

ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO

JOSE M.^a VAZQUEZ HONRUBIA

Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid

COMO indican los términos del presente título, las disposiciones del mismo se refieren a tres objetos distintos, que son:

1.º La entrada y registro en el domicilio del presunto culpable y en general de todo lugar cerrado cuyo registro y reconocimiento convenga para los fines de la instrucción sumarial.

2.º El reconocimiento y registro de libros y papeles del inculpado o de otra persona extraña al delito perseguido.

3.º La apertura y reconocimiento de la correspondencia dirigida al mismo.

Estos tres elementos de investigación son de indudable eficacia para la comprobación de los hechos punibles y de las personas responsables de los mismos, y por eso la ley ha tenido que autorizarlos para la perfecta instrucción sumarial, no obstante los principios constitucionales consignados en el Código fundamental del Estado, respecto de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia de todos los ciudadanos.

Esos preceptos de la Constitución vigente y las disposiciones respectivas del Código penal establecen las garantías necesarias para el debido respeto de esos derechos; pero no pudiendo éstos ser un obstáculo insuperable para el castigo del culpable, la ley procesal ha tenido que establecer las reglas convenientes para el necesario desenvolvimiento de los principios constitucionales indicados así como para las necesarias restricciones de los mismos, que exige el interés público de la justicia penal.

Las disposiciones del presente título, por la minuciosidad de sus preceptos y por la amplitud con que han sido resueltas en éstos las dificultades que pudieran ofrecerse en la práctica

de las diligencias indicadas, dan todo género de seguridad para su debida realización; pero las reglas en ellas sancionadas no bastarían para llenar los fines propuestos por el legislador, si independientemente no se establecieran las sanciones correspondientes para castigar los punibles abusos que con tal motivo pudieran cometerse. Por eso el Código penal castiga no sólo al particular, sino también al funcionario público que entra en morada ajena contra la voluntad de su morador o que con infracción de las disposiciones legales practica indebidamente el registro de papeles o la detención y reconocimiento de la correspondencia, o comete con tal motivo alguna vejación injusta; y con relación a dichas prescripciones, deben ser entendidos y examinados los preceptos de los artículos correspondientes.

ARTICULO 545

Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes.

Siendo básico a este respecto el artículo 18.2 de la Constitución española, que establece que el domicilio es inviolable. "Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito", siendo su objeto sancionar el principio de la inviolabilidad del domicilio.

Entre todos los derechos individuales consignados por la Constitución, el más importante, sin duda, después de la libertad personal, es el de la inviolabilidad del domicilio, por referirse también a la seguridad del individuo, en orden a una de sus propias y peculiares manifestaciones; pero como han dicho los señores Amat y Reus, esa inviolabilidad no puede ser tan absoluta que, degenerando en un medio de encubrir el delito, llegue a ser un peligro para la seguridad individual de los demás y para la tranquilidad del Estado, porque nuestro derecho termina donde comienza el de aquellos que pueden resultar perjudicados por nuestros actos.

Todos los autores están conformes con la doctrina expuesta. En donde cabe la duda o la controversia, a pesar de la universalidad de la doctrina indicada, es respecto de la extensión y alcance de las expresadas restricciones, las cuales pueden, en rigor, ser de distintas clases y de diferente apreciación en sus límites.

Ya el Código penal, al regular el delito de allanamiento de morada cuando es vulnerada la inviolabilidad del domicilio, admitió distintos

casos, que la Constitución de 1869 autorizaba, en los cuales es lícito prescindir de dicha inviolabilidad, pudiéndose penetrar en ellos en el domicilio ajeno aun en contra la voluntad de su morador como, por ejemplo, cuando se está perpetrando o a punto de perpetrarse un delito, cuando se trata de evitar una desgracia, cuando se entra perseguido para huir de un mal cualquiera, etc., pues en todos esos casos puede faltar a la inviolabilidad citada sin incurrirse por ello en delito. Hay que señalar que conforme doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio esencialísimo de inviolabilidad del domicilio ha determinado que única y exclusivamente, faltando el consentimiento del titular, la Autoridad Judicial y no otra Autoridad o funcionario administrativo puede dictar Mandamiento de Entrada en domicilio, suprimiendo por tanto ciertas prerrogativas de la Administración central o municipal fundamentalmente orientadas en orden a la recaudación de contribuciones e impuestos, siendo este principio recogido en la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo artículo 87.2 establece que "corresponde también a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios o restantes edificios o lugares de acceso dependientes del consentimiento del titular cuando ello proceda, para la ejecución forzosa de actos de la Administración".

Ello da una idea ya apuntada en el principio que la inviolabilidad del domicilio es uno de los derechos individuales consagrados por la Constitución de más importancia en una genérica escala de valores, por lo que conviene antes de seguir adelante qué debe entenderse por domicilio a estos efectos, y entre otros la Sentencia 137/85 del Tribunal Constitucional de 17 de octubre establece que "el domicilio inviolable es un *espacio* en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, y 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". El domicilio inviolable es por tanto un espacio en el cual el Estado garantiza el ámbito de privacidad de la persona, dentro de la que ésta elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública, entendiéndose indudablemente dicho amplio concepto de domicilio no sólo a la persona física, sino también a las personas jurídicas (sociedades, asocia-

ciones y fundaciones), y en ese sentido el artículo 546 también establece que el "Juez o Tribunal podrá decretar la entrada y registro de todos los edificios y lugares públicos sea cualquiera el territorio en que radiquen".

Por lo que puede concluirse que a estos efectos el concepto domicilio es mucho más amplio que el establecido en el Código Civil o Mercantil (residencia habitual de una persona, domicilio social de una empresa), y que podrá resumirse con la idea de que para las personas físicas sería todo espacio cerrado que constituya la morada, aun accidental o transitoria, de una persona, y para las personas jurídicas cualquier lugar cerrado, principal o accesorio, en orden a su actividad donde ésta se desarrolle, sin perjuicio de extender dicha protección especialísima, por expresa dicción del artículo 545, a los extranjeros residentes en España, cuestión por lo demás ratificada por la Ley Orgánica 7/85 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que establece que "los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (artículo 4)", y "los extranjeros gozarán en España de la protección y garantías... establecidas en la Constitución y las leyes (art. 29, 1.º)", y sin perjuicio de volver sobre ello al comentar diversos preceptos del Código penal, vamos a pasar al comentario y examen de alguno de los artículos de la regulación que hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal del tema que nos ocupa. Y sentado cuál es el concepto actual de domicilio, no puede olvidarse la prolija enumeración que la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace de edificios y lugares públicos, estableciendo el artículo 547 cuáles se reputarán de tal carácter.

ARTICULO 547

Se reputarán edificios o lugares públicos para la observancia de lo dispuesto en este capítulo:

1.º Los que estuvieren destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la provincia o del municipio, aunque habiten allí los encargados de dicho servicio o los de la conservación y custodia del edificio o lugar.

2.º Los que estuvieren destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo, fueren o no lícitos.

3.º Cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio de un particular con arreglo a lo dispuesto en el 554.

4.º Los buques del Estado.

Estableciéndose en los artículos 548 y 549 normas específicas para los Cuerpos Legisladores —autorización de su presidente—, y para templos y lugares religiosos "recado de atención" de los encargados de éstos; en definitiva, pues, la ley ha establecido una distinción importante, para los efectos de las disposiciones del presente título, entre lugares públicos y domicilios particulares, la cual tiene su origen y fundamento en las distintas consecuencias que puede tener la ilegítima entrada en dichos lugares en uno y otro caso, porque fácilmente se comprende que no tiene igual trascendencia e importancia la transgresión del derecho en todos ellos, sino que, por el contrario, puede ser distinto el concepto que merezca el hecho, según sea la clase del lugar en que se penetre; pues como el mero buen sentido indica, no son tan graves, por regla general, las consecuencias de la entrada indebida en los edificios o lugares públicos, aunque estén cerrados, que en los que constituyen el domicilio o la morada de un particular, ni puede atribuirse la misma gravedad a la violación en dichos casos del principio constitucional, sancionado también por la Ley de Enjuiciamiento Criminal que examinamos en su artículo 545, toda vez que como dice el señor Fábrega, no es el lugar cerrado lo que declara inviolable la Constitución, sino el domicilio, y por eso es de tanto interés esa distinción que la ley procesal establece.

Por el contrario, se reputan domicilio particular y tienen la consideración de tal, como veremos al examinar el citado artículo 554:

1.º Los palacios reales, aun cuando no estén habitados por el Monarca, al tiempo de la entrada o registro.

2.º Los edificios o lugares cerrados, o parte de ellos, destinados principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia.

3.º Los buques nacionales mercantes.

Finalmente, existen otros edificios o lugares que presentan un carácter mixto y que sólo tienen la consideración de domicilio respecto de algunas personas.

Hecha esta distinción, fácilmente se comprende que menos dificultad debe ofrecerse para decretar la entrada y registro en un lugar público que en un domicilio particular, y por eso la ley, en su artículo 546, faculta a los jueces y tribunales para dictar este acuerdo con mayor amplitud; en el primero de ambos casos, como resulta de la mera comparación de su precepto con el del artículo 550, pues si bien en éste se

autoriza también a las mismas autoridades judiciales para ordenar la entrada y registro del lugar destinado a morada del presunto culpable o de cualquier otro particular, los términos de dicha autorización son mucho más limitados y restringidos.

En efecto, con arreglo al artículo 546, el juez o tribunal que conociere de una causa puede decretar la entrada y registro en todos los edificios y lugares públicos, cuando hubiere indicios de encontrar allí al procesado, o efectos o instrumentos del delito, o libros y papeles u otros objetos que puedan servir para el descubrimiento y comprobación del hecho punible, o para la depuración de las personas responsables del mismo, pudiendo sin limitación alguna acordarse que dicha diligencia se lleve a efecto a la hora que se considere más conveniente, lo mismo de día que de noche, y a la hora de ésta que se estime más oportuna o precisa. Y, por el contrario, cuando se trata del domicilio de un particular, nacional o extranjero, la ley impone determinadas restricciones derivadas del respeto que esa cualidad requiere, haciendo que los jueces deban proceder con mayor cautela al ordenar la práctica de la diligencia indicada, la cual habrá de practicarse ordinariamente de día, porque como veremos al ocuparnos del artículo 550, la entrada y reconocimiento de los lugares que tienen dicho carácter sólo debe llevarse a efecto de noche en aquellos casos en que razones de urgencia lo hicieren necesario.

Además, en los edificios y lugares públicos no siempre es necesario el previo consentimiento o la autorización para la práctica de dicha diligencia, pues en algunos casos basta el mero aviso por parte de la autoridad judicial que la decreta, mientras que para tener lugar en los domicilios particulares es siempre requisito indispensable el consentimiento del interesado, según se previene en el párrafo segundo del artículo 18 de la Constitución vigente, y a falta de dicho consentimiento, habrá de recaer auto motivado que debe ser notificado inmediatamente a la persona interesada, o lo más tarde a las veinticuatro hora de haberse dictado.

Elevando a precepto positivo de nuestro derecho procesal las reglas aconsejadas por la teoría sancionada por la anterior legislación, dice el citado artículo 546 respecto de los edificios y lugares públicos, que el juez o el tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro de día o de noche cuando hubiere indicios de encontrarse en el lugar o edificio que ha de ser reconocido el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros,

papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación.

Los términos que hemos transcrito de la disposición legal citada constituyen una condición que restringe y limita la amplia facultad que parece otorgada en el artículo mencionado, porque en tanto podrá ordenarse la práctica de la diligencia de que nos ocupamos en cuanto existan los indicios exigidos por el mismo.

No dice la ley de qué clase han de ser los indicios cuya existencia requiere para decretar la entrada y registro en tales lugares, pero, teniendo en cuenta la índole de la diligencia expuesta, desde luego parece que deben ser graves y concluyentes, o tener fundamento racional suficiente para adquirir el convencimiento de la posibilidad de que se encuentren en el lugar que haya de ser reconocido las personas o los demás elementos que el citado artículo menciona, pues en otro caso pudiera darse lugar a abusos y perjuicios innecesarios. Sin embargo, el interés de la justicia y las necesidades de la instrucción exigen que no se dificulte la investigación con limitaciones indebidas; y como no es posible fijar de antemano reglas a las que hayan de ajustarse en este punto los jueces y tribunales, tiene que quedar a la discreción de los instructores la apreciación de los motivos que aconsejen la adopción del referido acuerdo, así como la eficacia de los indicios que lo justifiquen, puesto que unos mismos motivos pueden autorizar la práctica de dicha diligencia en unos casos y en otros no.

El citado artículo 546 añade que puede acordarse por el juez o tribunal de la causa la entrada y registro de todos los edificios y lugares públicos de día y de noche cuando concurriere el requisito de la existencia de los indicios indicados, cualquiera que sea el territorio en que aquéllos radiquen, con cuyos términos ha quedado resuelta la cuestión que en la antigua práctica solía suscitarse sobre si el juez o el tribunal que sustanciaba un sumario podía decretar por sí la entrada y registro de un lugar que estuviera fuera de los límites de su jurisdicción territorial, siendo muchos los que opinaban que el instructor en este caso carecía de competencia para acordar dicha diligencia, teniendo que acudir al juez del territorio para que decretase su práctica. Es decir, si los funcionarios policiales entienden que para el mayor éxito de la investigación judicial ya iniciada debe registrarse un domicilio o lugar cerrado en general que esté fuera del Partido Judicial, deberán lógicamente dirigirse al Juez Instructor y éste ponerse en comunicación, incluso telegráfica, previa dicción

del oportuno auto, con el que lo sea del lugar a registrar que a su vez ordenaría a la policía judicial de su jurisdicción la práctica de la diligencia en sí, aunque no conviene olvidar que cuando dicho lugar estuviera próximo a aquel en donde se hallare el Juez de Instrucción pero fuera de su jurisdicción, dicho Juez de Instrucción podría ejecutarla por sí mismo, es decir, entregar el mandamiento a la policía encargada del caso o que solicitara el mandamiento, así el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que "cuando el lugar en que se hubiere de practicar alguna diligencia del Sumario estuviere fuera de la jurisdicción del Juez Instructor pero en lugar próximo al punto en que se hallare y hubiere peligro en demorar aquéllas, podrá ejecutarla por sí mismo, dando inmediato aviso al juez competente".

Réstanos, para dejar ultimado el comentario del expresado artículo 546, ocuparnos de una dificultad que en su inteligencia pueden suscitar los términos en que se halla redactado dicho artículo. Este, al facultar a los jueces y tribunales para proceder a la entrada y registro de los edificios y lugares públicos, establece como uno de los motivos que pueden autorizar dicha diligencia el que existan indicios de que en ellos se encuentre el procesado y pudiera suponerse en vista de dicha locución que es de todo punto indispensable para que se decrete esa diligencia en este caso que a la sazón exista un presunto reo, cuyo procesamiento haya sido decretado ya, y que existan indicios de que éste se encuentra en el lugar o edificio que deba ser reconocido. Pero entendemos que no es esa la recta interpretación del precepto mencionado, pues si bien el referido artículo habla expresamente del procesado, no se refiere tan sólo a él, según nuestro juicio, por no estar usado dicho término en la significación estricta que en el orden procesal tiene, sino que se halla empleado en un sentido más amplio, o sea, en el de presunto culpable, aunque intervenga o figure en el procedimiento tan sólo como mero imputado por no resultar aún méritos bastantes para declararle procesado.

Conviene también señalar que cuando estas personas o efectos se encuentren en el despacho profesional de un abogado, los agentes que soliciten el mandamiento deberán cuidar de precisar tal circunstancia, pues a su vez el Juez Instructor, conforme al Estatuto de la Abogacía, deberá notificar al Decano del Colegio de Abogados la práctica de dicha diligencia, el cual, a su vez, podrá designar un miembro de dicho Colegio para que esté presente en el acto del

registro. Es lógico que un despacho profesional no pueda servir a modo de reminiscencia del Derecho de asilo de los tiempos medios de refugio y escondite de los delincuentes y por tanto el profesional no puede oponerse a que se compruebe si ésta es la orden del Juez, si en su despacho se halla un procesado o inculcado o instrumentos u objetos de un delito. La duda surge cuando se trata de libros o papeles dado que el abogado puede negarse a entregar algunos, pues incluso podría el mismo cometer delito de revelación de secretos; la solución a juicio del profesor Majada estribaría en incautar aquellos instrumentos u objetos del delito que se encontraran en forma de libros o papeles, pero no podrá hacerlo si contienen relación o expresión de los secretos que el encartado hubiera confiado a dicho profesional, no pudiéndose hacer uso de ellos en la instrucción y resultado de la causa.

Siguiendo el estudio sistemático de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los artículos 550 a 553 contemplan la regulación del modo de practicar los registros en los domicilios de cualquier español o extranjero residente en España, qué se entiende por domicilio y la necesidad de consentimiento del interesado que puede no ser expreso sino tácito por la realización de actos necesarios que de él dependan para la práctica de la diligencia (artículo 551) ya hemos hablado anteriormente en cuanto a la materialización práctica del acto no perjudicando o importunando lo menos posible al interesado (artículo 552) es consecuencia de todo el espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y baste señalar que el artículo 191 del Código penal castiga a los agentes que se extralimitaran en lícito registro cometiendo vejación injusta contra las personas o daños innecesarios en los bienes, por lo que no olvidando que cuando se trata de domicilio a pesar de los signos ortográficos que se emplean en el artículo 550, el funcionario policial que desee practicarlo de noche deberá cuidar de precisar esta circunstancia, justificando como "conditio sine qua non" la urgencia del caso; merece la pena detenerse con algo más de extensión en el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece una excepción a las reglas generales expuestas hasta ahora en cuanto dispone: Los agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la Autoridad, se

oculte o refugie en alguna casa, y en los supuestos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis (es decir, elementos terroristas y bandas armadas). Como en el estudio pormenorizado de esta última posibilidad, por su excepcionalidad, no podemos extendernos salvo el caso de flagrante delito.

Pues bien, salvo el caso de flagrante delito supuesto expresamente recogido por la Constitución y aun con las matizaciones que se dirán en seguida, el mencionado precepto debe entenderse inaplicable, en cuanto al supuesto de mandamiento de prisión, pues esta orden judicial ni puede ni debe tomarse obviamente como una autorización de entrada y registro, y en cuanto al delincuente inmediatamente perseguido que se oculta en alguna casa, habrá que entenderse propia o de un encubridor, porque el mero requerimiento de sus moradores al agente policial (expreso o tácito), como hemos visto, permitiría o más correctamente exigiría la actuación de éste, no es de los supuestos taxativamente enumerados en la Constitución española, de tal modo que siendo derechos fundamentales, la interpretación del precepto que los regula nunca puede hacerse en forma extensiva para su restricción. De tal modo que sólo en caso de flagrante delito, es decir, aquel que se estuviera cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente sea sorprendido, autorizará a una entrada en un domicilio, siendo obvio, por ejemplo, y aun acudiendo a casos extremos en un supuesto de violación o parricidio intentado, o que se estuviera produciendo, no hay por qué obtener mandamiento alguno, debiendo entenderse que se dice delito y no falta, por lo que, verbigracia, un mero altercado doméstico no autoriza a la policía a entrar en una vivienda, y todo ello, naturalmente, sin perjuicio de adoptar el oportuno servicio policial para evitar, como establece el artículo 567, "la fuga del procesado o la desaparición de efectos o instrumentos del delito", hasta obtener el preceptivo mandamiento, conviniendo señalar por último que según algunos autores, aun en el caso de flagrante delito, lo que autoriza la ley es la entrada en el domicilio, pero no el registro del mismo.

Los artículos 554 a 556 dictan reglas muy específicas respecto a lugares que gozan del "status" legal de domicilio (palacios reales, residencias de personas y buques nacionales mercantes), siendo tan claras las disposiciones de las relativas a palacios y sitios reales y tan justificados sus preceptos que huelga hacer

consideración alguna, si bien vale la pena detenerse en el artículo 557: "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".

Efectivamente, dicho precepto al hablar de posadas y fondas (hoteles, hostales, residencias, pensiones, etc.) y del posadero y tabernero en contraposición con el huésped otorga en principio a estos lugares un carácter mixto: domicilio inviolable para los que allí habitan permanentemente, carencia de tal carácter para los clientes meros transeúntes. Pues bien, tras la promulgación de la Constitución y la interpretación que de domicilio ha venido realizando el Tribunal Constitucional, parece que respecto a dichos huéspedes el precepto ha devenido en inconstitucional, pues conviene recordar que la básica Sentencia de 17 de febrero de 1984 de dicho Alto Tribunal, mantenida incólume en resoluciones posteriores, establece que la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución española no coincide plenamente con la que se utiliza en Derecho Privado, en especial en el artículo 40 del Código Civil, en cuanto la protección constitucional del domicilio es una protección instrumental que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de una persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y registro en un domicilio (artículo 18.2) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (artículo 18.1), por lo que en conclusión entiendo que las habitaciones de hoteles y fondas tienen hoy en día carácter de domicilio a efectos de su entrada y registro en cuanto "ámbito de privacidad dentro de un espacio limitado que la propia persona elija" aun cuando se encuentre en dicho ámbito de forma temporal, no habitual o transitoria.

Respecto a las reglas de los artículos 559 a 562, siendo normas dirigidas a la autoridad judicial, sólo indican que la policía judicial deberá extremar el cuidado para precisar con toda claridad al Juez que el lugar del registro sea la oficina o domicilio diplomático o buque de guerra o mercante extranjero y baste recordar que el Convenio Internacional de Viena de 24 de abril de 1963 declara inviolable los locales consulares y que sólo pueden registrarse con autorización expresa del Jefe de la oficina consular o Jefe de la misión diplomática, le-

gislación vigente a la que remite expresamente el artículo 562, siendo en todo caso absolutamente inviolables los archivos y documentos consulares dondequiera que se encuentren (domicilio u oficina).

En cuanto los dos artículos siguientes sobre notificaciones a practicar no presentan problema alguno cuando no se trata de domicilios de particulares, siendo también escasamente problemático el artículo 566 de la Ley procesal, en cuanto a notificaciones y orden a seguir en estos supuestos, señalándose únicamente que para evitar en lo posible la fuga del inculcado o instrumentos o efectos del delito, sin perjuicio de la adopción de las medidas de vigilancia que establece el artículo 567, que en todo caso se dejan al buen sentido y experiencia de la policía judicial, por lo que el Juez no tiene por qué concretarlos, salvo casos especiales, dicha notificación debe practicarse en el mismo momento en que se comience el registro.

En cuanto al artículo 569, es más interesante procesalmente hablando. El registro en todo caso, haya prestado o no su consentimiento el interesado, se hará a presencia de éste o de la persona que legítimamente le represente. Con arreglo a derecho, tiene la legítima representación de una persona aquel a quien se le otorga la ley por cualquier concepto como al padre, o la madre en su caso, respecto de sus hijos no emancipados, al tutor en cuanto al sujeto a tutela, a aquel a quien se confiera poder con relación al poderdante, etc., en cuya virtud pudiera deducirse de la nueva redacción del párrafo citado que para poder entenderse el registro con alguna otra persona distinta del interesado es preciso que concurra el requisito de tener la representación legítima de éste por alguno de los conceptos indicados.

Pero si se tiene en cuenta que en el párrafo segundo del expresado artículo se da intervención a los parientes tan sólo en el caso de que el interesado no fuere habido o no quiera concurrir ni nombrar representante, fácilmente se comprende que el precepto del párrafo primero no tiene el sentido que se supone, y que al hablar del que legítimamente represente al interesado, no se refiere a la persona que por sus relaciones de familia debe representarle legítimamente, sino a aquella a quien expresamente confiera su intervención el interesado o morador de la casa o habitación en que haya de llevarse a efecto el registro puesto que cuando no quiera designarlo han de tener intervención los parientes si los hubiere, pudiendo hacer dicho interesado la designación expresado por manifestación verbal en el acto mismo de la diligencia.

Al disponer el mencionado artículo 569 en su párrafo segundo que cuando el interesado no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante, se practique el registro a presencia de un individuo de su familia, mayor de edad, se refiere indudablemente a los que se hallaren en el domicilio que ha de ser objeto del registro, por la razón que ya hemos indicado de la dificultad y dilación que habría de producir el tener que suspender la diligencia para proceder a la busca y citación del pariente a quien conforme a la ley correspondiera representarle legítimamente. Si tampoco hubiere parientes, se hará el registro a presencia de dos testigos vecinos del mismo pueblo en representación del interesado.

La Ley Orgánica 10/92, de 30 de abril, introdujo una modificación de capital importancia en cuanto a la posibilidad de la no presencia del Secretario en la práctica de la diligencia, pues se establece que: "El registro se practicará a presencia del Secretario o, si así lo autoriza el Juez, de un funcionario de la policía judicial, o de otro funcionario público que haga sus veces, que extenderá acta que firmarán todos los concurrentes". Esta modificación ha zanjado el gravísimo problema del registro practicado sin la presencia del Secretario Judicial o funcionario judicial habilitado en cuanto el Tribunal Supremo si bien no de manera constante pero sí mayoritaria había establecido que esta ausencia generaba la nulidad y/o invalidez de la prueba obtenida (Sentencias 18 10-90; 4 10 y 16-12-91; 27-1 y 30-3-92, etc.). Señalar que en todo caso la policía judicial al solicitar el mandamiento parece aconsejable adelantar qué miembro de la misma va a realizar las funciones de Secretario, además, naturalmente, de qué policías o guardias van a proceder a su ejecución material, resultando también procedente que el policía judicial habilitado como Secretario se limite, única y exclusivamente, a extender la correspondiente acta sin practicar acto material de registro alguno.

Para concluir este punto recordar que la presencia del interesado no será precisa si el Juzgado ha declarado la Instrucción secreta (Sentencias del Tribunal Constitucional 44/85 de 31-1 y 66/89 de 17-4) y que la intervención del Letrado del detenido no está exigida por la normativa vigente (Sentencia del Tribunal Supremo de 8-3-94).

Concluir este punto recordando que el comentado artículo 569 establece que "la resistencia del interesado, de su representante, de los individuos de la familia y de los testigos a presenciar el registro producirá la responsabilidad

declarada en el Código penal a los reos del delito de desobediencia grave a la autoridad, sin perjuicio de que la diligencia se practique”.

Cuando el Juez lleva a efecto el registro por sí, o se practica a su presencia, no es necesaria la asistencia de tales testigos, como tampoco lo es para cualquier reconocimiento que practicare el instructor, porque constituiría una redundancia, que, además de ser innecesaria, habría de resultar ofensiva para la autoridad del Juez que interviniera en la diligencia.

Hemos dicho en otra ocasión que en los domicilios de los particulares o en los edificios habitados se deben practicar los registros generalmente de día a no ser que exista alguna razón de urgencia que autorice se lleven a efecto de noche, pues sólo en esos casos extraordinarios es cuando pueden ser acordados para después de expirado el día.

Tenemos ya explicada la razón de esa diferencia, y, por tanto, ahora tan sólo nos corresponde exponer respecto a los registros en lugar habitado que constituya el domicilio de algún español o extranjero residente en España, que que si sólo se hubiere autorizado la práctica de dicha diligencia de día y estando practicándose llegare la noche, los que la lleven a cabo, si son los funcionarios de la policía o el actuario, deberán requerir al interesado o a su representante para que les permita continuar el registro, y si se negare a ello, se suspenderá en el estado en que se halle el registro. Cuando no intervenga el Juez en la diligencia y el interesado o su representante niegue el permiso para continuarla de noche, entonces habrá que suspender el registro; pero para evitar que se frustre el objeto que en él se persigue, deberá procederse como dice la citada disposición legal. Pero cuanto llevamos dicho ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 546 y 550.

Respecto a los artículos 573 a 578 establece una serie de formalismos fácilmente comprensible, por lo que merecen especial atención las reglas consignadas en el artículo 578 para los distintos casos a que se refiere, porque los protocolos de los notarios y los libros de los registros de la propiedad, o de los registros civil y mercantil, tienen un interés tan importante en cuanto al orden social, que exigen disposiciones especiales y la adopción de las convenientes precauciones para el caso de tener que proceder al examen de los mismos para la debida instrucción de un sumario.

De lo expuesto resulta que para el registro en dicho caso deberá preceder mandamiento judicial y llevarse a efecto en el mismo archivo

del notario, sin que pueda sacarse de él documento alguno sin decreto judicial.

Más rigurosa se muestra la ley en cuanto a los casos en que el documento que ha de ser objeto de la diligencia sea alguno de los libros de un registro de la propiedad o de algún registro civil o mercantil, imponiendo como regla absoluta, sin excepción alguna, que todas las diligencias judiciales o extrajudiciales que exijan la presentación de dichos libros han de ejecutarse precisamente en la oficina de los registros indicados donde se halle el libro o los libros que han de ser objeto de ellas, pues ni aun siquiera admiten la excepción reconocida en la legislación notarial respecto del cuerpo del delito y, por tanto, aunque se hubiere cometido una falsedad en los asientos o en las actas que constituyen según los casos los libros mencionados, no podrá ser extraído el libro ni desglosada el acta en que tal falsedad se hubiere llevado a efecto.

Por último, señalar que la correspondencia privada, postal y telegráfica que se encontrare en un lugar cerrado no podrá ser abierta por los practicantes del registro que deberán entregarla en el estado en que se halle para procederse judicialmente conforme los artículos 579 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuyo estudio pormenorizado corresponde, evidentemente, a otro tema.

Antes de acabar conviene recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido (Sentencias 26/81; 13/85, 37/89 y 62/82) que “a la hora de acordar y realizar esta medida de investigación ha de aplicarse el principio de proporcionalidad y motivar suficientemente el Auto.

Respecto de la proporcionalidad, siguiendo al Magistrado Angel Hurtado, supone “graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos traumáticos social e individualmente considerados y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes”. En resumen, ya que las expresiones recogidas literalmente corresponden al Tribunal Supremo, hay que ponderar la gravedad del hecho que se persigue y si existen o no otros medios de investigación, configurándose el registro como última en ausencia o imposibilidad práctica de aquéllos.

Pero a diferencia de otros derechos como el alemán, el italiano o la legislación federal de los Estados Unidos que o bien contemplan un catálogo de delitos en que puede practicarse válidamente un registro o bien lo refieren a la pena que pueda corresponderles, el derecho español no contiene indicación alguna.

Por tanto, y como pura hipótesis de trabajo, podría pensarse que esta diligencia queda reservada para la investigación de delitos (no meras faltas) y para delitos graves, es decir, castigados con penas superiores a prisión menor, o sea, a partir de seis años y un día de privación de libertad. Como esta regla se deduce por analogía con lo que se establece en el artículo 503 de la LECrim, para dictar prisión provisional también debe indicarse que, excepcionalmente, no habrá excesivo problema para la investigación de delitos castigados con penas inferiores a la señalada atendidos otros factores ya que el citado artículo habla también de “los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social o la frecuencia de comisión”.

Respecto a la motivación, es decir, el Auto Motivado dictado por el Juez de Instrucción, implica que la policía judicial debe especificar con la mayor claridad y precisión cuáles son las razones que le asisten para considerar que de la práctica de la diligencia puede resultar material positivo para la investigación haciendo constar todos los antecedentes y consideraciones preliminares, en extensión suficiente, para permitir al Juez dictar razonadamente el citado Auto Motivado. Esto supone una especificación concreta, cierta e indubitada, del domicilio o lugar cerrado a registrar, de su titular y moradores o cuando menos de características concretas o lo más determinantes posibles de uno y otros (por ejemplo, en caso de “chabolas” su ubicación en el terreno con datos de referencia a un punto o coordenadas o respecto a lo segundo nombre o nombres de pila o apodos), y sobre todo y fundamentalmente el presunto o presuntos delitos que se investigan y qué efectos o instrumentos de dicho delito son los que se buscan (drogas, armas, objetos robados, falsificaciones, etcétera).

Recordar en este punto que “si el registro va más allá del mandato judicial, e investiga otros delitos, conexos o no, será nulo en lo relativo a los excesos, si el Juez Instructor no amplía su mandato respecto al objeto del registro. En una palabra, se pide por nuestro Alto Tribunal

concreción, y si en el curso de un registro aparecen objetos de cualquier clase distintos a los buscados y que puedan implicar la apertura de una línea de investigación de delito distinto en lugar de o además de para la que se solicitó el mandamiento, la policía judicial inmediatamente deberá suspender la diligencia, y adoptando las medidas de aseguramiento que se consideren oportunas, dar cuenta con toda urgencia al Juez para que éste, como dice el Tribunal Supremo, pueda ampliar su mandato respecto al objeto del registro.

En conclusión, pues, y como resumen de todo lo expuesto, recordar que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han extendido notablemente el concepto técnico-jurídico de domicilio para las diligencias de entrada y registro a todo lugar que sirva de morada de un ciudadano español o súbdito extranjero aun cuando no sea la propia habitual y la ocupe de forma transitoria, temporal o accidentalmente o se trate de persona jurídica, que algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código penal —como el repetido 191 cuando sólo sanciona los registros ilegales o excesivos de súbditos españoles o el 492 cuando mantiene la inexistencia de allanamiento de cafés, posadas y demás casas públicas cuando estuvieren abiertas— deben ser interpretados y corregidos según la citada jurisprudencia y que en definitiva aun cuando a muchos puede parecer excesiva la vigente regulación conviene no olvidar que el artículo 11 de la vigente LOPJ establece terminantemente que no surtirán efecto en el procedimiento las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales, de tal modo que el cumplimiento exacto y riguroso de los artículos que hemos comentado no hará sino convertir en inatacables las pruebas del delito evitando en suma que se frustre, por razones procedimentalistas, una investigación criminal en perjuicio de la justicia que como establece la Constitución española emana del pueblo, es decir, de todos los ciudadanos a los que servimos. ■