, que ha sido señalado de forma expresa en Sentencias recientes (SSTC 94/1999, de 31 de mayo; 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), se encuentra asimismo comprendido en las declaraciones generales efectuadas por dicho Tribunal sobre la conexión entre el derecho a la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad personal y familiar, así como en la delimitación negativa que hemos realizado de las características del espacio que ha de considerarse domicilio y de la individualización de espacios que no pueden calificarse de tal a efectos constitucionales.

- Con carácter general, «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» (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 137/1985, de 17 de octubre, FJ; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FFJJ 5 y 6).

- En una delimitación negativa de las características que ha de tener cualquier espacio para ser considerado domicilio el Tribunal Constitucional ha afirmado que ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido. Y, en sentido inverso, que tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio. Así, ha declarado que no todo «recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales», y que, en particular, la garantía constitucional de su inviolabilidad no es extensible a «aquellos lugares cerrados que, por su afectación como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (ATC 171/1989, FJ 2), tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con

la idea de privacidad» (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7). Igualmente, que «no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 garantiza», pues «la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros» (STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 2). Y, finalmente, hemos advertido sobre la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio si, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5 ; en sentido similar sobre la irrelevancia de la falta de periodicidad, STEDH 24 de noviembre de 1986 , caso Guillov c. Reino Unido).

- El rasgo esencial que define el domicilio delimita negativamente los espacios que no pueden ser considerados domicilio: de un lado, aquéllos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole; de otro, aquéllos que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos. En este sentido resulta necesario precisar que, si bien no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros.

Veamos algunos supuestos concretos que han podido plantear dudas:

1 - DESPACHOS PROFESIONALES DE ABOGADOS:

El Derecho español a diferencia del francés, no regula de forma específica en el código procesal penal, la forma de llevar a cabo la entrada y sobre todo el registro del despacho profesional de un Abogado. Existen referencias en el Estatuto de la Abogacía y la Asamblea de Decanos de los Colegios de Abogados de España, que propuso un texto que no ha pasado la ley procesal. Toda la normativa comparada no encuentra obstáculos a la entrada y registro, siempre que exista la posibilidad de encontrar datos relevantes para la investigación de delitos cometidos por alguno de los clientes del Abogado o, cuando sea, él mismo, el sospechoso de haberlos cometido (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2004).

Una antigua Jurisprudencia constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 137/1985, 144/1987, 164/1988 o 149/1991, vino a reconocer también un derecho a esa inviolabilidad para la persona jurídica, en correspondencia con lo cual el Tribunal Supremo ha exigido de la misma forma el cumplimiento de las garantías correspondientes para la práctica de la entrada en el domicilio de las personas jurídicas (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993, por ejemplo).

Sin embargo, pronunciamientos posteriores vienen a matizar ese criterio inicial. Y así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1995, refiriéndose más propiamente a la entrada en el lugar donde se desarrolla una actividad profesional, que en casos como el presente llega a identificarse con el domicilio de una persona jurídica, proclamaba ya la innecesariedad de autorización judicial, toda vez que: "... el local registrado no era domicilio del acusado ni de nadie, sino una oficina y despacho abiertos al público, es decir, a toda persona que quisiera acceder al mismo para el asesoramiento y la gestión de asuntos relacionados con problemas laborales, fiscales o de otro tipo, que nada tenían que ver con el ejercicio por el acusado ni por ninguno de sus empleados o clientes de las

actividades propias de su intimidad que es lo que constituye el fundamento de la protección que para el domicilio reconocen la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Sin embargo, con anterioridad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993 había afirmado el carácter de domicilio, a los efectos de la debida protección constitucional, para los lugares en que se ejerce el trabajo, la profesión o la industria. Si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1994 precisó, por su parte, que es la circunstancia de la apertura, o no, al público la determinante del límite de extensión del concepto de domicilio en el sentido constitucional.

Podemos, por tanto, concluir en la necesidad de diferenciar entre aquellas oficinas en las que se ubica la sede de una persona jurídica, a las que procede atribuir la protección del reconocido derecho a la intimidad que a la misma llega a amparar, de aquellos otros despachos o dependencias, constituyan o no sede social que, por su disposición a la entrada de público, deben considerarse, a diferencia del domicilio de la persona física, desposeídas de semejante protección.

Por lo tanto, si el despacho profesional es oficina abierta al público y destinada al acceso de clientes en busca de asesoramiento jurídico, los requisitos de orden constitucional no resultaban exigibles para su entrada y registro.

2.- CELDAS EN CENTROS PENITENCIARIOS.- El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre tal cuestión en la sentencia de 6 de abril de 1.998, rechazando que se trate de domicilios a los efectos que nos referimos señalando que aunque el art. 25 C.E. sanciona que siempre ha de respetarse la dignidad de la persona, la Ley Penitenciaria prevé la realización de cacheos y la posibilidad de que los internos no estén en celdas individuales, de lo que se deduce que éstas no constituyen domicilio particular y sí edificios públicos.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 2006 señala que "la celda que ocupa un interno en un establecimiento penitenciario no es su

domicilio en el sentido constitucional del término. Esta constatación expresa en sí misma tanto las graves limitaciones que comporta la pena o la medida de prisión para la intimidad de quienes la sufren -"una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas" (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2)- como también, por el hecho mismo de tal restricción, la especial necesidad de preservar los ámbitos de intimidad no concernidos por la pena o la medida y por su ejecución, y de declarar "ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere" (STC 89/1987, FJ 2).

El domicilio constituye un ámbito de privacidad "dentro del espacio limitado que la propia persona elige" (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública, de modo que el contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio "es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro" (STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). De ahí que, aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un "espacio apto para desarrollar vida privada" (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2) en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público. Bien al contrario, el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término.

Ahora bien, no debe olvidarse que está en juego el derecho a la intimidad del interno, de forma que, como señalara la referida sentencia, la cuestión de legitimidad constitucional en la compatibilidad del registro de una celda con el derecho a la intimidad personal de su ocupante, obliga a recordar que este derecho es propio de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE e implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana" (SSTC 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4, entre otras muchas). Sin embargo, no es un derecho absoluto, "como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6 ; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5, 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4)" (STC 70/2002, FJ 10). Específicamente, en relación con "el condenado a pena de prisión", el art. 25.2 de la Constitución, "en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes" (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 6) y en concreto que puedan serlo "por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria " (art. 25.2 CE).

El primero de los requisitos para la validez constitucional de la limitación del derecho fundamental de un preso a la intimidad es su establecimiento por ley, como se infiere, no sólo de la mención a la ley penitenciaria como la tercera de las fuentes específicas de restricción de derechos fundamentales de los condenados a penas de prisión, sino ya de la exigencia general del "art. 53.1 C.E . para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo Segundo del Título Primero" (STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 3). Este requisito, no obstante,

no es ni puede ser el único. De la dicción del art. 25.2 CE no se extrae la conclusión de que las limitaciones que contemplan sean "limitaciones de pura configuración legal" (STC 58/1998, FJ 3). Tales limitaciones, cuando no provienen directa o indirectamente de la pena -de su contenido o de su sentido-, han de ser "penitenciarias ", y, además, sometidas, en su conformación normativa y en su aplicación, a las exigencias del principio de proporcionalidad. Que hayan de ser limitaciones penitenciarias, en primer lugar, supone que su finalidad "tendrá que estar anudada a las propias de la institución penitenciaria " (STC 58/1998, FJ 3). Más allá de esta precisión relativa a la finalidad de la limitación del derecho fundamental, su constitucionalidad exige igualmente observar las exigencias del principio de proporcionalidad: en expresión sintética de la STC 69/1999, de 26 de abril, "por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto" (FJ 4). En efecto, "según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: `si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)" (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 E).

3.- TAQUILLAS EN CENTROS LABORALES.- La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2003 contempló el supuesto en que se alega como motivo de casación por infracción del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del

domicilio, de los artículos 18.1 y 2 C.E. , al amparo del artículo 5.4 L.O.P.J., se afirma las vulneraciones mencionadas "al abrirse la taquilla personal que, como prolongación del domicilio, tiene a su disposición en los vestuarios del Hospital..... en el que presta sus servicios profesionales", porque dicha apertura se llevó a cabo sin autorización judicial, sin su presencia e incluso sin la de los delegados de personal a los que se refiere el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. El Tribunal Supremo desestima el motivo porque parte erróneamente del hecho de que la taquilla en cuestión constituye un espacio reservado a la privacidad y por ello bajo la tutela del derecho fundamental invocado, cuando ello no es así, aun cuando efectivamente la sentencia impugnada parece partir de dicha concepción, aunque luego desconoce sus consecuencias en cuanto admite la habilitación legal para su apertura ex artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. Las taquillas puestas a disposición del personal de un centro de trabajo son espacios reservados para el uso de los trabajadores pero de ello no se deriva que puedan identificarse con aquéllos equivalentes al domicilio. Precisamente teniendo en cuenta lo anterior el Estatuto de los Trabajadores establece determinadas cautelas para su apertura en el artículo 18 mencionado, de forma que si el Legislador hubiese considerado dichos espacios dentro del ámbito reservado a la privacidad de la persona el precepto sería ocioso pues su ámbito de protección derivaría directamente de la Constitución y serían aplicables las garantías inherentes al registro domiciliario. A ello debe añadirse el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores que habilita los registros en las taquillas y efectos particulares, "cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa", estableciendo a continuación las garantías correspondientes que, como afirma la Sala de instancia, se han cumplido en el presente caso. Cuestión distinta es la incorporación del resultado de dicho registro al Plenario que evidentemente deberá hacerse a través de los testigos presentes en el registro, como así ha sucedido. Igualmente hay que distinguir la protección de aquellos efectos, como puede ser la correspondencia, que pudiesen ser hallados en la taquilla, lo que estará sometido al amparo constitucional previsto en el artículo 18.3 C.E.

4.- TAQUILLAS EN ACUARTELAMIENTOS MILITARES.- La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha negado la protección del artículo 18.2 a las taquillas de los soldados en un centro militar, que el registro de la misma no afecta a la intimidad o incluso que no es domicilio un dormitorio común. La S.T.S. 1049/00 expone que “este Tribunal se ha pronunciado ya sobre este tipo de registros, declarando que la revista de las taquillas existentes en los acuartelamientos, donde guardan sus enseres los soldados, no atenta a la intimidad personal” ya que ello viene reglamentariamente impuesto por las normas del buen gobierno y orden del estamento castrense, que vería resquebrajada en caso contrario la disciplina, e incluso la seguridad del propio acuartelamiento" (v. ss. de 26 de enero de 1995 y de 8 de octubre de 1999). Todo ello, claro está, siempre que al practicarse se respeten las garantías legalmente establecidas al respecto. En este sentido, ha de ponerse de relieve que tanto la L.O. 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar , en relación con los soldados, (art. 46), como la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (art. 23; y art. 68 del Reglamento Penitenciario), en relación con los internos en los centros penitenciarios, prevén específicamente la realización de registros por orden de la autoridad competente en cada establecimiento militar o penitenciario ("el jefe de la unidad" o el "jefe de servicios", respectivamente)".

5.- GARAJES Y TRASTEROS.- No puede extenderse a éstos la protección que establece el art. 18.2 de la Constitución, ni tampoco serles de aplicación las normas procesales reguladoras de las garantías que han de observarse en la práctica de las diligencias de entrada y registro en aquellos. Como señala la S.T.S de 18/6/99, la Jurisprudencia ha dejado fuera del concepto de domicilio, los trasteros y garajes (S. 21/12/92 y 6/10/94) u otros locales donde no se desarrolle la vida privada o intimidad de las personas (SS. 30/6/95, 21/11/96, 27/6/97 y 11/6/99, entre otras), añadiendo que: “es igualmente doctrina de esta Sala, como es exponente, entre otras, la sentencia de 28 de abril de 1993, que las normas contenidas en el Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...) tienen como ámbito propio de actuación el derivado de la intimidad y demás derechos constitucionalmente reconocidos en el artículo 18 de la norma suprema

del ordenamiento jurídico y por ello dichas garantías no se extienden a lugares, cuando se está refiriendo a personas físicas, donde no se desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo”.

Es cierto que en ocasiones la jurisprudencia ha dejado a salvo que dichos lugares formen parte del domicilio como una habitación aneja, en cuyo caso su registro sí deberá acomodarse a las exigencias constitucionales.

La sentencia de del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007 señaló que “un trastero, como pieza o dependencia separada y alejada del domicilio, arrendado con la finalidad de dar el destino que por naturaleza le corresponde, es decir, guardar y almacenar trastos (objetos, utensilios y cachivaches de todo tipo), no puede merecer el calificativo de domicilio, ni mucho menos por el hecho de que el juez instructor haya dictado un auto para justificar su entrada, más bien garantizando el posible destino a otras dedicaciones o para asegurar con mayores garantías la preconstitución probatoria que podía producirse con la intervención del fedatario judicial.

Ello significa que en supuestos especiales, algunas personas, ordinariamente indigentes, puedan habilitarlo para ejercer alguna o algunas de las funciones o actividades domésticas, esenciales para el desenvolvimiento de la vida diaria, constituyéndose en un excepcional reducto de intimidad. Pero ese no es el caso. De ahí que las garantías observadas excedían de las previstas en la ley. Consecuencia de todo ello es que no cabe, por repugnar a la más elemental lógica, incluir en la definición de edificio público un trastero privado, interpretando el apartado 3º del art. 537-3º, sin sujeción a su sentido lógico y teleológico. Considerar que cualquier edificio o lugar cerrado que no constituye domicilio de un particular con arreglo a lo dispuesto en el art. 547.3.º LECrim merece el calificativo de edificio público es ignorar que existen lugares cerrados de carácter privado que no constituyen domicilio. No ostentando tal carácter huelga cualquier incumplimiento de la legalidad procesal prevista para la injerencia en el domicilio

privado, en orden a la asistencia de testigos y ausencia de notificación a los interesados”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 señaló que “al registro del garaje no son aplicables las garantías derivadas de la protección constitucional a la inviolabilidad del domicilio, por lo que únicamente podría cuestionarse la infracción del principio de contradicción y sus consecuencias”

6.- VEHÍCULOS .- Es reiterada la doctrina de nuestro Tribunal Supremo en orden a que los automóviles, medio de transporte, carecen de la especial protección constitucional del domicilio, salvo supuesto excepcionales de vehículos tipo autocaravana, por lo que para su registro no se precisa orden judicial ni se encuentra sometido a los requisitos de los artículos 545 y siguientes de la LECrim, pues no encierra un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo. Su registro por agentes de la autoridad en el desarrollo de una investigación de conductas presuntamente delictivas, para descubrir y, en su caso, recoger los efectos o instrumentos de un delito, no precisa de resolución judicial, como sucede con el domicilio, la correspondencia o las comunicaciones. No resulta afectado ningún derecho constitucionalmente proclamado”.

Por consiguiente, la ausencia de autorización judicial o de consentimiento del interesado en las diligencias de investigación policial de un hecho delictivo que justificada y proporcionadamente incluyen la inspección de un vehículo automóvil, o la inasistencia de un Juez o de un letrado, no implican vulneración de derechos constitucionales, no siendo aplicable a las pruebas así obtenidas el art. 11.1 de la L.O.P.J., precisamente por el propio carácter de meras diligencias policiales de investigación (STS de 14 febrero 2001, núm. 193/2001 , entre otras muchas).

Otra cuestión diferente es la del valor probatorio de estas inspecciones. Como regla general, es doctrina jurisprudencial sentada que, al tratarse de meras diligencias de investigación, carecen en sí mismas de valor probatorio alguno, aún cuando se reflejen documentalmente en un atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellas pudiesen derivarse deben incorporarse al juicio

oral mediante un medio probatorio aceptable en Derecho, como lo es la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en el juicio con las garantías de la contradicción y la inmediación. (S.T.S. 64/2000, 756/2000, 193/2001 o STC 303/1993).

7.- EMBARCACIONES.- La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 señala que es posible reconocer la condición de camarote de un barco como un lugar separado donde uno de sus tripulantes o viajeros se independiza de los demás que comparten las zonas comunes, para desarrollar su privacidad en la medida que lo desee. En este sentido la Sentencia de 18 de octubre de 2006 , recogiendo la doctrina de las Sentencias 624/2002 de 10 de abril y 919/2004 de 12 de julio , se refiere al modo en que se construyen las embarcaciones donde algunas dependencias, como los camarotes, resultan aptas para que en las mismas se desarrollen conductas o actividades propias de áreas de privacidad, aunque resulta dificultoso extender el concepto de domicilio en todo caso a otras zonas de la embarcación , como puede ocurrir con la cubierta, utilizada en las maniobra náuticas o como lugar de esparcimiento, o las bodegas, utilizadas exclusivamente para la carga, o la zona de máquinas, que no pueden entenderse aptas., con carácter general, para la vida privada. En definitiva las áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal son precisamente las únicas -como dice la Sentencia 1200/1998 de 9 de octubre -, protegidas por el derecho fundamental consagrado en el art. 18.2 de la Constitución Española. Las demás zonas de la embarcación , destinadas a otras finalidades, no gozan de la protección que la Constitución dispensa al domicilio, aunque se trate de lugares respecto de los cuales su titular puede excluir validamente la presencia de terceros.

Esta doctrina conduce a que sólo en embarcaciones de cierto tamaño es posible la existencia en su interior de camarotes independientes aptos para una privacidad personal en términos idóneos para calificarse como domicilio. No es el caso de una embarcación como la registrada: se trata de un velero de tan solo 9,35 metros de eslora y 2,77 metros de manga, en el que no consta tuviera

camarote alguno. Tampoco es presumible que lo tuviera, dadas sus pequeñas dimensiones, en las que las embarcaciones de esa clase solo disponen de un espacio interior dotado de diversos elementos para usos múltiples y comunes, sin más privacidad que la que brinda el pequeño espacio destinado a usos higiénicos, y a lo sumo, en zona de proa, un reducido lugar con el único aprovechamiento de alojar una litera para tumbarse. Este diminuto habitáculo u otro pequeño hueco semejante, es lo único que existe en un velero de tan reducidas dimensiones, absolutamente incompatibles con la idea de verdadero camarote en el sentido señalado por la doctrina de esta Sala como espacio propio y exclusivo apto para posibilitar el desenvolvimiento de la privacidad personal separada de la de los restantes pasajeros o tripulantes.

8.- HABITACIONES DE HOTELES Y OTROS ESTABLECIMIENTOS.- El artículo 557 de la LECrim señala que “Las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente, y lo serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada. El Tribunal Constitucional en su sentencia de 17 de enero de 2002, declaró inconstitucional y derogado el precepto pues “ninguna justificación posee el excluir la autorización judicial de espacios que han de considerarse domicilio de conformidad con el art.18.2 CE, ya que según la STC 171/1999 de 27 de septiembre F.J.10.º las excepciones constitucionales a la interdicción de entrada y registro tienen carácter taxativo”. Ahora bien, como señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2007, “que la habitación del hotel en la que alguien se halle hospedado tenga ese concepto (domicilio) es algo que no se discute por pacífico, en general, y tampoco en esta causa. Otra cosa es si ese tratamiento habría de mantenerse cuando, como es el caso, el huésped o huéspedes alojados en ella la habían abandonado tres días antes. Pero lo cierto es que la Guardia Civil, a tenor de lo actuado, tenía ya entonces las mejores razones para entender que ese abandono era definitivo. De este modo, su actuación no fue arbitraria, sino que estuvo bien fundada, puesto que ya no existía ocupación actual del cuarto en concepto de domicilio ocasional.

Y no merece esa consideración la simple permanencia en él de algunas pertenencias, realmente abandonadas allí tras una huída, al ser claro que ya no se producía ni iba a producirse ocupación personal de ese espacio, en el que, por tanto, no se ejercía ninguna clase de intimidad”.

9.- OTRAS LOCALIZACIONES:- Mantiene la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que cuando se trata de bares , cafeterías, "pub" y otros lugares de recreo y esparcimiento "abiertos al público", al no constituir "domicilio", no precisa de resolución judicial, ni por consiguiente, del oportuno mandamiento del Juez (Sentencias de 27 diciembre 1989, 19 junio y 5 y 24 octubre 1992, 1033/1993, de 10 mayo, 1403/1993, de 5 junio, 1775/1993, de 9 julio y 2021/1993, de 16 septiembre) ”, “salvo que exista, además de la parte destinada al público, otra reservada a morada de los titulares del negocio, en cuyo caso esta última y no la primera, tendrá la consideración de domicilio” (STS de 26 de diciembre de 2000). Así se ha pronunciado el Alto Tribunal, por ejemplo, respecto de una librería abierta al público (STS 7 abril 1995), el sótano de un bar (STS de 18 de junio de 1999) y, en general, la cocina de un bar, almacén de un bar, el cuarto adyacente a un bar, destinado a almacén, los trasteros, garajes, zaguanes, u otros locales donde no se desarrolle la vida privada o intimidad de las personas (STS de 18 de junio de 1999).

EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Al tratarse de una injerencia en un derecho fundamental, la ley y la jurisprudencia, al interpretar y aplicar ésta, se muestra sumamente exigente tanto al establecer los requisitos que legitiman tal intromisión como en el de instaurar un sistema de control de dichos requisitos, y no desde la óptica del respeto al derecho fundamental de que se trata (cuya vulneración podría constituir un ilícito civil), sino también desde al perspectiva del valor procesa y la eficacia que ha de anudarse a los resultados obtenidos con la diligencia de entrada y registro. En efecto, ha de recordarse la doctrina jurisprudencial sobre las garantías que han de observarse en los registros domiciliarios, en vista de que este derecho

fundamental, sólo cede ante una orden judicial que deberá cumplir determinados requisitos: así el juez deberá realizar un juicio racional sobre el hecho investigado, los indicios concurrentes, la proporcionalidad y necesidad de la medida, para tomar la decisión de dictar el auto, autorizándola o rechazándola. Este auto será siempre fundado (art. 248.2 LOPJ), remarcando esta necesidad de motivación la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 550 («en virtud de auto motivado») y 558 («el auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado»). Tal motivación servirá no solamente para exponer el juicio jurídico interno al que nos hemos referido, sino que servirá de contraste para apreciar su racionalidad, explicará las razones conducentes de la adopción de tal resolución judicial evitando la arbitrariedad en la toma de decisiones como ejercicio de poder público y servirá de control hacia instancias superiores revisoras de tal actuación. Si no se cumplen los requisitos enunciados no podrá ser tenido en cuenta el resultado de la intervención (regla de exclusión).

En efecto, la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la vulneración de derechos fundamentales ocurrida en el proceso, así como la reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo han configurado una doctrina clara y ya firme que delimita estrictamente los términos en que la injerencia del Estado en el ámbito del derecho individual puede ser tolerada sin resultar incompatible con el derecho constitucional a un proceso con las debidas garantías, más allá de los cuales, en consecuencia, queda sólo la invasión del derecho fundamental, y las pruebas que por tal medio se hubieran llegado a conseguir, habrían de ser consideradas como pruebas ilícitas, nulas y no susceptibles de tenerse en cuenta, de conformidad con lo ordenado por el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dice que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Lo contrario determinaría además la lesión del derecho a la presunción de inocencia, si las únicas pruebas de cargo tenidas en cuenta para considerar acreditada la participación en un delito fuesen aquéllas que se han declarado viciadas por la vulneración del derecho.

También se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que han de ser algo más que simples sospechas, esto es, han de ser sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (STC 202/2001, de 15 de octubre), pues tales precisiones son indispensables, habida cuenta que el juicio sobre la legitimidad constitucional de la medida exige verificar si la decisión judicial apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después si el juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad o imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público (STC 14/2001, de 29 de enero)).

El derecho a la inviolabilidad de domicilio obliga a respetar unas claras exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas, en este sentido los requisitos son tres: 1) judicialidad de la medida, ya que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad, mediante un auto motivado suficientemente y que, además, la establezca como medida temporal (artículo 579.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); 2) excepcionalidad de la medida, que no supone un medio normal de investigación, que debe efectuarse con carácter limitado y que debe aparecer como idónea, necesaria y subsidiaria y 3) proporcionalidad de la medida, de una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar (STS 1022/2002 de 21 de junio.).

Conforme a ello, se pueden establecer los siguientes requisitos o exigencias para que la entrada al domicilio de cualquier persona sin su consentimiento sea considerado constitucional y lícita a los efectos que venimos tratando:

A.- RESOLUCIÓN JUDICIAL MOTIVADA EN FORMA DE AUTO.- Para la validez constitucional de la entrada en un domicilio privado, fuera de los otros supuestos contemplados en la constitución, debe ser acordada por un Juez competente en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional – deben rechazarse las Diligencias Indeterminadas como cauce procesal al efecto -, nunca antes ni fuera de éste – y con una finalidad específica.

En nuestro Derecho no caben entradas y registros acordadas por autoridades de otro orden (excepción hecha de las atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa para ejecución de actos administrativos, cuya naturaleza se aleja de la que aquí analizamos), ni siquiera el Ministerio Fiscal (incluso en la Jurisdicción de Menores, en que asume la instrucción, dicho Ministerio debe solicitar la correspondiente autorización del Juez de menores correspondiente

Por todo ello y de conformidad con la doctrina constitucional consolidada, para que pueda considerarse adecuadamente fundamentado el auto de entrada y registro , es preciso que éste contenga la justificación judicial de los siguientes elementos:

a) Determinación expresa de las circunstancias espaciales (lugar en el que se debe de llevar a cabo la diligencia de entrada), temporales (fecha y hora en la que la entrada se debe producir) y, a ser posible, personales (de los propietarios u ocupantes de los domicilios). Ha declarado el Tribunal Supremo que “el auto que ordena la entrada y registro, debe ser fundado, pero no se exige que se identifique al particular que habita en el domicilio, sino el domicilio en el cual se debe hacer la diligencia (STS de 20 de mayo de 1996) y que “la identificación del lugar que va a ser registrado puede hacerse en función de la titularidad dominical o arrendaticia o bien mediante la localización de las señas o características de la habitación o vivienda” (STS de 6 de febrero de 1996).

Ahora bien, al reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2007 señala que “en cuanto a las deficiencias en la identificación del ahora recurrente y de su domicilio, las mismas han de reputarse de inoperantes dados los datos que, como vimos, recogía la solicitud policial y el auto, suficientemente descriptivos para la localización del domicilio sin márgenes de error. La diligencia de entrada y registro revela que se llevó a cabo en Vall d'Uixó, AVENIDA000 , núm.001 ., hallando en él a quien se identifica como Octavio , quien asistió a la diligencia sin objeción alguna. Por otra parte, esta Sala también ha proclamado STS de 6-2-1996, núm. 85/1996), que no existe vulneración de la inviolabilidad del domicilio, y que el auto en el que se recoge el mandamiento judicial es válido, aunque no identifique el nombre y apellidos del titular del domicilio, si establece con precisión cuál es la identificación topográfica del domicilio sobre el que recaían las sospechas. E igualmente ha declarado (STS de 19-9-1998, núm. 1069/1998) que el error respecto al titular del domicilio no puede por si solo transgredir el derecho fundamental de que se trata, constituyendo como máximo un defecto de tipo procesal, subsanable en el propio acto del registro al asistir al mismo el verdadero titular que presencié la forma y manera de ser llevado a cabo sin alegar tacha alguna de ilegalidad.”

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2009 señaló que mientras que por lo que se refiere a la ausencia de concreción de la fecha para la que se autorizaba la práctica de la entrada y registro a que también alude el Recurso, carece en absoluto de trascendencia en un supuesto como el presente en el que los funcionarios policiales actuaron de forma inmediata a esa autorización.

En cuanto al mandamiento, la Sentencia del Tribunal supremo de 28 de enero de 2009, al resolver el recurso que planteaba, como vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de nuestra Carta Magna) el hecho de consignarse en el mandamiento de entrada y registro una fecha distinta a aquella en que se practicó, mantuvo que tal supuesto “no es más que un mero error patente relacionado con la fecha del mandamiento judicial de entrada y

registro, en donde se consigna la fecha de 25 de mayo de 2005, siendo así que en la diligencia levantada por la Secretaria Judicial actuante, se hace constar que se practica siendo las 14:30 horas del día 24 de mayo de 2005. De ello deriva la recurrente que se habría allanado su domicilio sin mandamiento judicial habilitante. Pero no hay más que leer el contenido de tal diligencia para darse cuenta que se refiere a la orden judicial dictada en Diligencias Indeterminadas número 44/2005 abiertas por el Juzgado de Instrucción número 2 de Illescas (Toledo) en funciones de guardia que dictó el Auto de 25 de mayo de 2005 . Luego, y con independencia de que ha dicho esta Sala con reiteración que la entrada y registro debe autorizarse en el curso de unas diligencias previas o de un sumario ordinario, pero no en el seno de unas diligencias indeterminadas, lo que, sin embargo, tampoco pasa de ser una mera irregularidad procesal no afectante a derechos fundamentales, el error en la fecha es patente, la orden se dictó por juez competente, está debidamente motivada (aspecto éste no cuestionado) y fue practicado con regularidad procesal, en donde se hallaron una gran cantidad de sustancias estupefacientes, dinero, joyas, efectos y otros elementos indiciarios del tráfico de drogas, que analizaremos más adelante”

b) Expresión de la "noticia criminis", bastando la sospecha fundada de que se podría cometer o se está cometiendo un determinado delito; en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2007 señaló que “en cuanto a los indicios que justificarían la restricción del derecho fundamental de que se trata, han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona siendo necesaria una justificación que pueda considerarse mínimamente consistente desde un análisis objetivo. Tales indicios, pues, han de ser entendidos como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con el mismo la persona que va a resultar directamente afectada por la medida o bien respecto del domicilio que se pretende registrar aun cuando su titular pudiera ser otra persona

distinta del sospechoso. Han de ser objetivos en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido, se está cometiendo o se va a cometer el delito, y que en el domicilio afectado pueden encontrarse datos de interés para la investigación que puedan servir para el descubrimiento o la comprobación de aquél o de sus circunstancias”.

Por su parte, la Sentencia del Alto Tribunal de 21 de junio de 2007 señaló que: “En el caso, el oficio policial se refiere a una previa investigación policial sobre el domicilio de los recurrentes y sobre las actividades que se desarrollaban en él, de la que resultó, mediante las oportunas vigilancias, la comprobación de que acudía al inmueble un número considerable de personas sin motivo especial, interceptando a algunos de ellos que manifestaron acudir a proveerse de droga que suministran los ahora recurrentes, siéndoles incautada la droga recién adquirida. Incluso describen la mecánica mediante la cual se entrega la droga y se recibe el dinero. Asimismo, la Policía aporta datos documentados de anteriores actuaciones policiales que refuerzan las sospechas. Puede concluirse, por lo tanto, que en el momento en el que el Juez adopta la resolución de proceder a la entrada y registro en el referido domicilio, lo hace con apoyo en datos objetivos derivados del resultado de una investigación policial previa, que por su contenido resultan suficientes para constituir indicios relevantes acerca de la existencia de una actividad de venta de drogas por parte de los recurrentes”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004 establece que “en modo alguno puede aceptarse que la solicitud policial no aporte dato objetivo alguno sobre el que el Juez puede realizar un juicio crítico acerca de la racional probabilidad de que el investigado pudiera haber cometido o estar cometiendo hechos delictivos graves. Resulta manifiesto que tales datos, plurales y sólidos, se encuentran en el Oficio que sirve de fundamento a la solicitud del Auto de entrada y registro aunque una vez más hemos de reiterar que lo procesalmente ortodoxo es plasmar dichos elementos en la resolución judicial. Tampoco puede decirse que

la Policía se hubiera limitado a mencionar la declaración del Sr. José al Juez de Instrucción, sino que, partiendo de la misma, practicó las actividades precisas para identificar a la persona aludida por aquél y para verificar otros elementos de interés.

En estas circunstancias, el Auto del Juez autorizando la entrada y registro aparece debidamente justificado, sin que le sea exigible a la Autoridad judicial verificar la veracidad de los datos suministrados por la Policía como requisito previo al Auto habilitante, porque no existe una presunción de inveracidad de los informes policiales, y porque la práctica de diligencias judiciales para confirmar la realidad de los datos suministrados por los servicios policiales del Estado supondrán una notoria dilación incompatible con la urgencia que de ordinario requiere en esta clase de actuaciones.

En definitiva, los datos y elementos objetivos, concretos y diversos que sustentan la solicitud policial, que valora y pondera el Juez de Instrucción como fundamento de su resolución, que aparece objetiva y jurídicamente motivada según se constata en los folios 5 a 8 de las actuaciones, excluyen toda posibilidad de que el Auto habilitante haya quebrantado los derechos constitucionales del acusado ni las disposiciones procesales que regulan la materia en los artículos 545 y ss. L.E.Cr. “

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2009 señala al resolver el recurso en que se afirmaba la insuficiencia de motivación de la Resolución habilitante y la inexistencia de base probatoria para acordarla, que ambos aspectos están vinculados, puesto que el fundamento de la decisión del Instructor, por remisión a los informes recibidos de la policía que solicita la diligencia, se encuentra en una serie de datos tan relevantes y válidos para autorizar la injerencia en el derecho fundamental como la existencia de unas informaciones previas, relativas a la existencia de un punto de venta de droga ubicado en el domicilio ulteriormente allanado, seguidas de vigilancias que confirman la apariencia, al menos, de esa ilícita actividad en el lugar, ratificadas

por la intervención de sustancias de tráfico prohibido en poder de hasta cuatro personas, ajenas a la vecindad, que salían de la expresada vivienda. Elementos que, sin duda, han de ser considerados bastantes para la adopción de la diligencia, por otra parte proporcionada a la gravedad del delito investigado y necesaria para el esclarecimiento de éste. Ha de recordarse que no se exige para esa autorización la existencia de pruebas previas de la comisión del ilícito, pues en ese caso la propia diligencia devendría ya innecesaria precisamente por esa misma existencia probatoria, sino la de sospechas fundadas o indicios realmente racionales, como aquellos de los que en el presente caso se disponía.

c) La justificación de la idoneidad y la necesidad de la medida en relación con el fin perseguido en la investigación;

d) La expresión, en su caso, de las sospechas que justifican que se puedan encontrar pruebas o que la no práctica de la diligencia de entrada pueda dificultar la obtención de pruebas por mecanismos menos onerosos para los derechos constitucionales;

e) La expresión del riesgo real de otros bienes constitucionales que puedan resultar dañados en caso de no producirse la entrada y

f) La proporcionalidad de la medida en relación con las personas objeto de investigación, es decir la relación de conexión entre las personas afectadas por la medida de entrada en el domicilio y la investigación del delito.

Consecuencia con lo anterior, un auto judicial que no reúna una motivación suficiente en la que se exterioricen, de forma más o menos extensa, las circunstancias señaladas, no cumpliría las exigencias constitucionales para la validez de la limitación acordada del derecho fundamental, y por ello carecería de validez al estar viciado dicho auto de nulidad. No obstante, hay que tener en cuenta que la propia jurisprudencia constitucional ha admitido la motivación por remisión al oficio de las fuerzas del orden público en el que se solicita la medida de entrada y registro . Dicha posibilidad se admite en ciertos casos, y según las

circunstancias, en particular si ya hay una instrucción judicial en marcha, en el sentido de que sea posible complementar algunos de los extremos del mandamiento de entrada y registro con los detalles que se hagan constar en el oficio policial solicitando la medida, incluso asumiendo las razones expuestas en éste (STC 49/1999, de 5 de abril, 139/1999, de 22 de julio). Cuando el órgano judicial no obra por propio impulso, estas últimas razones o motivos han de exteriorizarse en la solicitud, de tal modo que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito, a la que hemos añadido la nota de "ser accesibles a terceros", en el sentido de expresar que el conocimiento de los hechos, el sustento de la sospecha en sí tiene procedencia y existencia ajena a los propios policías que solicitan la medida (STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8). Esta posibilidad de motivación por remisión también es aceptada por el Tribunal Supremo, tal como se señala en la STS (2ª) de 18 de mayo de 2005

2.- HA DE GUARDAR EL REQUISITO DE ESPECIALIDAD, circunscribiéndose a la conducta delictiva concreta que se quiere investigar, sin que quepa en forma alguna autorizar una entrada y registro para determinar genéricamente las actividades o comportamientos de una determinada persona ni para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada cualesquiera actos delictivos. La duda a despejar es, en definitiva, si debe otorgarse verdadero valor probatorio a un resultado inesperado del registro o si, por el contrario, la circunstancia de que tal hallazgo no se correspondiera con la finalidad originaria de la diligencia, que sirvió para el otorgamiento de la autorización judicial, le ha de privar de eficacia acreditativa en relación con el delito casualmente así descubierto.

Ya la STS de 1 de diciembre de 1995 vino a recoger la disparidad de criterios jurisprudenciales que hubo en su momento, siendo entonces el mayoritario el que expone que "la necesidad de que el mandamiento judicial exprese de manera concreta el delito a los delitos que se están investigando cuando se autoriza el registro, con las consecuencias que se pueden originar si el

acta sólo fue positiva respecto de otras infracciones en aquél no comprendidas, ha sido tema debatido por una doctrina no unánime en la Sala Segunda. Si las Sentencias de 21 de enero de 1994 o de 8 de octubre de 1992 indicaron la nulidad del registro cuando el resultado obtenido no se correspondía con la estricta autorización concedida, a salvo que el Juez previo conocimiento de lo acontecido ampliará los términos del mandamiento o consintiera lo pertinente, otras resoluciones mayoritariamente estiman la validez de las pruebas obtenidas durante el registro aunque se tratase de delitos no comprendidos en el mandamiento, obviamente si tal obtención se ajustó por lo demás a las exigencias y prevenciones legales y constitucionales (ver las Sentencias de 28 de abril de 1995, 4 de octubre, 28 y 18 de febrero de 1994, 7 de junio de 1993)".

El Tribunal Supremo viene sentando una doctrina, plenamente consolidada, en la que podemos destacar, entre varias otras, la STS de 22 de marzo de 1999, y en la que, resumiendo anteriores argumentos, se afirma que: «Es cierto que esta Sala, trasladando su doctrina sobre las escuchas telefónicas a la entrada y registro, resolvió algunos supuestos bajo un denominado principio de especialidad, concepto, a su vez, trasladado de la extradición. La jurisprudencia más reciente abandona dicha interpretación jurisprudencial destacando las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintos (cfr. SSTS 28-4-1995 y 7-6-1997).

En esta última Sentencia ya se señaló que si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia por lo que producida tal situación la inmediata

recogida de las mismas no es sino consecuencia de la norma general contenida en el art. 286 de la Ley Procesal .

En igual sentido, la STS 1149/1997, de 26 de septiembre que, referida a un encuentro casual de efectos constitutivos de un delito distinto del que fue objeto de la injerencia, admite su validez siempre que se observen los requisitos de proporcionalidad y que la autorización y práctica se ajusten a los requisitos y exigencias legales y constitucionales. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se recoge un idéntico tratamiento con relación al hallazgo casual . Así, la STC 41/1998, de 24 de febrero, afirma que "... el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuvieren conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia".

En parecida línea, entre otras y además de las Resoluciones mencionadas en la anterior, la STS de 1 de febrero de 1999, que afirma: «...el hallazgo de elementos o datos directos o indiciarios de la comisión de un delito distinto del que dio lugar a la iniciación de las investigaciones, la doctrina más reciente de esta Sala viene estableciendo, en lo que respecta a los descubrimientos casuales de pruebas de otro delito distinto del inicialmente investigado, la posibilidad de su validez y de la adjudicación de valor probatorio a los elementos encontrados, siempre que se cumpla con el principio de proporcionalidad y que la autorización y la práctica del registro se ajuste a las exigencias y previsiones legales y constitucionales.

El valor probatorio del denominado «hallazgo casual » debe, una vez más ratificarse. Y ello pues, reiterando anteriores razonamientos, ha de afirmarse una vez más que:

a) Lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, cualquiera que fuere, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento

domiciliario legal, en el momento en el que éste se lleva a cabo, con la entrada de los funcionarios en la vivienda objeto de la pesquisa.

b) Una vez cumplido tal requisito esencial, a partir de ese momento, la actuación policial discurre en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal, durante su transcurso íntegro.

c) Por ello, cualquier hallazgo que, en tales circunstancias, se produzca no puede ser tachado de irregular vista la legalidad en la que la diligencia discurre.

d) Si a ello se une, además, la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la diligencia adquiere una imprescindible cobertura.

e) Tan sólo si se advirtiera que todo ello pueda responder, en realidad, a un designio intencionado de los funcionarios solicitantes del registro que fraudulentamente hubieren ocultado al Juez autorizante, por las razones que fueren, el verdadero motivo de su investigación, la violación del domicilio habría de ser considerada nula. Así la STC de 6 de mayo de 2004 señaló que “, no ofreciendo la demanda de amparo razón o indicio alguno que pueda llevar a pensar que los funcionarios policiales actuaran burlando las garantías constitucionales de los derechos fundamentales afectados por su actuación hay que concluir, con el Fiscal, que aun cuando el auto ampliatorio hubiera estado viciado de nulidad por falta de motivación, lo que no es el caso, en ningún caso podría afectar a lo hallado casualmente durante la realización del registro inicial, amparado en un auto distinto que no ha sido impugnado. Sólo si la obtención de esos efectos se hubiera producido en fraude de las garantías constitucionales del derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo que tampoco es el caso, hubiera cabido cuestionar su posterior utilización como medio de prueba en el proceso.”

Por consiguiente, el hecho de hallar, en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la

práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de ostentar pleno valor probatorio.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2007 distingue un cambio o novación del objetivo inicial del acto de entrada y registro y una ampliación o adición al mismo, consecuencia de la prueba casualmente descubierta en una investigación judicial legítima, al contemplar el supuesto de que determinada droga y armas son hallados casualmente (hallazgo casual) al ejecutar el mandamiento de entrada y registro dentro de un proceso por delito fiscal y, tan pronto se advirtió su existencia, se suspendió la diligencia que se practicaba para dar cuenta al juez instructor que dictó en el mismo día un auto ampliatorio del objeto de la investigación, debidamente fundado . Su regularidad formal también estaría reforzada por la flagrancia del delito (art. 553) o también acudiendo a la regla de la conexidad a que se refieren los arts. 17.5 y 300 L.E.Cr teniendo en cuenta que no estaríamos ante un cambio o novación del objetivo inicial del acto de entrada y registro, sino ante una ampliación o adición al mismo, consecuencia de la prueba casualmente descubierta en una investigación judicial legítima

3.- HA DE CUMPLIR EL REQUISITO DE PROPORCIONALIDAD, que el Tribunal Supremo, define como la necesidad de que la medida se adopte en caso de delitos graves en los que por las circunstancias que concurran y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen su adopción. Nuestro ordenamiento, a deferencia de lo que ocurre en otros cercanos no establece expresamente este requisito, pero el Tribunal Supremo y el Constitucional concluyen que sólo los delitos graves deben dar lugar a una autorización judicial de entrada y registro, si bien no concretan cuales serían los mismos. Algún sector doctrinal entiende aplicable la relación de infracciones delictivas contenidas en el artículo 282. bis 4 para la autorización de la figura denominada “agente encubierto” como equivalencia de supuestos para la autorización judicial de la

entrada en un domicilio, y otro a la pena que artículo 503 exige para la prisión provisional. También se hace referencia a la posibilidad de delitos socialmente sensibles, como los cometidos por funcionarios públicos

4.- HA DE GUARDAR LA EXIGENCIA DE EXCEPCIONALIDAD O SUBSIDIARIEDAD, que supone que la medida sólo puede adoptarse cuando no exista otro medio posible o razonable de investigación del delito. Como ha señalado en Tribunal Supremo , de la nota de excepcionalidad se deriva que la entrada y registro no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria. Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial -normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas-, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, la entrada y registro, por ello la nota de la excepcionalidad , se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional .

Sólo cabe limitar el derecho fundamental si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de su utilidad, como de su insustituibilidad, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales (teoría del éxito razonable) o bien éstos se pueden lograr por otros medios menos graves, el principio de excepcionalidad quedaría afectado y con ello la regularidad constitucional de la injerencia.

Los anteriores pueden entenderse como requisitos o presupuestos de legalidad constitucional, existiendo otros requisitos para la realización plenamente correcta del registro, pero que ostentan una relevancia meramente procesal, en orden a la ulterior eficacia como elementos probatorios de los resultados obtenidos

con dicha diligencia, no afectando sin embargo al ámbito constitucional del derecho restringido (la hora y forma en que se lleve a cabo el registro, personas que se encontraren presentes, notificación, etc.) y sí a la introducción del resultado del registro como prueba preconstituida en el proceso y no a su obtención, por lo que su repercusión tan sólo debe proyectarse sobre la posibilidad de utilización de esas pruebas como elementos de cargo sometidos a la valoración del Juzgador. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 2006, recogida pro la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2007 afirma que constituye ya reiterada doctrina de aquél que, una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen se mueven siempre en el plano de la legalidad ordinaria, por lo que el incumplimiento de las previsiones de la Ley de enjuiciamiento criminal no afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), «para entrar en el cual basta la orden judicial (SSTC 290/1994 y 309/1994; AATC 349/1988, 184/1993, 223/1994), ni tampoco a la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE) en sus diferentes facetas», sino en su caso a la «validez y eficacia de los medios de prueba» (SSTC 133/1995, de 25 de septiembre, F. 4 ; 94/1999, de 31 de mayo, F. 3; 171/1999, de 27 de septiembre, F. 11).

Como mantiene el Tribunal Supremo cuando de verdaderas infracciones constitucionales se trate, con relación al derecho fundamental..., acarrearán, sin duda, la nulidad absoluta de sus resultados como prueba..., e incluso la eventual contaminación invalidante de las otras pruebas derivadas directamente de esta irregular fuente principal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por su parte, si las infracciones cometidas tuvieren un mero carácter procesal, la consecuencia alcanzará tan sólo al valor probatorio de los productos..., pero manteniendo aún su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ella derivadas.

INTERVENCIÓN DEL INTERESADO EN LA DILIGENCIA

De conformidad con el artículo 569 de la LECrim que “el registro se hará a presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente”.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de de 27 de enero de 2009 al resolver el motivo que denunciaba la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa que considera producida en cuanto que los dos recurrentes no estuvieron presentes en los tres registros efectuados, pese a lo cual se les imputa como propia la droga encontrada en cada uno de ellos, sosteniendo, por tanto, que el registro se practicó sin la presencia del interesado, señaló que la jurisprudencia, aunque existan algunas resoluciones de sentido diferente, ha entendido en numerosas ocasiones que el interesado al que se refiere el artículo 569 de la LECrim es el titular del derecho a la intimidad afectado por la ejecución de la diligencia de entrada y registro, y que en caso de ser varios los moradores del mismo domicilio es bastante la presencia de uno de ellos siempre que no existan intereses contrapuestos con los de los demás moradores. Así se desprende de la STC 22/2003, aunque se tratara en ese caso de la validez del consentimiento prestado por uno de ellos. Naturalmente esta consideración se hace sin perjuicio de que el imputado, o imputados vean afectado su derecho a la contradicción si el registro se efectúa sin su presencia y su resultado es después utilizado como prueba de cargo. En este sentido, en la STS núm. 154/2008, de 8 de abril, se decía que el artículo 569 de la LECrim "dispone que el registro se hará a presencia del interesado. Desde el punto de vista del derecho a la intimidad, del que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es una expresión, el interesado es el titular de aquél, pues es precisamente la persona cuya intimidad se ve afectada. Es a este interesado a quien se refiere el precepto exigiendo su presencia como condición de validez de la diligencia. Al mismo que se refiere el artículo 550, como la persona que deberá prestar el consentimiento, pues resultaría insostenible que pudiera practicarse válidamente el registro de un domicilio con el consentimiento del imputado no morador de aquel; o el artículo 552, en cuanto el registro debe

hacerse procurando no importunar ni perjudicar al interesado; o el artículo 570, en cuanto es el interesado quien debe ser requerido para que permita la continuación del registro durante la noche. Así lo han entendido algunas sentencias, como la STS núm. 1108/2005, de 22 de septiembre, citada por la STS núm. 1009/2006, de 18 de octubre. De no ser así, es decir, si, siendo posible, no está presente el interesado, la diligencia será nula, impidiendo la valoración de su resultado, que solo podrá acreditarse mediante pruebas independientes, en cuanto totalmente desvinculadas de la primera. Si, por lo tanto, de lo que se trata es de salvaguardar la intimidad, cuando existan varios moradores, estando uno o varios de ellos imputados, y siempre que no se presenten conflictos de intereses entre ellos, bastará con la presencia de alguno (STS núm. 698/2002, de 17 de abril) para afirmar que la actuación se mantiene dentro de la legalidad. En caso de imposibilidad de traslado del detenido, de ausencia o negativa del titular del domicilio, se procederá como prevé el citado artículo 569. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho a la contradicción, o del principio de contradicción, en la medida en que está vigente en la fase de instrucción, interesado es también el imputado. Pero su ausencia en la práctica de la diligencia no determina la nulidad de la misma, sino que impide que pueda ser valorada como prueba preconstituida por déficit de contradicción. Es decir, no será suficiente para valorar el resultado de la entrada y registro el examen o lectura del acta de la diligencia, sino que será preciso que comparezcan en el juicio oral a prestar declaración sobre ese particular los agentes u otras personas que hayan presenciado su práctica. Cuando se trata de un imputado en situación de privación de libertad, que además es titular del domicilio, sus derechos quedan afectados en dos aspectos. De un lado, su derecho a la intimidad, respecto del cual sería ineludible su presencia, siendo nula la diligencia en otro caso, salvo que existan otros moradores, imputados o no, pues en ese caso sería bastante con la presencia de alguno de ellos (STS núm. 352/2006, de 15 de marzo), siempre que, como se ha dicho, no existan entre ellos conflictos de intereses. Y de otro lado, su derecho a la contradicción, de forma que su ausencia determina la imposibilidad de valorar el resultado de la prueba tal como resulta del acta, siendo precisa la presencia de

testigos para acreditar el resultado, pudiendo estar entre ellos los agentes que presenciaron la diligencia (STS núm. 1108/2005, de 22 de septiembre)".

En este mismo sentido, respecto de la necesidad de practicar prueba sobre el resultado del registro a efectos de respetar el principio de contradicción cuando el imputado no haya estado presente en la práctica de la diligencia, se dice en la STC núm. 219/2006 que "Por lo que se refiere a los efectos que la denunciada ausencia puede tener respecto de la eficacia probatoria de lo hallado en el registro, hemos afirmado que aunque ciertas irregularidades procesales en la ejecución de un registro, como la preceptiva presencia del interesado, puedan determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 12; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 6)".

Aún así, es importante destacar dos importantes cuestiones:

1.- La presencia del interesado no puede ser exigida cuando resulta físicamente imposible o muy difícil y se corre el riesgo de frustrar la investigación: "la presencia del interesado no es exigible cuando motivos de fuerza mayor hagan imposible o muy difícil su presencia. En este caso, el interesado estaba detenido en territorio peninsular y la diligencia fue practicada en Ceuta" (STS de 19 de junio de 1999); "no cabe exigir la presencia física del ahora recurrente en la diligencia, porque se hallaba detenido en Gijón, a centenares de kilómetros de distancia, y en tales casos su ausencia es razonable ante el riesgo de que el retraso permita la ocultación o destrucción de eventuales pruebas" (STS de 19 de marzo de 2001) En el mismo sentido, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2009, al resolver el recurso que alegaba la infracción de los derechos a un proceso con garantías y de defensa (art. 24) por la circunstancia de que el

morador de la vivienda registrada no estuviera presente en la práctica de la diligencia, que no asistía razón a los recurrentes,” toda vez que no sólo se encontraba en el lugar uno de ellos,, sino que éste se negó a facilitar la identidad del morador, el cual en ese momento, además de no identificado tampoco se encontraba localizado, en el propio transcurso de la diligencia hizo su aparición a retirar una cazadora que allí había abandonado, como los propios hechos probados relatan. Lo que, como decimos, evidencia la imposibilidad de realización y la inexactitud de los argumentos aducidos en apoyo de la pretensión de quienes ahora recurren.”

2.- Por otro lado, tampoco es exigible la presencia del interesado en todos los momentos y dependencias en que se practica el registro, especialmente si no es físicamente posible: Basta con que el interesado se encuentre en el lugar y asista al registro (STS de 23 de septiembre de 1997).

Especial importancia tiene determinar el alcance del requisito de la presencia de Letrado en el registro. Así es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la innecesariedad de la presencia de letrado del detenido en la práctica de la diligencia de entrada y registro, al encontrarse presente el propio interesado y la comisión judicial. Así establece el ATS de 30 de noviembre de 2006 que en lo que se refiere a la ausencia del letrado del detenido en la diligencia de entrada y registro , esta Sala, en reiteradas ocasiones (por todas, sentencia de 17 de abril de 2002) ha establecido que "el artículo 520 de la Ley Procesal Penal, que regula la asistencia letrada al detenido, exige la asistencia de Letrado en las diligencias de carácter personal, como reconocimientos de identidad y declaraciones del detenido, sin referencia alguna a la entrada y registro para la que sí se exige la presencia del interesado...". la intervención del Letrado en los registros domiciliarios, no es exigida, ni por el artículo 17.3 de la CE, ni por los Pactos Internacionales suscritos por España. La no asistencia de letrado a una diligencia practicada, incluso cuando aún no se le había imputado delito alguno, no constituye una infracción al derecho a un proceso con todas las garantías” (STS

de 19 de septiembre de 2000, ratificada por la de 16 de mayo de 2003). Otra cosa es que resulte aconsejable cuando se trate de personas detenidas por tal causa, si no perjudica la investigación, de cara .sobre todo a preservar la contradicción y la ulterior valoración de la prueba preconstituida

En todo caso, hemos de insistir con la sentencia del Tribunal Constitucional sentencia 171/1999 de 27 de septiembre, de la que hace aflicción la del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2007, en que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria, pues “una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurrir quienes lo hacen, se mueven siempre en otra dimensión, el plano de la legalidad”, así como que “a idéntica conclusión y sobre la base de idénticos fundamentos, ha de llegarse en relación con la ausencia del demandante de amparo en el registro de su domicilio, pues también en este caso, en el que según queda dicho no se vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el resultado del mismo se incorporó al proceso mediante las declaraciones de los policías que lo llevaron a cabo, durante el juicio oral con todas las garantías necesarias para salvaguardar los derechos de defensa del recurrente de amparo

INTERVENCIÓN DEL SECRETARIO JUDICIAL

El artículo 569 de la LECrim proclama que “el registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya”. Ha destacado la doctrina científica que la presencia del Secretario judicial tiene una triple finalidad: como garantía de legalidad, asegura el cumplimiento de los requisitos legales; como garantía de autenticidad, se robustece de certeza lo ocurrido en el registro, y se garantiza la realidad de los hallazgos descubiertos, y como garantía judicial , en la medida que el Secretario forma parte integrante del órgano jurisdiccional

autorizante de la diligencia, se garantiza que la intromisión al derecho fundamental se realizó dentro de los límites dispuestos en la resolución judicial .

La presencia del Secretario Judicial es, en realidad, un requisito de legalidad ordinaria y no de validez constitucional, con las consecuencias inherentes a ello. Así, es doctrina jurisprudencial consolidada de la Sala Segunda del TS que, la diligencia de registro, realizada en virtud de autorización dictada por juez de instrucción competente, pero sin la presencia de secretario judicial, pese a constituir una irregularidad procesal, no vulnera ningún derecho fundamental (STS de 31 de diciembre de 2002), con la consecuencia de que “será posible probar el resultado del registro por otros medios de prueba (STS de 16 de septiembre de 1998).

Ahora bien, la reciente sentencia de 17 de noviembre de 2008, resolvió la cuestión referida cuyo antecedente consistió que la Audiencia había entendido que de una parte, que esa ausencia del Secretario Judicial no sería obstáculo para que pudiera hacerse constar por otra vía el resultado de la actuación y que éste fuera valorable como prueba; y, además, que los funcionarios que lo practicaron acudieron al juicio para dar cuenta de lo hallado en el curso de tal diligencia señalando que el art. 569,4 Lecrim prescribe de manera imperativa esta presencia, con una clara finalidad, la consistente en dar constancia fiable del resultado de una intervención, sin duda relevante para el curso de la causa, y a efectos de una posible imputación. Vistos los términos legales y la naturaleza de la garantía es exigible la máxima claridad en lo relativo a su prestación, sobre la que no tendría que existir el más mínimo asomo de duda. Esto es, la presencia del funcionario garante debería resultar acreditada por el propio acta de constancia, por figurar en él de manera expresa.... Y no cabe aceptar que la falta de ésta pueda suplirse con la mera declaración de los agentes en el acto del juicio. Porque, ciertamente, así se entendió en jurisprudencia de esta sala que cita el que recurre. Y por el argumento de que admitir semejante posibilidad, esto es, que quienes se hallan implicados en un probable incumplimiento, pudieran conferir, retroactivamente, marchamo de legalidad a la actuación razonablemente sospechosa de

irregularidad, con un mero acto declarativo, supondría tanto como convertir en facultativo o discrecional lo que la Ley de E . Criminal prescribe de manera incondicionada.

Siendo así, se impone, pues, la conclusión de que el registro en cuestión se llevó a cabo sin presencia del secretario, lo que invalida el acta relativa al mismo; y también, por lo que acaba de exponerse, acarrea la inatendibilidad de la testifical de cargo de los propios funcionarios sobre tal aspecto concreto”

El Auto, por otro lado, ha de hacer constar el Funcionario de policía en que expresamente delegue el Juez, si éste no interviene personalmente en el registro, si bien se ha entendido que esta exigencia no afecta a la inviolabilidad del domicilio, es cuestión de mera regularidad y no es preciso que conste nominalmente. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de seis de marzo de 2007 entiende que “la precisión exigida por el art. 558 LECrim, no llega al extremo de que tenga que individualizarse al miembro o miembros de la policía que deban ejecutar de forma exclusiva o excluyente la diligencia”, estimando bastante que el instructor policial solicitante de la medida sea el mismo al que se notificó el mandamiento a través de la diligencia del fedatario judicial, en la que se citaba su número, además de expresar el “cuerpo policial autorizado”, entendiendo que “existió suficiente identificación del miembro policial al que se ordenaba la práctica de la diligencia, sin que tal forma indirecta de designarlo restara garantía alguna al registro realizado”.