

# ACTUALIDAD DE LA ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO DE UN PARTICULAR

JOSE MANUEL MAZA MARTIN

Magistrado  
Abogado-Fiscal (excte.)  
Diplomado en Criminología

## ANTECEDENTES LEGALES

El párrafo cuarto del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción anterior a la reciente Reforma operada por la Ley 10/92, de 30 de abril, de "Medidas urgentes de Reforma Procesal", disponía, para los supuestos de entradas y registros que se hubieren de hacer en el domicilio de un particular (artículo 566 Ley de Enjuiciamiento Criminal), "**El registro se practicará siempre a presencia del Secretario y dos testigos... ..extendiéndose acta que firmarán todos los concurrentes.**"

Tal presencia en dicha diligencia de quien ostenta la fe pública judicial, inexcusable según el propio tenor literal de la norma citada, venía a complementar los restantes requisitos que nuestra venerable y nunca suficientemente ponderada Ley de Procedimiento Penal enumeraba, para la plena protección y garantía de los derechos del morador del domicilio registrado y salvaguarda de la realización ortodoxa del acto, cuyo resultado, como vemos, había de ser consignado en acta por el fedatario y suscrito por todos los presentes.

Otras exigencias legales en este sentido, previstas en la Ley, serían las referentes al **consentimiento** del interesado (artículos 545 y 550, Ley de Enjuiciamiento Criminal), la **presencia** de éste en la práctica de la diligencia (artículo 569, párrafo 1.º) y la de los **dos testigos** a que alude el meritado artículo 569, párrafo 4.º.

El propio Texto legal prevé, asimismo, supuestos de sustitución de tales requisitos, de modo que:

- La falta de consentimiento expreso del interesado, cualquiera que fuere la causa, podrá ser sustituida, tanto por los actos positivos de éste a que se refiere el artículo 551, posibilitando que la diligencia se lleve a efecto, lo que realmente no constituiría sino un supuesto de consentimiento tácito del morador, como por Auto motivado dictado por Autoridad Judicial competente, con los requisitos enunciados en el artículo 558 y notificado en la forma prevista en el 550 de la misma Ley.
- Por su parte, la ausencia de la persona del interesado en el registro se suplirá con la de la persona que “legítimamente le represente”, en segundo lugar, mediante la de un individuo de su familia mayor de edad, o, en último caso, la de dos vecinos, que actúan como testigos, por supuesto distintos de aquellos otros dos a que hace referencia el párrafo 4.º de ese mismo precepto que al principio de estas líneas citamos en su literalidad (artículo 569, párrafos 1 a 3, Ley de Enjuiciamiento Criminal).

De otro lado, las aparentemente pacíficas posibilidades de sustitución del Secretario Judicial por Oficial de la Administración de Justicia debidamente habilitado para ello, así como la supuesta imposibilidad de omisión de los testigos a que hace referencia el tan repetido párrafo 4.º del artículo 569, son cuestiones de más profundo interés del que a primera vista pueda parecer y tendremos ocasión de hablar sobre ellas más adelante.

Excepción sustancial a toda la regulación garantista anterior, obviamente justificada por razones prácticas de orden superior y limitada rigidamente en su aplicación por su mismo carácter de excepcionalidad, es la contenida en el artículo 553 cuando decía, antes de ser rectificado su texto por el artículo de la denominada “Ley Corcuera” (Ley Orgánica 1/92) de la que luego también nos ocuparemos en extenso, **“Los Agentes de Policía podrán asimismo proceder de propia autoridad al registro de un lugar habitado cuando haya mandamiento de prisión contra una persona y traten de llevar a efecto su captura, cuando un individuo sea sorprendido en flagrante delito, o cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los agentes de la Autoridad, se oculte o refugie en alguna casa”**.

Conviene también recordar, antes de hacer mención de ciertos aspectos de interés a nuestro

estudio contenidos en la propia Constitución Española y como colofón a este repaso introductorio y no exhaustivo de la regulación legal ordinaria que sobre la entrada y registro domiciliarios recoge la Ley de Ritos Penal, que por domicilio, a los efectos analizados y al margen de los excepcionales supuestos de los Palacios Reales y los buques nacionales mercantes que se le asimilan en los números 1.º y 3.º del artículo 554, hay que entender **“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”** (artículo 554 2.º, Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La Constitución de 1978 en su artículo 18.2 proclama que **“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”**. Lo que no viene sino a ser corolario del párrafo 1 de ese mismo artículo cuando garantiza el derecho **“a la intimidad personal y familiar”**.

En idéntico sentido:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948) afirma: 12.—“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, **su domicilio** o su correspondencia... Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias...”
- El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) recoge: 8.1.—“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de **su domicilio** y de su correspondencia. 2.—No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, **la defensa del orden y la prevención del delito**, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”
- El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), a su vez, incluye: 17.1.—“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o

illegales en su vida privada, su familia, **su domicilio** o su correspondencia... ..  
 2.—Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias...”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 26 de marzo de 1985, añadía que en supuestos de violación de domicilio “Se trata de un caso en el que están en cuestión valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada. **Sólo la legislación penal puede asegurar en este campo, donde es necesaria una acción eficaz**”.

Así, en nuestro Ordenamiento, la protección de la inviolabilidad del domicilio se completa de modo concluyente con la sanción prevista en el Código Penal, tanto para el allanamiento de morada cuando la infracción se comete por particular (artículo 490), como, a los efectos que aquí realmente nos interesan, para el supuesto en que **“El funcionario público que, no siendo autoridad judicial, entrare en el domicilio de un súbdito español sin su consentimiento, fuera de los casos permitidos por las leyes”**, así como también **“El funcionario público que, no siendo autoridad judicial, y fuera de los casos permitidos por las Leyes, registrare los papeles de un súbdito español y los efectos que se hallaren en su domicilio a no ser que el dueño hubiere prestado su consentimiento”**.

Por último, para finalizar ya esta introducción de citas legales, por el enorme interés que más adelante advertiremos va a tener en el objeto de nuestro análisis, conviene recordar que en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, junto con otros pronunciamientos, se incorpora el derecho que todos tienen a un proceso judicial **“con todas las garantías”**. En tanto que la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales” (artículo 11.1 “in fine”).

Hasta aquí el fárrago de las referencias textuales a la Ley. Aridez que esperamos sepa disculparnos el conocedor de esta materia por lo que pueda servirle de recordatorio y compendio, en tanto que para el menos experto sea introducción obligada y punto de referencia preliminar para abordar la cuestión de nuestro interés.

## PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

La importancia de la diligencia de entrada y registro, en el orden procesal, y concretamente en el enjuiciamiento de delitos como los de tráfico de sustancias estupefacientes, no requiere quizá ser recordada; pues la experiencia diaria de la actividad policial y ulteriormente judicial en la represión de este tipo de infracciones contra la salud pública lo demuestra.

No obstante, como hemos visto, la investigación de la supuesta comisión de delitos en el interior de una morada entra automáticamente en conflicto con derecho tan ampliamente protegido como la inviolabilidad del domicilio. Es por ello que quizá forzosamente habrían de presentarse dudas interpretativas y problemas de orden legal y judicial en esta materia.

Pero lo cierto es que en el plazo de unos pocos meses, como vamos a tener ocasión de ver, la cuestión de la entrada y registro domiciliario ha venido a convertirse en un auténtico “caballo de batalla” de la actuación legislativa, la práctica forense y la actividad policial. Y todo ello con un ritmo tan frenético y distorsionado, que ha supuesto un paréntesis, ojalá ya cerrado, en el ambiente propicio a la situación de seguridad jurídica imprescindible para el imperio auténtico del Derecho y muy en especial en el terreno propio del Derecho Penal.

Tendremos seguidamente oportunidad de analizar las oscilaciones jurisprudenciales y las drásticas reformas legislativas, pero lo que no podemos olvidar, como primer aspecto que nos interesa extraordinariamente que el lector retenga, es que en la entrada y registro domiciliario, a la hora de repasar los requisitos legales ya vistos para su práctica, unos de ellos claramente se refieren al aspecto de la legalidad de la violación de la intimidad domiciliaria y otros a exigencias de carácter estrictamente procesal con reflejo directo en el valor probatorio de tal diligencia.

Entre los primeros de esos requisitos se encontraría la necesidad de consentimiento del morador o sus sustitutos y entre los segundos la presencia del Secretario judicial y el valor que, en ausencia de éste, pudiera darse a la intervención en el Juicio Oral de testigos de lo actuado.

Pues bien, la polémica cronológicamente se desata, de manera perfectamente diferenciada en principio, cuando se inician los comentarios en torno a un Proyecto de Ley que, sobre la base de unos supuestos aspectos de ineficacia en la actuación policial, debida a la necesaria

intervención judicial para la autorización de las entradas y registros con ocasión de las operaciones represivas del tráfico de estupefacientes, parece decantarse por una mayor permisividad para que las fuerzas policiales penetren en los domicilios sin una sujeción tan estricta a la autorización judicial. Se trata de la llamada "ley Corcuera", que tantos ríos de tinta ha hecho correr y a cuyo examen, en este concreto extremo, dedicaremos gran parte del apartado IV de estas líneas.

Pero, casi simultáneamente con lo anterior, nuestro más Alto Tribunal introduce un giro importantísimo en su doctrina sostenida en esta materia hasta esa fecha y comienza a mostrarse mucho más riguroso con el cumplimiento de los requisitos de carácter estrictamente procesal de las entradas y registros, dotando especialmente al hecho de la obligada presencia del Secretario Judicial de una significación trascendental. De modo y manera que podemos afirmar que, en tanto que la dinámica legislativa se ponía en marcha hacia una desjudicialización parcial de las entradas y registros, la jurisprudencial se dirigía a un mayor rigor en la exigencia de los requisitos procesales.

Esa indudable divergencia interpretativa se manifestaba, a su vez, como no podía ser de otro modo, en el terreno propio de cada Poder. El Legislativo intentando validar ciertas actuaciones policiales que no cumplieran los antiguos requisitos establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Judicial negando valor probatorio en Juicio a las diligencias practicadas sin todos aquellos requisitos.

La cuestión así planteada se torna prácticamente diabólica, en especial para la Policía Judicial que ha de actuar en estos concretos casos y para los Tribunales de Justicia que hayan de valorar como medio probatorio tales entradas y registros. Máxime cuando, como sabemos, la elevada entidad de la pena aplicable a estos supuestos delitos en gran número de ocasiones conlleva pronunciamiento comprometido sobre la prisión preventiva de los presuntos implicados, lo que, no nos engañemos, durante estos meses de indeterminación legal y jurisprudencial, ha ocasionado considerable tensión en las decisiones de los órganos jurisdiccionales competentes.

No obstante todo lo anterior, conviene que nuevamente recordemos la necesidad de retener una idea capital: una cosa es el respeto y consiguiente protección de la inviolabilidad del domicilio y otra bien distinta los requisitos y la forma exigible para que la diligencia de

entrada y registro adquiera plena validez probatoria en el Acto del Juicio.

De esta manera encubierta se ha generado en la práctica del Derecho Penal en un mismo instante histórico una situación de conflicto grave que, a mi juicio, esencialmente revierte sobre la actuación de la Policía Judicial que puede ver enormemente difusas las líneas de su actuación. Primero la línea divisoria de la práctica legal de una diligencia a la ilicitud de la misma, y, ulteriormente, la de la prosperabilidad en Juicio de esa prueba y, consiguientemente, la real eficacia de ella a la invalidez de su esfuerzo por no reunir los requisitos mínimos imprescindibles en el ámbito de los Tribunales de Justicia.

Esta y no otra es la cuestión que vamos a abordar. ¿En qué forma y con qué requisitos ha de practicarse debidamente la entrada y registro domiciliario? ¿Qué efectos conllevará el incumplimiento de las exigencias legales a la luz de la doctrina jurisprudencial? Y, en definitiva, cuál es nuestra opinión sobre las recientes Reformas legislativas operadas en este campo y la evolución jurisprudencial al respecto.

Como decíamos al principio de este apartado, la cuestión, lejos de ser baladí ha adquirido en los últimos tiempos una dimensión que la sitúa quizá a la cabeza de las preocupaciones técnicas e interpretativas de la Administración de Justicia Penal en este momento. Y puede, dadas sus características, que en un futuro inminente llegue a provocar una grave contradicción de efectos imprevisibles en el terreno de la persecución y castigo de los delitos contra la salud pública, por citar los de mayor relieve cuantitativo y quizá de relevancia social, mas sin olvidar otros como la tenencia ilícita de armas o la receptación, por ejemplo, que en gran medida también se ven afectados en su investigación, frecuentemente, por la práctica de entradas y registros domiciliarios.

## **EVOLUCION DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**

El estricto cumplimiento de las exigencias legalmente establecidas en protección del principio de inviolabilidad del domicilio ha sido, como quizá no podía ser menos, cuestión prácticamente pacífica en lo esencial a lo largo de los tiempos, en los sucesivos pronunciamientos jurisprudenciales desde muy antiguo.

Sentencias del Tribunal Supremo como la de 12 de diciembre de 1874 afirmaban ya que "ninguna casa o habitación puede ser registrada o allanada, sino **por voluntad de su dueño o por orden de Autoridad competente**". Y, en ese mismo sentido, nuestro más Alto Tribunal, en Sentencia de 10 de mayo de 1986, proclamaba que cometían delito "los agentes de la Autoridad, funcionarios públicos, que se presentaron en la casa del ofendido, **desprovistos de autorización judicial... ..** al penetrar sin este esencial requisito y **sin el consentimiento de sus moradores** en dicha casa, porque arbitraria y abusivamente violaron el domicilio de un ciudadano que se hallaba autorizado para impedir su entrada por sí mismo o por quienes le representaran".

Tan clara y rotunda interpretación no ha dejado, sin embargo, de ofrecer ciertos aspectos susceptibles de precisión sobre la que ha tenido oportunidad de reflexionar la doctrina jurisprudencial.

Así, en tiempos recientes, la validez del consentimiento de morador ha sido tamizada, entendiéndose, por ejemplo, que "No puede estimarse, por otra parte, que el acceso a la vivienda era legítimo, por haber dado su consentimiento el morador, de acuerdo con lo que dispone el artículo 551 de la Ley citada (Ley de Enjuiciamiento Criminal), pues mal puede dar su libre consentimiento quien, cuando está detenido en las dependencias policiales, es trasladado a su domicilio por los propios policías actuantes en el interrogatorio" (STS de 29 de septiembre de 1989).

En definitiva, se concluye que, en supuestos de duda sobre la mediación o no del referido consentimiento, habrá de estarse, tanto en el caso de la autorización expresa como en el de la tácita que ya vimos anteriormente al hacer referencia a lo previsto en el artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al comportamiento del acusado, anterior, coetáneo y posterior a la entrada, y en concreto a sus manifestaciones ante la Autoridad judicial, pues no parece aceptable que quien ha sufrido tal agravio como el de la entrada sin su consentimiento en su domicilio no diga nada sobre ello, ni entonces ni después, ante el Juez de Instrucción, primero, ni ante el Tribunal, en el Acto del Juicio Oral, después (STS de 8 de marzo de 1991).

En ausencia de ese consentimiento y respecto de la eventual sustitución del mismo por la correspondiente autorización judicial, no ofrece tampoco dudas la forma en que la misma haya de hacerse, dictada por el órgano judicial, Juez

Instructor, para ello competente, necesariamente motivado y con expresión concreta del lugar objeto de la diligencia, si tendrá lugar o no tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que la haya de practicar, tal como disponen los artículos 550 y 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a lo que ya aludía en algún aspecto la Real Orden de 13 de marzo de 1895.

Las consecuencias de la no concurrencia de los requisitos a que venimos refiriéndonos, consentimiento del morador o Autorización judicial en forma, alcanzan tanto la posible comisión de un ilícito penal (artículo 191.1.º y 2.º del Código Penal que ya vimos), como, en todo caso y a los efectos que aquí realmente nos interesan, una plena esterilidad de efectos probatorios de la prueba de tal modo practicada, al sufrir "vicio esencial que determina la nulidad de la prueba así obtenida, por lo que no surte efectos" (STS de 16 de julio de 1991), pues recordemos que el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 dispone que "**No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales**".

Razón esta última, por otra parte, por la que puede cuestionarse la validez de la diligencia cuando se lleva a cabo sin la concurrencia de los testigos previstos en el párrafo 3.º del artículo 569 de la Ley Procesal Penal, al tratarse de personas que suplen la presencia en la entrada y registro del morador o su representante, debiendo quizá en cada caso apreciar si esa omisión en efecto produce o no indefensión, pero sin que quepa relacionarla con la protección de la inviolabilidad del domicilio en sí.

En tanto que otros requisitos, como el de la notificación del Auto Judicial a que se refiere el ya citado artículo 566 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no ostentan, a criterio del Tribunal Supremo, carácter invalidante de la diligencia que en su virtud se practica, pues su ausencia no supone vulneración de derecho fundamental, sino que constituye tan sólo, en sintonía con lo sostenido por el propio Tribunal Constitucional, infracción de normas que no tienden directamente a la protección de los derechos de tal naturaleza de los afectados, sino tan sólo a su información sobre la legalidad del procedimiento (STS de 27 de diciembre de 1989).

Mención aparte merece el tercer supuesto de entrada en domicilio de particular, cuando no concurren ni el consentimiento de éste ni la autorización judicial, es decir, en caso de **flagrante delito**, en la redacción originaria del artículo 553 de la Ley de Ritos Criminales y

antes por supuesto de la reciente modificación operada por Ley Orgánica 1/92, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, de la que ya nos hemos comprometido a tratar más adelante.

Afirma la doctrina del Tribunal Supremo que "para que exista un delito flagrante se exige **una acción de sorprender al delincuente con el objeto, efecto o instrumento del delito**" (STS de 29 de marzo de 1990). Pero se entiende que tal acción sorpresiva ha de ser previa a la entrada domiciliaria y no consecuencia de esta misma, con hallazgo de tales objetos, efectos o instrumentos, como confirmación ulterior de unas iniciales "sospechas" o "indicios" que en la mente de la Autoridad policial actuante justifiquen la diligencia. Pues, en ese caso, toda entrada y registro pudiera hallar acomodo en el supuesto que contemplamos, eludiéndose sistemáticamente la exigencia del consentimiento del titular o de la autorización judicial. Aspecto complejo éste que tanto juego va a dar precisamente con motivo de la "ley Corcuera" cuyo comentario nos aguarda.

Conviene en cualquier caso recordar la restrictiva interpretación que, como vemos, la Jurisprudencia aplica, en salvaguarda de los derechos fundamentales en juego, al concepto de "flagrancia". Lo que en efecto conlleva, concretamente en los casos de investigación de delitos de posesión y tráfico de sustancias estupefacientes, en los que la comisión del delito se produce precisamente de puertas adentro del local, a una difícil apelación a dicho supuesto como justificativo único de la práctica de la diligencia.

Pero llegados a este punto, y salvando ya el requisito primordial de la legalidad de la práctica de la entrada y registro, con respecto al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, hemos de adentrarnos ahora en el verdadero caballo de batalla sobre el que pivota el importante cambio en la doctrina jurisprudencial en esta materia y que no es otro que la trascendencia probatoria de la intervención del Secretario Judicial en la diligencia de entrada y registro.

Como ya vimos desde el comienzo mismo de estas líneas, y esa y no otra fue precisamente la razón de ese inicio, el párrafo 4.º del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige de modo expreso que el registro se practique "**siempre** a presencia del Secretario".

El problema, por tanto, al que habrá que dar respuesta es el siguiente: **¿Qué consecuencias se derivarán de la práctica de una entrada y registro sin la presencia del Secretario Judicial?** Es a esta pregunta a la que el Tribunal

Supremo nos ha venido ofreciendo respuestas muy distintas.

No olvidemos que ya antes de esta polémica algún autor, comentando el precepto legal de referencia, llegaba a decir: "La preceptiva presencia del Secretario, exclusivamente investido de la fe pública aneja al poder de documentación o, en todo caso, la del oficial habilitado que haga sus veces como fedatario, conforme a este artículo, pone en pugna, de una parte, el buen sentido y las exigencias prácticas de la realidad en la investigación, **usualmente aplicadas en atención al rápido ritmo de la dinámica judicial en estos casos** y, de la otra, la legalidad vigente por ahora, cuya acusada inobservancia haría peligrar la validez de lo así actuado, con todas sus consecuencias, de las que no sería la más trascendente la transmutación de la naturaleza jurídica de la actuación judicial, con todo su peso procesal, a meramente policial" (de Miguel Garcilópez, Adolfo, en "Doctrina y Jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal". Ed. 1987, página 774).

Parece pues indudable que en un momento inicial, los efectos de la ausencia del Secretario Judicial en la diligencia de entrada y registro que se llevaba a cabo con estricto cumplimiento del resto de los requisitos previstos habría de implicar tan sólo, y por importante que ello fuera, una mutación de su naturaleza, de "actuación judicial, con todo su peso procesal, a meramente policial", pero sin perder por completo su eventual eficacia probatoria en juicio.

Así, en Sentencias como la de 30 de mayo de 1989 y por supuesto otras anteriores, el Tribunal Supremo venía sosteniendo tesis semejantes a la siguiente: "Por más que sea cierto que el párrafo 4.º del artículo 569 previene que el registro se practicará en presencia del Secretario —lo que no entraña singularidad alguna, pues ya es sabido que todas las actuaciones judiciales, bajo pena de nulidad, han de ser autorizadas con la intervención y firma actuariales—, ello se refiere a los registros practicados directamente por la Autoridad judicial, y **de ningún modo, a los autorizados por ésta, previa petición de los miembros de la policía judicial, o a los que lleven a cabo los referidos miembros, por delegación de la Autoridad judicial**, y tal como previene el artículo 563 de la mencionada Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Es decir, se admite la validez, incluso a efectos de eficacia probatoria, del registro practicado sin la presencia del Secretario, considerando tal diligencia, con naturalidad y quizá relativo simplismo, como actuación policial, casi por

su propia esencia o al menos por la frecuencia con que así se venía practicando con habitualidad. En tanto que su eficacia probatoria apenas se discutía. Y todo ello sobre la interpretación algo artificiosa de que la exigencia en cuanto al Secretario habría de imponerse si el propio Juez también se hallaba presente el Registro, en tanto que cuando éste delegaba en la Autoridad policial, la intervención de aquél no era necesaria, por no tratarse de verdadera "actuación judicial".

Interpretación que, en efecto, resultaba, tras un elemental análisis, de difícil acogida, pues conducía al contrasentido de exigir una mayor garantía, con la presencia del Secretario, precisamente cuando el Juez también concurría a la diligencia, mientras que cuando lo hacía tan sólo el funcionario que actuaba como delegado de éste, no se hacía precisa aquella superior garantía. Incurriendo, por esta vía, a nuestro juicio, en un flagrante incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que tampoco distingue, para imponer la necesaria asistencia del Secretario, que el Juez presencie o no el Registro.

Mas de tal doctrina, si la observamos con mayor detalle, tampoco se derivaba una incongruencia total con la norma procesal, pues, en realidad, lo que hacía era extraer del ámbito de las "actuaciones judiciales" y, por tanto, del carácter de medio probatorio "preconstituido", la entrada y registro realizado tan sólo por los funcionarios policiales (con presencia de los testigos requeridos, por supuesto).

La principal consecuencia, a los efectos que aquí nos interesan, de aquella doctrina no era sino la atribución a esas diligencias así efectuadas, de efectos probatorios en Juicio, prácticamente plenos y por vía del valor documental que se atribuía al Acta del registro de ese modo levantada.

Por ello, cuando algunos autores (véase "Valor de las pruebas obtenidas...", José María Luzón Cuesta en Poder Judicial número 24, diciembre 1991) creen distinguir una segunda fase, distinta de la anterior que denominan como de "no exigencia de la intervención del Secretario", hacia la de la "exigencia de su intervención", opinamos que entran en una confusión.

En efecto, si Sentencias del Alto Tribunal como la de 18 de octubre de 1990 decía que la ausencia del Secretario constituye una "irregularidad procesal, que hace flaquear el reconocimiento de autenticidad y veracidad que derivaría de la presencia e intervención del

Secretario", o que la ausencia de éste "impide que el documento que ha de redactarse en dicha diligencia pueda ser considerado como lo habría sido si el Secretario hubiera actuado en la misma como tal, un documento autenticado por la fe pública judicial de un funcionario que en el ejercicio de su cargo ostenta el carácter de autoridad" (STS de 23 de octubre de 1991), mientras que se concluya, como se hace, que los efectos probatorios del registro, en este caso, pueden alcanzarse por la práctica de "cualquier otro medio de prueba", tales como la propia declaración testifical en Juicio de los funcionarios policiales y testigos intervinientes, no se está realmente rompiendo, de modo drástico al menos, con la línea doctrinal prececente, sino tan sólo viendo la cuestión desde una perspectiva distinta. La que hace hincapié precisamente en el carácter natural de actuación judicial de esta diligencia y recordando la exigencia de la presencia del dador de fe pública para que el Acta correspondiente ostente el carácter de verdadera prueba preconstituida, pero sin que por ello la exigencia de su intervención se haga tan estricta que prive a las entradas y registros que carezcan de ella de valor probatorio alguno, con carácter absoluto.

El giro realmente importante en esta materia se produce con la importantísima Sentencia de 3 de diciembre de 1991 que, sobre ciertos pronunciamientos algo equívocos de la anterior de 4 de octubre de ese mismo año que ya afirmaba que la ausencia de Secretario "convierte en nulo lo actuado", que se vio contrarrestada por otras de 16 y 23 de octubre y 12 de noviembre fieles todas ellas a los criterios tradicionales, proclama ya abiertamente la exigencia con carácter absoluto de la asistencia del Secretario a la práctica de la diligencia de entrada y registro y derivando del incumplimiento de este requisito, y aquí está lo realmente innovador e importante de esta Resolución, la nulidad radical e insubsanable de lo así realizado, llegando a afirmar que "la intervención, a posteriori, de los agentes de policía que efectuaron el registro y entrada sin la presencia del Secretario judicial, compareciendo en las sesiones del Juicio Oral no puede subsanar los defectos de nulidad ya producidos", y todo ello pues, como dice la propia Sentencia a continuación, "sería un verdadero fraude de Ley, **causante de la indefensión de la parte acusada**, que la diligencia viciada recobrase su efectividad por medio de la declaración testifical de los que intervinieron en su práctica". Con lo que parece ofrecerse, aunque no de modo muy explícito en realidad, el fundamento de la conclusión de

tal nulidad absoluta, radical e insubsanable: la hipotética causación de un supuesto de indefensión del acusado, que infringiría por tanto el artículo 24 de nuestra Constitución (en relación con el 11.1 de la LOPJ).

Poco después, el 10 de diciembre, una nueva Sentencia deriva también, de la inasistencia del Secretario al registro "la nulidad no convalidable de tal diligencia".

Pero esta tendencia no se impone con facilidad ni linealmente. Las oscilaciones doctrinales al respecto se suceden con tal vértigo que puede afirmarse que durante los primeros meses del presente año, 1992, los Tribunales Penales viven con expectación el problema, entre los sobresaltos de los vaivenes de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Veamos.

El 16 de diciembre de 1991 se afirma: "La irregularidad de la diligencia de entrada y registro por la ausencia en la misma del funcionario encargado de la fe judicial se traduce en su operatividad probatoria, **no sólo en la pérdida del valor documental público de dicha acta, sino en la total falta de virtualidad a efectos probatorios en cuanto se relate en ella, por que tal acto resulta nulo por falta de los requisitos legales y determinante de indefensión y cuanto se derive de tal diligencia se convierte en nulo**". Para, en la misma Resolución, admitir que el reconocimiento de los hechos por parte del acusado, en declaración prestada ante la Autoridad policial, es elemento probatorio bastante para desvirtuar la presunción de inocencia que en un principio le amparaba.

Por contra, en Sentencia del 3 de marzo de 1992, se dice: "La Diligencia de entrada y registro domiciliario, ya la realice el Juez por sí mismo, ya se efectúe por autoridad o agente policial por delegación de aquél, requiere inexcusablemente la asistencia del Secretario Judicial —o de Oficial habilitado que orgánicamente le sustituya— sin que resulte factible su sustitución por alguno de los agentes que intervieran... El registro efectuado sin el Secretario no incorpora la fe pública, quedando privada el Acta del valor de prueba preconstituida. La falta de asistencia del fedatario devalúa el acto, tornándole irregular y dejándole sin valor probatorio. La preceptiva intervención del mismo no sólo tiene un aspecto ritual, sino que, yendo más lejos, imprime autenticidad a la diligencia, invistiéndola de una cierta judicialidad que la sitúa en un primer plano estimativo en el orden procesal. La falta de intervención del Secretario tara la diligencia, ofreciéndose como prueba irregular carente de operatividad, motivando la pérdida de valor documental público de la

misma, con total falta de virtualidad a efectos probatorios de cuanto se relate en ella. **Ahora bien, ello no es óbice, no afectando la falta de Secretario a la inviolabilidad del domicilio, cualquiera que sea su trascendencia en el orden procesal, para que merced a otros medios de prueba complementarios se evidencie la existencia real de los efectos que se dicen intervenidos y su hallazgo en las dependencias domiciliarias visitadas.** Tal el supuesto de reconocimiento por la persona interesada de la existencia en el domicilio de los efectos o cuerpo del delito a que la diligencia de registro pueda referirse. La adveración de ello por los funcionarios que corporeizaron la irregular actuación, compareciendo en el juicio oral, no puede descartarse; **corresponderá al Tribunal sentenciador apreciar y valorar la idoneidad y significación intrínseca de esta prueba en función de las circunstancias concurrentes en el caso**".

Mas, nuevamente, el 11 de marzo, dicta la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo una sentencia en la que, entre otras cosas, se señala: "cuando el funcionario policial actúa como delegado del Juez instructor, su actuación se transmuta en actividad judicial y la diligencia se convierte en sumarial. De igual modo que al Juez afecta la norma general contenida en el artículo 321 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, expresiva de que los Jueces formarán el Sumario ante sus Secretarios, la fiabilidad de la diligencia probatoria descansa en el cumplimiento de la exigencia apuntada de fe pública judicial. **Y si no sería hipotéticamente concebible la sanación de una diligencia de inspección ocular practicada por el Juez sin el concurso autorizante del Secretario por la asistencia al plenario de aquél como testigo que otorgase eficacia al acto irregular, por la misma razón debe negarse de manera decidida la posibilidad de sanación a una pretendida declaración testifical que no versase sobre hechos de conocimiento propio, sino para tratar de convalidar una actuación (no el conocimiento por el mismo de algo ajeno), aunque con carácter delegado de tipo judicial**".

Viene, por tanto, la referida Sentencia a recalcar la tesis de que, sobre la irregularidad procesal del registro practicado en ausencia del Secretario, el mismo no puede ser convalidado por la declaración testifical posterior en Juicio de los funcionarios policiales intervinientes, y ello pues se trata de actuación sumarial de carácter judicial que requiere imprescindiblemente la presencia del dador de fe, conforme a lo dis-



puesto en el artículo 321 de la Ley procesal penal.

Incluso, en posterior Resolución de 30 de marzo del presente año, se insiste en esta línea, ofreciendo la apariencia de que comienza ya a consagrarse sólidamente el novedoso criterio doctrinal, dándose además la significativa circunstancia de que el Ponente de ella es el propio Excmo. Sr. Presidente de la Sala. A dicha Sentencia, por su gran importancia, vamos a dedicarle seguidamente una amplia cita textual, por lo que ya adelantamos nuestra petición de disculpas, en la seguridad de que no de otro modo que repasando las propias palabras de la Sala podremos hacernos la más cabal idea de la posición, en el momento en que estas líneas se escriben, en que se encuentra la doctrina jurisprudencial respecto de la cuestión.

Proclama el Tribunal en la Sentencia:

“Ciertamente que una diligencia de entrada y registro en un domicilio sin la presencia del Secretario **es nula de pleno derecho** por ser éste el único funcionario competente en el orden judicial para dar fe con plenitud de efectos. De ahí la importancia y alta significación de las funciones del Secretario Judicial, garantizador también del cumplimiento de las exigencias legales, aunque si hay mandamiento judicial, con toda obviedad, **no se produce vulneración constitucional alguna** que pueda incluso llevar aparejada, y ello dependerá, con toda obviedad, de las circunstancias concurrentes, la correspondiente responsabilidad penal... ..”

“Existiendo mandamiento judicial, el tema ha de situarse, desde luego, en sede de legalidad ordinaria, de acuerdo con las correspondientes Resoluciones del Tribunal Constitucional. Y de ello se deduce, por lo pronto, que de tal diligencia no pueden derivarse ya los efectos de prueba preconstituida que habiendo asistido el Secretario Judicial tendría, lo que no es óbice para que **el propio imputado o los imputados y los testigos puedan en el Acto del Juicio Oral declarar respecto de lo que vieron y oyeron en aquella diligencia como en cualquier otro momento de sus vidas, sin que en esta fórmula general puedan entrar los policías actuantes en tan anormal diligencia** —aunque ninguna imputación haya de hacerseles por ser ajena a ellos la irregularidad— **porque al haber actuado como delegados del Juez de Instrucción intervinieron en un acto judicial nulo de pleno derecho, sin posibilidad de sanarse a través de sus propias declaraciones porque, de hacerlo, estarían tachados de parcialidad objetiva** puesto que, cuando ellos mismos

**fueron los que protagonizaron un acto nulo, mal pueden con sus propias manifestaciones, que forman parte de la propia sustancia del acto, depurar el vicio radicalmente insubsanable por ser el acto nulo de pleno derecho, como ya se anticipó.**

Salvando las diferencias, que sin duda existen, sería parecido a que se quisiera utilizar el sistema corrector de un vicio insubsanable frente a una declaración del imputado ante la policía sin cumplimiento de las exigencias mínimas indispensables, a través de la declaración de los propios policías que la recibieron.”

Así, tras un repaso a los más recientes pronunciamientos del Tribunal en esta materia, con expresa referencia a las Sentencias de 4 de octubre, 12 de noviembre, 3 y 16 de diciembre de 1991 y 9 y 27 de enero y 3 de febrero de 1992, y de modo muy especial a la de 26 de marzo de este mismo año a cuyos argumentos expresamente se remite, la Resolución meritada concluye:

“En resumen, la doctrina jurisprudencial de esta Sala es expresiva, en general, de la grave irregularidad y consiguiente ineficacia probatoria absoluta de la diligencia de registro domiciliario practicado sin intervención del Secretario Judicial, ordenada en el párrafo 4.º del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal... ..” Y “cuando el funcionario policial actúa como delegado del Juez instructor, su actuación se transmuta, de alguna manera, en actividad judicial y la diligencia adquiere, por consiguiente, este carácter. Si el Juez debe formar el sumario ante el Secretario, sería absurdo que una diligencia esencial, como la entrada y registro en un domicilio, pudiera tener validez con la sola asistencia de la policía, como lo sería que sin ella, es decir, sin la presencia del Secretario, pudiera sanarse la deficiencia, que es, en definitiva, determinante de nulidad, por la declaración testifical de quienes la llevan a cabo”.

Y llegados a este punto, tras la exposición de la evolución doctrinal de la cuestión objeto de nuestro estudio en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, podemos resumir la misma del siguiente modo:

a) En el momento de partida de la discusión abierta sobre los efectos de la inasistencia del Secretario Judicial a la práctica de las diligencias de entrada y registro en domicilios de particulares, llevadas a cabo en los supuestos de previa autorización judicial, el Tribunal Supremo advierte la grave irregularidad procesal que supone tal circunstancia, negando a la constancia documental de la misma obrante en las actuaciones

valor probatorio directo en Juicio, sin bien permitiendo su suplantación, a efectos de formar la necesaria convicción del Tribunal Juzgador, a través de otros medios de prueba, tales como el hallazgo de objetos, instrumentos o efectos del delito, en especial las propias declaraciones de los imputados y de los testigos presentes, considerando perfectamente válidos, entre éstos, a los policías actuantes en ese registro.

b) Posteriormente se inicia una línea de interpretación, a finales de 1991, que viene a considerar nula de pleno derecho, completamente ineficaz y; a lo que parece, no "subsancable" por ningún otro medio, la prueba así obtenida. Apoyándose para ello en la supuesta vulneración en este caso del principio constitucional de interdicción de la indefensión.

c) Tal tesis en un primer momento no triunfa claramente, dictándose la, a nuestro juicio, esclarecedora y precisa Sentencia de 3 de marzo de 1992, que vuelve a sostener los puntos de vista anteriores de "irregularidad procesal" de la prueba y la posibilidad de acreditación de los hechos por otras vías, con inclusión de los testimonios de los funcionarios policiales intervinientes en el registro.

d) Al momento presente, parece consolidarse con carácter definitivo el criterio de que la prueba es nula, insubsancable, si bien sustituible con otros medios acreditativos (declaración de imputados y testigos), pero de los que expresamente se excluyen los testimonios de los referidos policías, al considerar que sobre ellos gravita el carácter de "parcialidad objetiva", máxime cuando han sido los partícipes en el acto irregular.

Por nuestra parte, y sin perjuicio de lo que al final de este análisis digamos a modo de Conclusiones generales derivadas del mismo, hemos de hacer constar la coincidencia de criterio con la tesis expuesta por la ya referida Sentencia de 3 de marzo del presente año, al considerarla como la más certera, dicho sea por supuesto con el absoluto respeto que nos merecen todos los criterios interpretativos de nuestro más Alto Tribunal, y acorde con la recta interpretación de las normas procesales.

La irregularidad procesal en que constituye a la diligencia de registro la ausencia del Secretario Judicial, por incumplimiento de lo expresamente dispuesto en el artículo 569, párrafo 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no debe admitir dudas para nadie. Del mismo modo que la entrada en el domicilio, fuera de los supuestos previstos en el artículo 553 del mismo cuerpo legal, sin la correspondiente autorización judicial, sí que supone de modo indiscutible,

como violación que es del derecho consagrado en el artículo 18.2 de nuestra Constitución y al margen de las consecuencias penales que de una tal actuación pudieran derivarse, prueba que no podrá surtir efecto alguno, ni subsancable ni sustituible por otro medio probatorio, en aplicación de la conocida doctrina de "los frutos del árbol envenenado", pues, aun cuando el artículo 11.1 "in fine" de la Ley Orgánica del Poder Judicial tan sólo se refiere a la ineficacia de la prueba misma obtenida "violentando los derechos o libertades fundamentales", sin que impida expresamente la acreditación de los hechos por otros medios, sí que consideramos que la trascendencia de la protección de tales derechos básicos exige el máximo grado de sanción para las infracciones que contra los mismos se produjeren.

Tal naturaleza "procesalmente irregular" de la diligencia practicada vierte sus efectos en la pérdida del carácter de "prueba preconstituida" con la especialísima circunstancia de ostentar el valor en Juicio de Diligencia efectuada bajo la Fe Pública del Actuario, que, de haberse practicado en debida forma, conllevaría. Habría incluso el Juzgador de considerar como "inexistente", ayuna de otra prueba, el Acta en la que el registro se documenta, pues ha perdido sin duda su carácter "judicial" para asimilarse, todo lo más, a los otros documentos integrantes de la denuncia o atestado policial, por sí mismos carentes de efectos probatorios, como sabemos, por reiterada Jurisprudencia.

Pero deducir de ahí que tal Diligencia está ya tan viciada y sus efectos contaminadores llegan hasta el impedimento de su "sustitución" por otros medios de prueba, con aplicación a este caso, de la aludida doctrina del "árbol envenenado", nos parece ya una exageración interpretativa, pues, como hemos visto, tal criterio pudiera tan sólo tener justificación en supuestos de violación de derechos fundamentales, lo que aquí, como vamos a ver, no concurre.

En la antes analizada STS de 3 de diciembre de 1991, se trata de invocar el derecho constitucional de interdicción de la indefensión como infringido por la ausencia del Secretario en el registro, en tanto que en la fundamental de 30 de marzo se podría advertir en este sentido una tática y remota referencia a la vulneración del derecho a un proceso "con todas las garantías" (artículo 24, CE). Así como, de otra parte, algunos autores, como mi estimado compañero Alberto Jorge Barreiro, llegan en esta cuestión a apelar al derecho a la "intimidad familiar", al afirmar: "Tampoco le es indiferente al ciudadano la

forma y el grado en que queda afectada su intimidad familiar. Y ante la alternativa de un registro domiciliario practicado por inspectores de policía a su libre iniciativa y sin control in situ alguno y otro en el que se halle presente un funcionario judicial cualificado supervisando la cumplimentación del principio de proporcionalidad, de insoslayable aplicación en toda limitación de un derecho fundamental, es seguro que el justiciable optará por este segundo procedimiento. La misma opción tomó el legislador de 1882 al entender que el derecho fundamental no quedaba tutelado suficientemente con la entrega de un mandamiento judicial a modo de cheque en blanco, por lo que, razonablemente, extendió su salvaguarda y control a la forma y al resultado de los registros domiciliarios, evitando así la desjudicialización de la diligencia y su abandono al albur del autocontrol policial". ("Anotaciones a las medidas urgentes de reforma procesal penal." Actualidad Jurídica Aranzadi, 4 de junio de 1992.)

Pues bien, ni compartimos la opinión de que el Legislador procesal previera la presencia del Secretario Judicial en el registro, más allá de su fundamental misión de dar fe de lo efectivamente hallado y demás circunstancias relevantes del hallazgo, sobre la base del recelo que pudiera producirle la actuación de la policía en la forma de practicarlo, ni creemos que de la mera no satisfacción de las preferencias del morador respecto de los que hayan de intervenir o estar presentes en la diligencia se derive, al margen del indudable incumplimiento de la norma adjetiva, verdadera infracción de derecho fundamental, que, en todo caso, habrá de probarse mediante la acreditación concreta de efectivos abusos de los funcionarios en la ejecución del registro, de los que, entonces sí, podría derivarse por esta causa, pero no de la inasistencia del fedatario, una mayor ineficacia probatoria de la diligencia así llevada a cabo.

Ni tampoco consideramos que nos hallemos ante un supuesto de indefensión efectiva, pues, como ha tenido ocasión de señalar el propio Tribunal Constitucional, tal no puede darse cuando el imputado tuvo oportunidad, tras el registro y a lo largo de la tramitación de la causa, de alegar, aportar y acreditar, del modo más pleno, elementos dirigidos a desvirtuar el resultado del registro, en la forma en que se hubiere llevado a cabo, en lo que a él pudiere incriminarle.

Ni, por último, se puede asimismo afirmar que la no presencia del Secretario en tal diligencia quebrante el derecho a un proceso con todas las garantías, toda vez que, como ya hemos

dicho, precisamente el incumplimiento de la norma procesal priva a esa diligencia de valor probatorio al considerarse "irregular", con lo que las garantías del procedimiento habrán de remitirse al resto de la actividad probatoria que, eventualmente, se practicare, no advirtiendo qué privación de garantía procesal se ocasiona respecto de la inasistencia del fedatario a un acto al que no se otorga por ello eficacia probatoria ulterior.

De seguir la tesis de la vulneración de derecho fundamental por la inasistencia del Secretario, ¿qué conclusiones habríamos de extraer aun en los supuestos en que tal ausencia es permitida por la norma procesal? (artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Todo lo anterior a lo que nos conduce no es sino a reiterar que, si bien tal actuación defectuosa, digámoslo una vez más, no es eficaz como prueba por su "irregularidad procesal", tampoco se advierte constituya una violación de derecho fundamental que impida la acreditación de los hechos por otros medios. Pues aquí creemos advertir, respetuosamente, una ligera imprecisión semántica y conceptual en algunos de los pronunciamientos de nuestro más Alto Tribunal, ya que cuando afirma la imposibilidad de "subsana" con posterioridad dicha prueba, tal aserto es del todo correcto, en el sentido de que la misma, por actuaciones o intervenciones posteriores, no puede adquirir carácter "judicial", de prueba "preconstituida" y, menos aún, dotada de "fe pública" en cuanto al Acta que la documenta, dado el defecto originario y efectivamente "insubsanable" que la vicia. Pero parece que ese término se confunde con otro bien distinto: el de "insustituible", que se predica automáticamente de la misma prueba, derivando de ello la imposibilidad de acreditación de lo verdaderamente acaecido en el registro, por otros medios. Lo que resulta bastante diferente, como se ve, de lo anterior.

A nuestro juicio, en definitiva, la prueba es "insubsanable", en efecto, por viciada "ab origine" de "irregularidad procesal", pero "sustituible" por otros medios probatorios, pues no ha habido en la actuación quebranto de derecho fundamental alguno, por lo que hayan de tenerse sus frutos como "envenenados".

En lo que respecta, de otra parte, a la cuestión de si entre las pruebas utilizables para la acreditación de los hechos caben las de las declaraciones testimoniales de los policías actuantes en el registro, entendemos que sí, aun contra lo sostenido por la STS de 30 de marzo último.

En primer lugar, el policía que interviene en la diligencia no es responsable, como la propia

Sentencia a que nos acabamos de referir recuerda, de la inasistencia del Secretario al Acto, por lo que no se le puede invalidar como testigo con base en que él mismo pudiera haber creado la causa de la irregularidad procesal. Y, por otro lado, tampoco podemos compartir el argumento (STS de 30 de marzo de 1992) de la supuesta "parcialidad objetiva" de tales testigos, pues ese concepto hemos de recordar que se analiza y aplica tan sólo al Juzgador cuyo criterio al resolver pudiere verse bajo sospecha de encontrarse "contaminado" de parcialidad por ciertas circunstancias concretas, pero no nos parece en modo alguno, ni aun salvando distancias, predicable de quien tan sólo declara como testigo, sometida tal declaración al criterio valorativo del Juzgador, que habrá de ponderar en su momento todos los datos ilustrativos sobre la fiabilidad y veracidad del testimonio. ¿Cómo comprender si no la cotidiana declaración testimonial de víctimas del delito, perjudicados, amigos de ellos o de las víctimas, etc., útiles tantas veces en el esclarecimiento de los delitos, aun y a pesar de las indudables notas de "parcialidad objetiva" y "subjetiva" que ofrecen?

Ese precisamente es el terreno del Tribunal Juzgador: la valoración en conciencia (artículo 741, Ley de Enjuiciamiento Criminal) de las pruebas que se le someten, en averiguación de los hechos y de las correspondientes responsabilidades enjuiciadas, no en función de "arcanos de la mente" a que se refiere, crítica con razón, la STS de 11 de marzo de 1992 antes citada, sino con fundamentación racional de tal convencimiento. Pero también sin que se hurten a ese Juzgador, con apoyo en artificiosos argumentos carentes de fundamento, los elementos probatorios que pudieren serle de utilidad para alcanzar un pronunciamiento lo más próximo posible a la justicia que, absolviendo o condenando, haga efectivo el principio de tutela judicial.

## EL ARTICULO 21 DE LA LEY ORGANICA 1/1992

En simultaneidad con la dinámica evolución de la doctrina jurisprudencial en materia de entrada y registro en domicilio de particular que acabamos de intentar describir, el legislativo procede a la tramitación de una reforma normativa de enorme trascendencia en esta cuestión, dándose con ello la impresión de una carrera, en sentido opuesto, entre los criterios judiciales y los legislativos, respecto de todo

lo referente al principio de la inviolabilidad del domicilio. Aquéllos progresivamente más garantistas y favorables a la inviolabilidad y éstos abriendo portillos a la actuación policial para una mayor facilitación de la entrada, sin dependencia del consentimiento del morador ni de la autorización del Juez.

Así, el artículo 21.1 y 2 de la Ley Orgánica 1/92, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, establece:

**"1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijan las Leyes.**

**2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito."**

Ríos de tinta han corrido en torno a la Ley en que este precepto se incardina, popularmente denominada "ley Corcuera", y de todas las críticas dirigidas con este motivo quizá la mayor parte de ellas se las lleva precisamente el artículo referido.

La norma innovadora en realidad no hace otra cosa que dar contenido a lo que, a juicio del legislador, puede entenderse como "delito flagrante", situación de hecho justificativa de la irrupción de las Fuerzas de Seguridad para irrumpir en un domicilio particular, sin consentimiento del titular ni intervención judicial, cuando se trate de la represión o persecución en concreto de delitos de tráfico de sustancias estupefacientes y sólo para estos casos.

En principio, como ya vimos, la Constitución y la Ley de Procedimiento Penal autorizan tal supuesto de la "flagrancia" para llevar a cabo la inmediata iniciativa policial sin más requisito. Pero, ¿qué ha de entenderse rectamente por delito flagrante?

Como ya tuvimos ocasión de ver, la Jurisprudencia entiende que "para que exista el **delito flagrante se exige una acción de sor-**

**prender al delincuente con el objeto, efecto o instrumento del delito**" (STS de 29 de marzo de 1990). Y como ya dijimos también con anterioridad, esa circunstancia de "sorprender" al delincuente ha de ser lógicamente previa a la intervención policial.

Y ello, en principio, no podría ser de otro modo, toda vez que el fundamento de la excepción al régimen ordinario de protección de la inviolabilidad del domicilio cabalmente radica en la absoluta certeza de la coetánea comisión del delito en su interior, que hace que deba ceder el derecho domiciliario de quien es autor de la infracción, que precisamente por ello pierde la posibilidad de exigir el respeto absoluto a ese su derecho, a la necesidad de persecución y sanción de su conducta delictiva.

Por su parte, con anterioridad a la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrecía un concepto legal de "flagrancia", cuando en el párrafo 2.º y siguientes del artículo 779.1.ª decía:

"Se considerará delito flagrante el que se estuviera cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos.

Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan.

También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehementemente de su participación en él."

Afirma un comentarista de la Ley procesal, respecto del sentido de este artículo, que "flagrancia vale tanto como **prueba evidente, inmediata, abrumadora, de la realización delictiva**" (Ricard Cabedo Nebot: "Doctrina y Jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", op. ya cit.).

A su vez, la Real Academia de la Lengua nos dice, en su Diccionario, que, en correcto castellano, la voz "**flagrante**" significa "Que se está ejecutando actualmente **en flagrante** loc. adv. En el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir".

Sin duda, el hecho de si la norma que comentamos es acorde o no con el artículo 18.2 de

la Constitución de 1978, única posibilidad legal de que desaparezca de nuestro ordenamiento o se acomode a la Ley Suprema, habrá de ser en su día resuelta por quien para ello tiene competencia atribuida y que, evidentemente, no somos nosotros.

Los defensores del precepto, al margen de otras razones ya esgrimidas, de mayor operatividad y eficacia policial, en las que ni estamos de acuerdo ni podrían nunca por sí solas justificar la vulneración de derechos fundamentales, pueden esgrimir, no carentes de razón, que, en virtud del mecanismo de "interpretación auténtica", nadie mejor que el propio legislador está legitimado para dar contenido a un concepto normativo que hoy no se halla definido en la propia Ley.

Pero lo que, evidentemente, no puede rebatirse es que, aun cuando se reconociera la constitucionalidad del precepto, el mismo supone un resultado regresivo en materia de garantías en la tutela de los derechos fundamentales, y en concreto en la de la inviolabilidad del domicilio, respecto de la interpretación y aplicación que, hasta la fecha, venían haciendo los Tribunales de Justicia. Y que ese objetivo y no otro es el que realmente anida en la voluntad del legislador que, en caso distinto, no hubiera considerado precisa la incorporación de la nueva norma.

Sorprende además observar el ámbito reducido a los delitos de tráfico de estupefacientes que se da a esta fórmula, que, de ser correcta, no se entiende por qué no ha de resultar válida, con carácter general, frente a la comisión de cualesquiera delitos.

En el fondo, la dificultad que ofrece el precepto radica en una clara disyuntiva a la hora de su aplicación práctica: o bien deberán recibir la sanción oportuna los funcionarios policiales que tras hacer uso de este supuesto no concluyesen efectivamente en el hallazgo de lo que fundamentó su intervención, puesto que según la norma para hacerlo han de tener "conocimiento fundado" y "constancia" de la comisión del delito, o, de no hacerse así, se estaría consagrando una auténtica "patente de corso" para que esos funcionarios pudieran penetrar, incluso caprichosamente si tal fuera su deseo, en la morada de cualquier ciudadano, sin los requisitos legalmente establecidos en el régimen normal de protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio, bastando, como justificación a esa conducta, la manifestación a posteriori de que, aunque el registro no resultare productivo por las razones que fueren, la "constancia" y el "conocimiento fundado" se tenían en un primer momento.

Por otro lado, habría que ver cómo va a conectar la doctrina jurisprudencial de nuestro más Alto Tribunal la aplicación de este artículo respecto de la eficacia probatoria de tales diligencias, que ya hemos tenido oportunidad de analizar. Pues, si la inasistencia del Secretario Judicial invalida la prueba y, aun cuando pudiera considerarse que ello no es así en esta ocasión por tratarse de actuación meramente "policial", al no haberse prestado autorización judicial (lo que, por otro lado, sorprendentemente privilegiaría esta clase de entradas y registros sobre los autorizados por el Juez), hay que recordar que el atestado por sí solo no tiene más valor, en cualquier caso, que el de mera denuncia y, no lo olvidemos, los policías intervinientes no podrían prestar testimonio en Juicio sobre estos extremos por la "parcialidad objetiva" que supuestamente les afectaría, difícil resulta, en definitiva, advertir la utilidad, al menos procesal, de la fórmula.

Y es que, a la postre, más allá de las consideraciones de carácter constitucional que pudieran hacerse, es nuestra opinión que la norma analizada nació, en buena medida, muerta. Cercada entre el riesgo que entraña para los funcionarios que la hubieran de aplicar verse inmersos en enojosas explicaciones e incluso, en su caso, responsabilidades por ellos no queridas, y la problemática eficacia que, como prueba de cargo, pudiera ostentar de cara al enjuiciamiento de las conductas que se pretenden perseguir.

Es quizá, consciente de ello, que el legislador se apresuró a intentar solventar los problemas de orden probatorio que este nuevo mecanismo presentaba y, como dice Alberto Jorge Barreiro en su artículo antes citado, introduce "de forma soterrada", "a última hora en el texto legal (LO 1/92) la modificación del artículo 569", sin que parezca "lo más adecuado sustraer la nueva norma a la opinión pública", continúa diciendo el mismo autor, que concluye calificando al precepto que seguidamente vamos a examinar como "magnífico anexo" del ya analizado de la Ley de Seguridad Ciudadana.

## EL NUEVO ARTICULO 569 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Como acabamos de decir a la conclusión del apartado anterior, por Ley 10/92, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, se opera la modificación del párrafo cuarto del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

que, como hemos venido desde un principio viendo, proclamaba la presencia inexcusable del Secretario Judicial en la práctica del registro, siendo su nueva redacción la siguiente:

**"El registro se practicará a presencia del Secretario o, si así lo autoriza el Juez, de un funcionario de la Policía Judicial o de otro funcionario público que haga sus veces, que extenderá acta que firmarán todos los concurrentes."**

Se advertirá la importancia de la modificación que afecta a los siguientes aspectos esenciales en relación con el régimen previsto por la normativa originaria:

- La supresión de la exigencia de la presencia, en todo caso, del Secretario Judicial. Presencia que de **siempre** obligatoria pasa a ser, por virtud de esta reforma, eventual.
- La posibilidad de que un funcionario de Policía Judicial o, incluso, otro funcionario público **haga las veces del Secretario**.
- La supresión absoluta de los testigos instrumentales que preveía la antigua redacción del precepto.

De todo lo cual se deriva, en primer lugar y de modo automático, un paso más en la desjudicialización de las diligencias de entrada y registro. Si con la Ley Orgánica 1/92 se ampliaban los supuestos en que podría prescindirse de la autorización judicial para la entrada en domicilio, con esta Ley 10/92 se posibilita la práctica del registro domiciliario sin la presencia de funcionario judicial alguno.

Pero, si bien al comentar el artículo 21 de la llamada "ley Corcuera" partíamos de una duda inicial no despejada sobre la constitucionalidad de la norma, a la hora de examinar este nuevo artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede ya de entrada afirmarse su rotunda deficiencia técnica.

En efecto, establecer la disyuntiva, como quien no quiere la cosa y sin mayor meditación, entre que esté o no presente el Secretario Judicial en la diligencia de registro, supone, ni más ni menos, ignorar toda la elaboración y fundada doctrina jurisprudencial sobre la distinción entre prueba de carácter judicial y preconstituida y actuación policial integrante del atestado con simple valor probatorio de mera denuncia.

De otra parte, no parece el Juez, que ya autoriza, en su caso, la posibilidad de entrada en el domicilio, la persona indicada para autorizar la sustitución de la presencia del Secretario,

pues el mismo no actúa, en ningún supuesto, como delegado de aquél, sino con funciones plenamente autónomas. Más bien, habría de ser éste, el Secretario, quien, todo lo más, prestase tal autorización, acompañada de la correspondiente delegación de sus funciones, para que su delegado, como dice el novedoso artículo, "**haga sus veces**".

Pero, por otro lado, también acontece que esas funciones del Secretario, que en estas circunstancias no son otras que, ni más ni menos, la Fe Pública Judicial, no son delegables. A miembros de la Policía Judicial en modo alguno, puesto que no está prevista esa hipótesis en ningún momento de nuestro ordenamiento, y sí que rozaríamos aquí los linderos de lo constitucional, si permitimos que uno de los propios funcionarios que llevan a cabo el registro dé fe a su vez de la práctica del mismo. Y la mención, por su parte, de "**otro funcionario público**", así "in genere", resulta casi grotesca a poco que empecemos a comprender la inmensa variedad de funcionarios, de cualquier nivel, formación y competencia, a los que este artículo pretende hacer eventuales destinatarios de la misión de "hacer las veces" de Secretario Judicial en las entradas y registros.

Baste aquí recordar que incluso la posibilidad de ser sustituido el Secretario Judicial por Oficial de la Administración de Justicia, por pacífica que para muchos pudiera parecer, a nosotros se nos antojaba incumplimiento de lo previsto por la normativa orgánica en materia de Habilitaciones por el Secretario.

No olvidemos que la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 281.1 dice que "El Secretario es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales...", para, a continuación, en el 282.1, precisar: "No obstante lo establecido en el artículo anterior, los Secretarios podrán habilitar a uno o más Oficiales para que autoricen las actas que hayan de realizarse **a presencia judicial**, así como las diligencias de constancia y de comunicación" [en el mismo sentido RD 2003/86, de 19 de septiembre, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, artículo 3.2 b), y el RD 429/88, de 29 de abril, que aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, artículo 9.1, si bien con una curiosa contradicción con el apartado 2 b) de ese mismo precepto, que a nuestro juicio no permite interpretación favorable a este segundo apartado]. Con lo que quedaría claramente excluida la posibilidad de que el Oficial habilitado dé fe

de un acto en el que no se halla presente el Juez.

Hemos de recordar aquí, por otra parte, que incomprensiblemente, no sólo por esta materia, sino también por otros muchos aspectos que en ella se tratan, la Ley 10/92 no tiene carácter de Ley Orgánica, por lo que difícilmente sus preceptos pueden derogar los de la referida Ley Orgánica del Poder Judicial en materia tan trascendental para las garantías como ésta.

Si estamos, por consiguiente, en la órbita de la dación de fe, pues no otro sentido ha de tener la presencia precisamente del Secretario Judicial como Actuario, en la diligencia de entrada y registro, resulta incomprensible pretender sustituir tal figura por otro funcionario, llegándose incluso a admitir a cualquier funcionario público, además "autorizado" en exclusiva por el Juez, para levantar Acta de lo acontecido. Desde luego el acta la confeccionará, no lo dudamos, pero es evidente que el valor probatorio de la misma queda esencialmente transformado con relación a la confeccionada bajo la fe del propio Secretario Judicial.

Y no olvidemos, llegados a este punto, la doctrina ya estudiada del Tribunal Supremo, en orden al valor de las declaraciones testimoniales de los policías actuantes en sustitución de la ineficacia probatoria del acta. Pues lo que el nuevo precepto dice es en qué forma se autoriza la realización del registro, pero lo que obviamente no establece es el valor probatorio de aquella práctica en la que el Secretario no se hallaba presente. En otras palabras, la diligencia ya no será tildada de "procesalmente irregular" por la inasistencia del fedatario, pues la obligatoriedad de su presencia ha quedado suprimida, pero tampoco parece que esa acta pueda fácilmente ostentar el carácter de "prueba de carácter judicial y preconstituida" que tanta preeminencia le ha venido otorgando en el enjuiciamiento de diferentes tipos de delitos.

De nuevo parece que la panacea que buscaba el legislador en su ánimo desjudicializador puede volverse inservible a esos efectos, con una correcta aplicación de los principios en materia de actividad probatoria penal, en la que no debe olvidarse la facultad del Juez para denegar cuantas autorizaciones se le soliciten en este sentido, en aras del cumplimiento pleno de las garantías de los derechos fundamentales, ante los que toda protección a veces parece poca.

Pero es que además, por si lo anterior fuera poco, se suprime también la intervención en el registro de los dos testigos instrumentales que anteriormente se preveían.

No se aprecia problema alguno ante la carencia de tales testigos, cuando el Secretario se encuentre presente, antes al contrario, es nuestra opinión que, incluso en las causas que aún se hallen en tramitación, por hechos posteriores a la Ley Orgánica del Poder Judicial, no debe apreciarse defecto alguno por tal ausencia de testigos, los instrumentales del párrafo 4.º del artículo 569 por supuesto, al decir el artículo 281.2 de ese Cuerpo Legal "La plenitud de la fe pública en los actos en la que la ejerza el Secretario no precisa la intervención adicional de testigos".

Mas cuando, en virtud de esta reforma, el Secretario no se encuentre presente, nueva merma de garantías se produce cuando los funcionarios policiales no requieren presencia alguna ajena, salvo la del propio morador o sus sustitutos, para practicar la diligencia en condiciones prácticas de clandestinidad. ¿Se puede adelantar cuál va a ser la eficacia probatoria de tal diligencia a la más mínima alusión por parte del titular del domicilio sobre la irregular práctica del registro o su supuesto resultado, en tanto que los funcionarios no disponen de testigo imparcial de lo ocurrido ni ellos mismos ostentan grado suficiente de "imparcialidad objetiva" para avalar su propia actuación, como proclama la doctrina jurisprudencial?

No se trata evidentemente de que, por la sola versión del morador registrado, ayuna de otra prueba, se deriven responsabilidades para los funcionarios que tales diligencias practiquen, con observancia de los nuevos requisitos establecidos por la Ley, pero lo que sí parece evidenciarse es la endeblez probatoria, en el supremo acto del Juicio Oral y ante la réplica del acusado, impedido de la posibilidad de acreditación de lo ocurrido, con otros medios imparciales, por la propia previsión legal, de la sola aportación de un acta así confeccionada por quien carece de fe pública y sin testigos de presumible imparcialidad.

Por todo lo cual, podemos concluir en lo rechazable de este nuevo precepto, técnicamente deplorable y prácticamente ineficaz.

## CONCLUSIONES

Finalmente, con ánimo de recopilar todo lo dicho hasta aquí, respecto de la actualidad de la diligencia de entrada y registro en nuestro Ordenamiento y en la doctrina Jurisprudencial, podemos concluir:

1.ª La diligencia de entrada y registro en la práctica de nuestro Derecho Penal, tanto en la actividad policial como en la judicial, en la represión y enjuiciamiento de delitos de tanta trascendencia social como el tráfico de sustancias estupefacientes, constituye en muchos casos la "prueba reina" del procedimiento, por lo que de su correcta realización y plena eficacia probatoria en Juicio depende en gran medida el resultado de la labor de la Policía Judicial encargada de estas tareas.

2.ª Al implicar la entrada en morada de un ciudadano violación de la intimidad domiciliar que se protege desde el propio texto Constitucional hasta el Código Penal, deben prescribirse y cumplirse requisitos estrictos en salvaguarda de los derechos fundamentales. Llegando a ser consideradas plenamente nulas, ineficaces e insustituibles las pruebas obtenidas con infracción de tales principios, como consagra el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3.ª Respecto de otros requisitos de carácter procesal a cumplir con motivo de la diligencia de entrada y registro, en especial la necesidad de la presencia del Secretario Judicial, su consideración por la doctrina del Tribunal Supremo ha evolucionado en los últimos meses hacia una severa sanción desde el punto de vista probatorio para aquellas diligencias practicadas en su ausencia.

Se llega a hablar de prueba absolutamente inválida, insubsanable e insustituible por ninguna otra para la acreditación de los extremos objeto del registro.

No obstante, la línea jurisprudencial que al momento presente aparece como dominante, sobre la base de la nulidad del registro llevado a cabo en ausencia del Secretario, es la que permite su sustitución por otros medios probatorios, exceptuando, eso sí, de tal posibilidad, la declaración testifical de los propios funcionarios policiales actuantes, por considerarles incursos en supuesto de eventual "parcialidad objetiva".

Nuestra opinión, anteriormente argumentada, es la de la irregularidad procesal de tal prueba y su insubsanabilidad, pero favorable a la posibilidad de sustituirla por otras pruebas válidas, entre las que no alcanzamos a ver por qué razón deben ser rechazados "a priori" los testimonios de los policías actuantes, bajo el sometimiento, por supuesto, de la valoración que de ellos forme el Juzgador.

4.ª No obstante lo anterior, y quizá precisamente por ello, el Legislativo, en este mismo año, provee, de una parte, a ampliar la posibilidad de entradas de funcionarios policiales, en los supuestos de persecución de delitos de tráfico



de estupefacientes, en domicilios de particulares sin el consentimiento de éstos y sin autorización judicial, llegando a definir lo que a su juicio constituye supuesto de "flagrancia", excepción que la propia Constitución admite, en la célebre "ley Corcuera" o Ley Orgánica 1/92, artículo 21. Y, de otro lado, a suprimir la obligatoriedad de la presencia del Secretario Judicial que pasa a poder ser sustituido, con autorización del Juez, por cualquier otro funcionario público, y la de los testigos instrumentales antes exigidos, mediante la Ley de Reforma procesal 10/92.

Tal dinámica legislativa indudablemente propende a una progresiva "desjudicialización" de esta diligencia, diametralmente contraria al sentido de la doctrina jurisprudencial antes

referida, proclive cada vez más a un mayor refuerzo de las garantías del ciudadano, desde la vertiente de la eficacia probatoria de este medio.

5.ª En definitiva, a la exagerada, en nuestro criterio, interpretación garantista de la última Jurisprudencia en esta materia, hoy se opone una legislación que, rozando cuando menos la inconstitucionalidad, incurre plenamente en graves errores técnicos que hacen muy difícil pueda dar los resultados que se pretenden, a más que su aplicación puede llegar a colocar en situaciones difíciles a los propios servidores públicos que la lleven a cabo. Por lo que nuestro juicio al respecto ha de ser obligadamente negativo. ■