



Universidad de Valladolid



PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL:

El registro domiciliario y las nuevas tecnologías: una visión desde la práctica.

Presentada por D. Carlos Bendito Guilarte para optar al grado
de Doctor
por la Universidad de Valladolid

Dirigida por: Dr. D. ^a Coral Arangüena Fanego

VALLADOLID 2022

ÍNDICE SISTEMÁTICO

<u>El registro domiciliario y las nuevas tecnologías</u>	<u>Página</u>
Introducción	8
I. Límites del Derecho Fundamental a la inviolabilidad del domicilio y nuevas tecnologías	14
1. Límites de los derechos fundamentales y las libertades públicas desde su perspectiva general	14
1.1 El proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales	17
1.2 Los derechos fundamentales como garantía	19
1.3 La naturaleza de los derechos fundamentales	21
1.4 Las limitaciones de los derechos fundamentales	25
2. Límites de los derechos fundamentales y nuevas tecnologías de la comunicación.....	42
2.1 Tecnologías de la comunicación y su evolución.....	42
2.2 La telefonía móvil.....	44
2.3 Nuevas tecnologías y el derecho al secreto de las comunicaciones ...	48
2.4 El entorno virtual del investigado.....	57
3. Límites de los derechos fundamentales y nuevas tecnologías de la información	60
3.1 La confidencialidad e integridad de los grupos informáticos.....	60
3.2 Protección de datos personales en la investigación tecnológica.....	67
4. La Suspensión de derechos fundamentales	78
4.1 Suspensión de derechos fundamentales por declaración de estado de excepción o de sitio	7
4.2 La suspensión individual de DHF	82

II. El derecho a la inviolabilidad del domicilio	87
1. Configuración del concepto de domicilio	87
1.1 Concepto constitucional del domicilio	96
1.2 Concepto actual de domicilio	107
1.3 Especial consideración de la habitación de hotel como domicilio	111
1.4 Configuración del concepto de domicilio en la doctrina constitucional.....	115
2. Domicilio en términos de inviolabilidad.....	120
2.1 El entorno virtual del domicilio.....	120
2.2 Otras injerencias que vulneran la intimidad del investigado.....	123
2.3 La grabación de imágenes y la inviolabilidad del domicilio.....	125
2.4 Ocupaciones temporales y otros aspectos prácticos.....	131
3. La titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio.....	134
3.1 Fundamentación de la titularidad.	134
3.2 La titularidad de los extranjeros	138
3.3 La titularidad de las personas jurídicas.....	139
3.4 La distinción entre titular del derecho e investigado	147
4. La inviolabilidad del domicilio como derecho relativo y limitado	152
4.1 La distinción entre la entrada y el registro	152
4.2 La intervención de efectos dentro del domicilio	154
5. La Protección penal del domicilio	157
5.1 Antecedentes	157
5.2 El delito de allanamiento de morada	160
5.3 El allanamiento del domicilio de personas jurídicas	168
5.4 Allanamiento por cometido autoridad o funcionario público	170

5.5 Delitos contra la inviolabilidad del domicilio, mediando causa penal.....	171
6. La inviolabilidad del domicilio virtual del investigado y la diligencia de entrada y registro.....	174
III. La práctica de la diligencia de entrada y el registro Domiciliario	182
1. Supuestos en los que está permitida la entrada y el registro domiciliario	182
2. El registro voluntario del domicilio	190
3. La entrada y el registro con autorización judicial	207
3.1 Competencia judicial y delegación de su ejecución	207
3.2 Cooperación jurídica internacional	215
3.3 Particular consideración de la Orden Europea de Investigación ...	217
4. Requisitos para acordar la entrada y registro.....	226
5. El Auto acordando la entrada y registro	234
5.1 El contenido del auto que acuerda la entrada y el registro.....	234
5.2 La insuficiencia de motivación	236
5.3 La impugnación del auto que acuerda la entrada y registro.....	238
6. La Intervención del Letrado de la Administración de Justicia	240
6.1 La obligatoria presencia del LAJ.....	241
6.2 La asignación de funciones durante el registro domiciliario.....	245
6.3 Sustitución de funciones del LAJ en el registro.....	249
6.4 Consecuencias de la falta de intervención del LAL.....	250
7. El hallazgo casual durante la entrada y el registro domiciliario.....	258

8. La asistencia de abogado durante la práctica de la entrada y el registro.....	267
9. La presencia del investigado en el registro domiciliario.....	272
9.1 La necesaria presencia del investigado.....	272
9.2 El secreto de las actuaciones.....	281
9.3 La renuncia a presenciar el registro.....	284
10. Entrada y registro en caso de delito flagrante	287

IV. El registro de domicilio con dispositivos de almacenamiento masivo de información..... 292

1. Importancia de la información contenida en los dispositivos	292
2. El acceso a los dispositivos y la afectación a los derechos del investigado.....	302
3. La protección de datos personales en dispositivos informáticos intervenidos.....	306
3.1 Protección en el ámbito penal.....	306
3.2 Funciones del Ministerio Fiscal en el ámbito penal.....	312
4. Requisitos de la solicitud de la medida para acceder a los datos contenidos en equipos informáticos.....	314
5. La autorización Judicial para intervenir y acceder a equipos de almacenamiento masivo de datos.....	319
6. Especial consideración de los requisitos previstos en los artículos. 588 bis c) y 588 sexies c) de la LECrim.....	324

7. Límite temporal de la medida.....	328
--------------------------------------	-----

Capítulo V. La ejecución y control de la medida de investigación con intervención de dispositivos.....335

1. El alcance del registro de los equipos de almacenamiento de datos.....	335
2. Especial análisis por su importancia de la STC 173/2011.....	340
3. Especial consideración del clonado y volcado de datos contenidos en los equipos informáticos.....	346
4. Acceso de las partes a las evidencias obtenidas en el registro del domicilio.....	355
5. La intervención en el clonado o volcado informático del Letrado de la Administración de Justicia.....	357
6. Condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación.....	362
6.1. La custodia de los dispositivos intervenidos.....	362
6.2. La validez y garantías en la cadena custodia de los dispositivos intervenidos.....	369
7. EL control judicial de las medidas tecnológicas de investigación.....	377
8. La intervención policial de los dispositivos y equipos fuera del registro domiciliario.....	383

VI.	Conclusiones	384
VII.	Bibliografía	402
VIII.	Jurisprudencia	414

Introducción.

Dentro del proceso de investigación penal y en el proceso judicial penal, ha tenido y sigue teniendo un papel principal la práctica de la diligencia de entrada y registro domiciliario. Todos los que hemos desarrollado nuestras funciones profesionales en este ámbito, somos conscientes de su relevancia desde el primer momento en que toca llevarla a cabo. Para los agentes actuantes el momento de su práctica, es un momento crucial, así como un punto de inflexión. Es fácilmente palpable en ese momento, según el resultado obtenido por la misma, el éxito o el fracaso de la investigación llevada a cabo por los agentes junto con el órgano judicial instructor de forma previa a su práctica, en muchas ocasiones, durante meses. Siendo que, de los resultados obtenidos durante el registro, llegado el momento oportuno, va a depender en buena medida las evidencias que pueda tener a su disposición quién formula la acusación. Ello siempre que en su obtención no se hayan vulnerado los límites existentes para asegurar la protección de los derechos fundamentales y, en especial, el que viene reconocido en el art 18.2 de nuestra Constitución, la inviolabilidad del domicilio, so pena de nulidad de lo actuado y la imposibilidad en este caso poder utilizar las fuentes de prueba obtenidas. Esto hace sumamente importante conocer la naturaleza y los límites de los derechos fundamentales en juego a la hora de practicar esta diligencia.

En el presente trabajo, es nuestra intención examinar la problemática de esta importante diligencia de investigación y los límites de esta por su afcción al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, a la luz de las exigencias planteadas por el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, analizando la forma en que las mismas inciden en la práctica de la diligencia de entrada y registro de un domicilio en el ámbito penal. Uno de nuestros objetivos en este estudio es analizar como el uso de las nuevas tecnologías han interconectado el derecho a la inviolabilidad del domicilio, con el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, desde el momento en que en el domicilio registrado existen equipos electrónicos de almacenamiento masivo de datos, que permiten almacenar y comunicar cantidades ingentes de información relevantes para la investigación pero, al mismo

tiempo, reveladores de los aspectos personales e íntimos del individuo investigado y por ello susceptibles de protección.

La diligencia de entrada y registro domiciliario, como acto consistente en la entrada en un lugar cerrado y la posterior recogida y aseguramiento de fuentes de prueba para el proceso penal, viene regulada tradicionalmente por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los art. 545 y siguientes, con diversas modificaciones; entre ellas la importante reforma introducida por la LO 13/2015 regulando por primera vez muchos aspectos técnicos del proceso penal e intentando adaptar el mismo, en la medida de lo posible, a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, remodelando unos preceptos cuya aplicación tradicional se retrotrae en nuestro ordenamiento a la redacción inicial de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La importancia de la diligencia de entrada y registro domiciliario dentro de la fase de instrucción, sin duda, ha sido y sigue siendo en la actualidad una de las diligencias más destacables dentro de las que dispone el Juez Instructor para poder descubrir la comisión de un delito, sus autores y circunstancias. Bien es cierto que la mayor eficacia y los mejores resultados en la práctica de esta, se obtienen casi siempre cuando viene combinada con otras diligencias, principalmente la intervención de las comunicaciones y los seguimientos a los investigados. Ello no obstante la diligencia de entrada y registro es imprescindible para poder intervenir los efectos utilizados por los autores para la comisión de los delitos, así como los efectos provenientes de la comisión de estos. Cuando se trata de este tipo de efectos como pueden ser las armas, el dinero, las sustancias prohibidas o aquellos otros que puedan constituir el cuerpo de delito, el autor se verá siempre en la necesidad de ocultarlos y para ello la solución más sencilla y simple que le viene dada es la de ampararse en la inviolabilidad de su domicilio y en la exclusión del mismo de cualquier persona contra su voluntad por la protección que le brinda su morada tan arraigada como conocida en nuestro ordenamiento.

El morador en su domicilio goza de la más alta protección que nuestra Constitución reconoce a los derechos fundamentales. Al proteger la inviolabilidad del domicilio en su art 18 CE se proporciona al delincuente, amparándose en este derecho fundamental, la posibilidad de esconder fácilmente los efectos en su propio domicilio y

evitar cualquier intromisión ajena que permita al investigador o a un tercero descubrir los mismos, a diferencia de lo que ocurriría si el delincuente esconde los efectos en un lugar público o un lugar que pertenece a otra persona, pues en estos lugares correría el riesgo de ser descubierto su delito o de que otra persona se pudiese apropiarse de dichos efectos. En mi valoración personal y experiencia profesional, esto hace que hoy en día la diligencia de entrada y registro domiciliario siga siendo una de las más importantes dentro de la fase de instrucción para el descubrimiento y comprobación del delito, como lo atestigua su práctica cotidiana en los Juzgados de Instrucción de este país, dentro de las causas con mayor relevancia penal. En estos procesos penales los efectos intervenidos y las actas de la intervención, adveradas con la presencia del secretario judicial (hoy Letrado de la Administración de Justicia) por la fe pública judicial, hacen constar en el proceso la intervención de dichos efectos y se convierten en una prueba decisiva para destruir la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia condenatoria sobre el responsable de la comisión del delito, pues se trata de una diligencia que se caracteriza precisamente por su doble naturaleza: de una parte es un acto de investigación o instrucción sumarial y de otra es un acto destinado a preconstituir la prueba o, como dice la Ley de Enjuiciamiento Criminal, recoger futuras fuentes de prueba disponiéndose su custodia hasta que tenga lugar la práctica de la prueba en el juicio oral.

Actualmente el concepto tradicional del domicilio debe verse ampliado a lo que se denomina por la jurisprudencia como el entorno virtual del investigado. La inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental integrado en nuestro sistema jurídico e instituido profundamente en la conciencia social. Gracias a él, todo ciudadano se sabe dueño y señor de la casa que habita y entiende que nadie puede sin su consentimiento entrar en ella, estando protegido el domicilio incluso penalmente contra intromisiones ilegítimas, al encontrarse tipificado el allanamiento de morada en nuestro Código penal vigente. El mismo ordenamiento que lo reconoce y protege establece aquellos casos en que el mismo puede ceder en beneficio de otros bienes o intereses jurídicos necesitados de protección; en estos casos la entrada en el domicilio no supone una vulneración ilegítima del derecho, siempre que exista el consentimiento del titular, una autorización judicial o la existencia de un delito flagrante. Partiendo de entender el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, como aquel que tiene por objeto

proteger un ámbito de privacidad que se proyecta sobre un determinado espacio físico, la morada, cuyo titular se reserva y excluye del conocimiento ajeno, salvo que medie el consentimiento del interesado o la correspondiente autorización judicial, debemos avanzar hacia una perspectiva moderna del concepto, incluyendo las exigencias impuestas por los avances tecnológicos y la aparición de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), como consecuencia de la globalización del comercio y las comunicaciones.

En la actualidad las Tecnologías de la Información y la Comunicación, están presentes en todas las facetas humanas, ello hace imprescindible abordar su incidencia en el campo del derecho y en particular, su aplicación en relación con los derechos fundamentales, la protección del domicilio y la diligencia de registro domiciliario. Se pueden considerar las tecnologías de la información y la comunicación en un concepto amplio y dinámico, desde la perspectiva que ofrece el conjunto de recursos necesarios para encontrar, manipular, gestionar la información dentro de la investigación judicial, a través de medios informáticos como ordenadores, teléfonos móviles, equipos o soportes electrónicos mediante programas informáticos con la ayuda de las redes de comunicación que permiten convertirla, almacenarla, administrarla y transmitirla. Los ordenadores, teléfonos de última generación, equipos terminales informáticos o dispositivos de almacenamiento masivo de datos actúan como punto de acceso de los ciudadanos a través las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Por eso son de suma importancia, constituyendo uno de los elementos que más ha evolucionado y continúa evolucionando recientemente. En este sentido la intervención de equipos de almacenamiento masivo en una investigación es un elemento muy importante para su éxito que debe combinar varios derechos y diferentes tecnologías para proteger a los investigados, principalmente el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, además de la inviolabilidad del domicilio. Algo que sucede en muchas ocasiones, cuando los mismos se intervienen como consecuencia del registro del domicilio del investigado, al hallar los agentes durante el registro terminales móviles o equipos informáticos con gran capacidad de almacenamiento y acceso a la red.

Se deben garantizar los derechos fundamentales que entran en juego. En estos supuestos, al intervenir y acceder a estos equipos y terminales de almacenamiento

masivo de datos, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, que hoy en día se hace imprescindible para las investigaciones policiales acceder a los datos en ellos contenidos y que su volcado pueda constituir una prueba fundamental en la investigación. En este sentido el punto primero del art. 588 sexies, de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la reforma LO 13/2015 se refiere a la intervención de los ordenadores y dispositivos informáticos del sospechoso en un registro judicial, indicando las garantías que exige su intervención. Se convierte en un tema decisivo para evitar la nulidad de lo intervenido, la autorización específica que exige la ley para la intervención de este tipo de efectos durante la práctica del registro domiciliario y el acceso a los datos que puedan contener. En este punto debemos considerar dos posibilidades; por una parte, que se trate de efectos hallados e incautados durante el registro que se encontraban ya intervenidos por los agentes durante la investigación teniendo los agentes ya acceso autorizado a su contenido, por otra parte, la intervención de otros equipos de los que no se tenía conocimiento hasta la práctica del registro y cuyos datos será necesario volcar o extraer para poder analizar.

Desde la citada reforma introducida en nuestra LECrim por la LO 13/2015, podemos hablar de la existencia de una protección especial al entorno virtual del investigado en el proceso penal, que incide directamente en los registros domiciliarios y se traduce en que el acceso a los contenidos de cualquier equipo informático por los agentes actuantes debe contar previamente con el presupuesto habilitante de una autorización judicial motivada. Esta resolución ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos a través de los actos de investigación para esclarecer un hecho delictivo. Son muchos y muy diversos los espacios de exclusión que han de ser garantizados en este ámbito y no todos ellos gozan del mismo nivel de protección desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso de forma anticipada, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal. La jurisprudencia consolidada, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento de este sacrificio debido a la investigación policial y judicial, proclama la existencia de un derecho al propio entorno virtual del investigado. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de *nomen iuris*

propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital del investigado.

Toda esta información que facilitan para la investigación los datos provenientes de teléfonos, ordenadores u otros equipos informáticos que sean intervenidos en el domicilio del investigado se encuentran bajo una doble protección: la que deriva de la protección de la morada y la proveniente de salvaguardar el entorno virtual del investigado. En el presente trabajo queremos analizar la problemática que se plantea para garantizar el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio e impedir al tiempo que el delincuente se ampare en el mismo para la comisión del delito o evitar ser descubierto y así sustraerse a la acción de la Justicia, destacando al hacerlo la problemática actual planteada por la protección del entorno virtual del investigado, impuesta por el uso generalizado de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información.

El estudio de investigación exige además del análisis práctico, una base sobre la naturaleza jurídica del tema central que viene a ser el objeto de la exposición. Por ello resulta imprescindible para este trabajo el repaso de las diferentes concepciones existentes en relación con conceptos como los de derechos fundamentales, el domicilio o la diligencia de entrada y registro. Así como un estudio previo de los presupuestos de legalidad de la misma y de los elementos esenciales para su validez, efectuando un examen de los posibles supuestos que se dan en la práctica cotidiana de los órganos jurisdiccionales, junto a un detallado y amplio repaso de la forma en que se ha interpretado y aplicado esta figura en nuestro ordenamientos jurídico por los tribunales, siempre a través de un estudio profundo de la jurisprudencia existente en relación con estos derechos y conceptos jurídicos, desde la perspectiva práctica de nuestro proceso penal.

CAPÍTULO I

LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

1. Límites de los derechos fundamentales y las libertades públicas, desde su perspectiva general

En el presente trabajo nos hemos propuesto como objetivo analizar la diligencia de entrada y registro domiciliario desde una perspectiva actual y vigente, teniendo en cuenta las novedades y los límites impuestos por las últimas reformas legislativas pero al mismo tiempo queremos hacerlo sin olvidar los límites y los requisitos que vienen configurando esta materia a través de la ley y la jurisprudencia consolidada aplicable a los diferentes aspectos que intervienen en la práctica de este tipo de actuaciones. En esta labor es imprescindible comenzar con el estudio de la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental, un derecho con especiales mecanismos de protección, como vamos a ver, previstos en los artículos 53 y 54 de nuestra Constitución. Pero, tal y como analizaremos, el derecho a la inviolabilidad del domicilio no es el único derecho fundamental que puede verse afectado con la práctica de esta diligencia; la existencia en el domicilio de equipos informáticos, como teléfonos de última generación (smartphones) u otros dispositivos que permiten el almacenamiento masivo de datos hacen que su intervención pueda afectar a diferentes aspectos propios de otros derechos fundamentales como la intimidad o el secreto a las comunicaciones.

Los derechos fundamentales aun siendo los que gozan de mayores garantías y mecanismos de protección tienen unos contornos y unos límites imprescindibles para ensamblarse entre ellos y con el conjunto de derechos que corresponden a todas las personas. El examen de estos límites es imprescindible para conocer la forma en la que actúan y el modo en que se pueden ejercer y garantizar estos derechos, por lo que comenzaremos nuestro estudio analizando estos límites, para más adelante abordar la

forma en que se concretan respecto a la inviolabilidad del domicilio y el resto de derechos fundamentales que pudieran verse afectados.

El artículo 10.1 CE, abre el título dedicado a los derechos fundamentales, estableciendo que «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»¹. En su origen, el reconocimiento de los derechos fundamentales supuso la superación de los estados absolutistas al plasmar y positivizar estos derechos y dio lugar la instauración de las democracias en los países en los que se iba produciendo su paulatino reconocimiento². Doctrinalmente existe el consenso de que los derechos humanos tienen un origen iusnaturalista, surgiendo como réplica al absolutismo mediante la exigencia de un conjunto de garantías civiles, políticas y procesales sobre la base de argumentaciones de índole contractual³.

¹ STC 21/1981, de 15 de junio «No cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar nuestro ordenamiento jurídico». Para el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales no son concesiones arbitrarias o graciosas del constituyente, sino que se fundamentan en un sistema de valores previo a la Constitución. La constitución recoge o asume esos valores y los derechos que en ellos se fundan como decisión básica, de tal modo que adquieren carácter informador del ordenamiento.

² El artículo 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789 dice que «las sociedades en las que la separación de poderes no está asegurada y los derechos del hombre no están reconocidos carecen de Constitución». Si no se dan estos dos presupuestos puede existir Constitución formal, que dote al Estado de organización interna a través de un documento llamado como tal, pero no se puede hablar en puridad de Constitución. GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN; *El amparo judicial de los derechos fundamentales*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid 1.985. Pág. 11.

³ PECES-BARBA, GREGORIO; *Derecho y Derechos Fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1.993. Pág. 327.

En una primera fase, los derechos juegan un papel innovador, de motor de cambio, de transición de regímenes totalitarios a democráticos para después, una vez reconocido el orden democrático – en el que los derechos humanos son pilar y sustento-, cesar el carácter transformador de los mismos, para adquirir estos derechos un papel más garantista⁶. Así, de un Estado árbitro del juego social, que asume el papel de moderador en las relaciones entre particulares, se evoluciona progresivamente a un Estado⁷ que va asumiendo el logro de objetivos sociales (demandado por los propios individuos), en el que los derechos humanos pasan a ser «derechos crédito» -o de segunda generación- frente al Estado y son la expresión jurídica de los valores y opciones centrales del pacto social, lo que quiere decir que éstos son el fundamento de aquéllos, la manifestación del tránsito de una democracia formal, a una democracia material⁸.

⁴ ARA PINILLA, IGNACIO; «Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática». En *El fundamento de los Derechos Humanos*. Ed. Debate. Madrid. 1.989. Pág. 58.

⁵ El fenómeno es relevante porque de la exigencia de garantías sustantivas, se pasa a reclamar las garantías adjetivas de los mismos, esto es, los mecanismos jurídicos de todo orden que se establecen para garantizar el efectivo desarrollo de los mismos. Se trata, en suma, de exigir el acatamiento a la norma fundamental en la que dichos derechos están reconocidos, abundando en que el carácter de los mismos como derechos subjetivos no varía ya sea su fundamentación iusnaturalista o positivista. ARA PINILLA, IGNACIO; *Los derechos...* op cit. Pág. 59.

⁶ PEÑA FREIRE, ANTONIO M.; *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Ed. Trotta. Madrid .1997. Pág. 108.

⁷ NIKKEN, PEDRO; *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Ed. Cívitas. Madrid. 1.987. Pág. 29. Como los derechos humanos son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma.

⁸ En la evolución de los derechos humanos, juega un papel decisivo el concepto de la «legitimación» del poder. Así, en Occidente en la Edad Media, el poder se consideraba legítimo cuando sus mandatos eran reflejo de la voluntad o de la razón divina. Con la modernidad se exige que sea la razón y no la fe la que apoye la obediencia al poder. Esa nueva concepción originará una mutación de la posición del individuo frente al Estado. BARRANCO AVILÉS, M^a DEL CARMEN; *La teoría jurídica de los Derechos Fundamentales*. Ed. Dykinson. Madrid. 2.000. Pág. 80.

Sin embargo, superados los estadios anteriores, va a surgir una nueva generación de derechos humanos que cuestionan en cierta medida el estado de las cosas. La democracia se ve obligada a dar respuestas a la crisis del Estado social, determinándose como insuficientes los niveles alcanzados en la determinación de los derechos económicos, sociales y culturales⁹. Los derechos humanos, en la época más reciente se convierten en fundamento de la legitimidad de un Estado que pasa, tras su reconocimiento real y efectivo, a ser Estado Social y Democrático de Derecho¹⁰.

1.1 El proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales

En la formulación de los derechos humanos como tal, hasta llegar a los derechos de última generación se puede observar tres etapas.¹¹ Una primera etapa que se caracteriza por la elaboración filosófica de los derechos, en la que los derechos, son universales respecto a su contenido, pero limitados respecto a su eficacia. Son los llamados «derechos de la personalidad» pudiendo señalarse como caracteres de estos,¹² su esencialidad, ser innatos u originarios y connaturales a la persona.

⁹ «No sólo son razones históricas ni de rehabilitación o posibilidad de la dignidad humana las que determinan la crisis del Estado democrático social... la falta de transparencia del sistema económico de cara a las inversiones, la oscura relación entre los mecanismos económicos y los políticos culturales y, la absurda complicación del estado del bienestar». ARA PINILLA, IGNACIO; *Los derechos...* op cit. Pág. 61 y 62.

¹⁰ El reconocimiento y garantía efectiva de los derechos fundamentales guardan estrecha relación con la eficacia y la justicia del Derecho, desde el momento en que la legitimidad se manifiesta como obediencia voluntaria a las normas que produce. BARRANCO AVILÉS, M^a DEL CARMEN; *La teoría...* op cit. Pág. 77 y 78.

¹¹ ROGEL VIDE, CARLOS; *Bienes de la personalidad, Derechos fundamentales y libertades públicas*. Ed. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia 1.985. Pp 104 y ss.

¹² ROGEL VIDE, CARLOS; *Bienes de la personalidad...* op cit. Pp 44 y ss. - Su esencialidad. Sin ellos queda insatisfecha la personalidad como unidad, privada de valor real, inactuada en su plenitud.- Son innatos u originarios. No precisan de ningún mecanismo de adquisición. Son connaturales a la persona. Derivado de este carácter, la doctrina atribuye a los mismos las notas de indisponibilidad, extrapatrimonialidad, intransmisibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad-. Son limitables en atención a la necesidad de su ejercicio en una comunidad en la que los derechos de unos y otros sujetos colisionan, compete al Derecho objetivo el regular su extensión, su ejercicio y sus limitaciones.

Una segunda etapa se produce cuando estos derechos son acogidos por el legislador, lo que sucede con las declaraciones de derechos de los Estados Americanos y la Declaración francesa, es el paso de la teoría a la práctica, del Derecho pensado al Derecho realizado, en este período los Derechos ganan en eficacia en aquellos países que los reconocen, pero pierden en universalidad porque se reconocen solo al ciudadano.

Finalmente la tercera etapa se caracteriza por la internacionalización de los Derechos humanos a través de instrumentos como La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa, uno de los documentos fundamentales de la Revolución francesa (1789-1799) al definir los derechos personales y los de la comunidad, además de los universales. Influida por la doctrina de los derechos naturales, los derechos del hombre se entienden como universales. Esta fase se caracteriza por gozar estos derechos de dos caracteres esenciales: su universalidad y su positividad.

Por último, las declaraciones de Derechos internacionales se «constitucionalizan» ganando en reconocimiento; los derechos fundamentales y libertades públicas se distinguirán de los Derechos humanos por su positivación constitucional y por el conjunto de garantías constitucionales frente al Estado ¹³.

Al venir los Derechos Fundamentales, reconocidos en todas las constituciones modernas, como derechos que el Estado no puede abolir mediante un acto legislativo su derogación destruiría la naturaleza del hombre como ser espiritual y moral¹⁴.

¹³ Son cuatro los mecanismos de garantía que a lo largo de la historia se han ido desarrollando en orden a proteger los derechos frente a la Administración: su configuración legal, su posterior constitucionalización, la jurisdiccionalización inmediata y directa de los derechos (incluso mediante la creación de un órgano supremo de jurisdicción constitucional) y, mediante la incorporación de un órgano unipersonal de protección de los derechos. ROGEL VIDE, CARLOS; *Bienes de la personalidad...* op cit. Pág. 118 y 119.

¹⁴ GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN; *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1.994. Pág. 22.

Nuestro propio Tribunal constitucional ha reconocido el carácter esencial de los mismos. Por poner algún ejemplo, la STC 56/1982, señala que «La constitucionalización no es simplemente la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicitado, sino la plena positivación de un derecho, a partir de la cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios (art. 53.2 CE) y su elevación al rango de derecho fundamental, de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento», o siguiendo la STC 21/1981 de 15 de enero, que «Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos».

Es indudable que el eje definitorio de la naturaleza del derecho es interno al mismo, preexistente al derecho e inviolable, en cualquier derecho fundamental, como, por ejemplo, la dignidad humana o la inviolabilidad del domicilio. El ordenamiento constitucional los recoge y los dota de contenido ¹⁵ para asegurar su protección.

1.2 Los derechos fundamentales como garantía

Los derechos fundamentales y entre ellos la inviolabilidad del domicilio, se conciben primordialmente como derechos subjetivos que imponen a los poderes públicos la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos delimitada. Pero también presentan una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el ordenamiento jurídico, lo que impone a los poderes públicos, en sus correspondientes ámbitos funcionales, cooperar a su implantación, disfrute y defensa en cualquier sector jurídico en que estos puedan verse afectados, dimensión que en este caso se despliega desde el art 18 de nuestra CE.

No obstante, y teniendo presente la doble dimensión objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales, por lo que interesa al objeto del presente trabajo hemos de centrar nuestra exposición, en la dimensión subjetiva. Como derechos subjetivos, basta

¹⁵ PEÑA FREIRE, ANTONIO MANUEL.; *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Ed. Trotta. Madrid .1997. Pág. 115 y ss.

recordar que los derechos fundamentales gozan de una serie de rasgos que otorgan un conjunto de garantías básicas para el ciudadano ¹⁶.

La naturaleza negativa u oclusiva, que pretende la preservación de un estatus jurídico individual del ciudadano mediante la prohibición general de toda intromisión en el mismo y su naturaleza individual, al estar reconocidos de forma inherente a la persona, su titular ¹⁷. También destaca su carácter reaccional, ya que en algunos de ellos se exige una determinada acción del titular para que se activen los mecanismos de garantía preservadores de los mismos.

Siguiendo por ejemplo a PECES-BARBA¹⁸, para que pueda hablarse de una efectiva protección de los derechos fundamentales, es preciso;

- 1.- Que estén reconocidos en una norma legal o suprallegal.
- 2.- Que los ciudadanos tengan atribuida, como derecho subjetivo, la facultad de acudir a los Tribunales para exigir su efectividad y, si es preciso,
- 3.- La posibilidad de accionar el aparato del Estado para reparar o restablecer el derecho violado.

Uno de los rasgos que caracteriza a las Constituciones modernas como la nuestra, es que las mismas prevén la existencia de unos mecanismos legislativos, judiciales e institucionales para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales que las mismas proclaman, evitando que estos derechos se queden exclusivamente en una proclamación simbólica vacía de contenido y asegurando su efectividad.

¹⁶ PEÑA FREIRE, ANTONIO MANUEL.; *La garantía...* op cit Pp 130 y 131.

¹⁷ El titular de los derechos, como regla general, es el ciudadano de un país. Respecto a la titularidad de los derechos por los extranjeros, la jurisprudencia constitucional distingue en relación con este tema lo siguiente (SSTC de 23 de Febrero de 1.984; y, de 30 de Septiembre de 1.985 entre otras): 1º.- Derechos que pertenecen a la persona como tal y por tanto también a los extranjeros; 2º.- Derechos que no se reconocen a los extranjeros, según los artículos 13.2 y 23 CE; y, 3º.- Derechos que pertenecen o no a los extranjeros según dispongan los tratados y leyes, siendo posible entonces su diferenciación con respecto a los españoles.

¹⁸ PECES-BARBA, GREGORIO; *Derechos Fundamentales*. Ed. Guadarrama. Madrid 1.976. Pág. 76.

1.3 La naturaleza de los Derechos Fundamentales

Examinando brevemente la naturaleza de los derechos, siguiendo por ejemplo a STERN¹⁹, los derechos fundamentales como hemos anticipado gozan de una doble dimensión, subjetiva y objetiva. Su dimensión subjetiva, según JELLINEK, «es la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico en cuanto se dirige a un bien o a un interés», definiéndolo desde una doble dimensión: a) formal: como una pretensión jurídica que deriva de las cualificaciones concretas de la personalidad; y, b) material: como aquél que pertenece al individuo por su cualidad de miembro del Estado. Según dicho autor, para la efectividad real de los derechos de los individuos, es preciso considerar la «Teoría de la autolimitación del Estado», según la cual el Estado no solo reconoce los derechos públicos individuales, sino que además se autoimpone el deber de actuar en favor de la plena garantía de esos derechos, como derechos subjetivos; los derechos fundamentales contienen derechos de defensa y derechos de prestación.

Cuando se trata de su dimensión objetiva, el derecho fundamental se desdobra en garantías institucionales y en el contenido jurídico objetivo de los derechos fundamentales con un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico que impone deberes para el Estado, proporcionando un procedimiento y una organización estatal-administrativa, que facilitan su disfrute y protección ²⁰. Como tal, los poderes públicos están obligados a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...»²¹.

¹⁹ Citado por GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO; en *Derechos Fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Ed. Civitas. Madrid. 1.994. Pág. 74 y 75.

²⁰ Artículo 9.2 De la Constitución Española de 1978. Respeto a la ley libertad e igualdad.

²¹ El Estado está obligado a: a) Respetar el ámbito de libertad garantizado a los particulares por los derechos fundamentales; b) Modificar todo el ordenamiento jurídico en concordancia con los derechos fundamentales: efecto irradiación; c) Regular los derechos fundamentales de tal forma que puedan ser ejercidos de manera real y efectiva: intervención activa, no solo de vigilancia; d) Otorgar subvenciones o cualquier otro servicio para facilitar que los derechos fundamentales puedan ejercerse con plenitud. GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO; *Derechos Fundamentales* op cit. Pág. 104 y 105.

Íntimamente ligada a su naturaleza, aparece la denominación que reciben y han recibido a lo largo del tiempo; acepciones que, al margen de su significación histórica, son manifestaciones del «valor» de la persona en su doble acepción: como sujeto de derechos y, como actor de derechos a la hora de exigir la garantía de sus derechos ante los poderes públicos ²².

De esta forma encontramos generalmente diferentes denominaciones o acepciones al estudiar este tipo de derechos:

1.- Derechos de la personalidad. Se denominan como tales a los derechos cuyo objeto no es ya la propia persona, sino las cualidades, partes, bienes, intereses, atributos de esta, que adquieren propia autonomía, como consecuencia de la protección autónoma y separada del ordenamiento jurídico. Lo que tales derechos protegen, no son las cosas en su consideración física de objeto material, ni la utilidad o bien que las cosas o los objetos en general representen; protegen únicamente el interés que pueda tener para el sujeto, siempre y cuando sea un interés digno de protección jurídica²³.

2.- Derechos del hombre. Son relaciones de derecho público con los que se protegen derechos esenciales del individuo contra el arbitrio del Estado, mientras que los derechos de la personalidad, aunque tienen el mismo carácter son contemplados desde la óptica del derecho privado; es decir, como relaciones entre particulares. ²⁴

²² PECES-BARBA, parte de la denominación que nos parece más adecuada y que vamos a utilizar en este estudio. Todos los derechos son humanos puesto que el hombre es sujeto de derechos, pero advirtiendo que la acepción derechos naturales, tiene un claro matiz iusnaturalista, especialmente si de un tratado de limitaciones de derechos se trata, en el que rige de forma taxativa el principio de legalidad. PECES-BARBA, GREGORIO; *Derechos Fundamentales*. op cit. Pág. 13 y ss.

²³ ROGEL VIDE, CARLOS; *Bienes de la personalidad*, ... op cit. Pág. 36.

²⁴ ROGEL VIDE, CARLOS; *Bienes de la personalidad*, ... op cit Pág. 90.

3.- Derechos humanos. Se trata de derechos que, refiriéndose a valores básicos, están reconocidos por tratados internacionales²⁵.

4.- Libertades públicas. Para ROGEL, el término deriva de la oposición de los conceptos de libertades públicas (libertad de pensamiento, de emisión de este, de prensa, de religión, de reunión, de asociación), de las que se ocupa el derecho público y están garantizadas por las Constituciones de los Estados o por leyes especiales, frente a libertades civiles, garantizadas por normas de derecho civil²⁶.

5.- Derechos fundamentales. Los derechos fundamentales -denominación recibida del derecho público alemán- son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada²⁷.

²⁵ La diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos para algunos autores estribaría, en el ordenamiento que los reconoce y protege: el ordenamiento interno en el caso de los derechos fundamentales; el ordenamiento internacional en el caso de los derechos humanos. DIEZ-PICAZO, LUIS M; *Sistema de Derechos fundamentales*. Ed. Thomson-Civitas. 3ª Ed. Pamplona 2.008. pág. 40.

²⁶ ROGEL VIDE, CARLOS; *Bienes de la personalidad, ... op cit* Pág. 52. PECES-BARBA sostiene que la diferencia entre ambos términos habría que encontrarla en que, «frente al espíritu sin fuerza, las libertades públicas expresan un espíritu, una moralidad apoyada por la fuerza del Derecho positivo».

²⁷ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE; *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos. Madrid 1.984. Pág. 46. Para este autor, los derechos fundamentales son los derechos humanos positivados, entendiendo por derechos naturales como «el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional». Las Constituciones tendrían de este modo valor «declarativo» no «constitutivo», ya que los derechos fundamentales son realidades anteriores al derecho objetivo.

Todas estas definiciones, en cualquier caso, vienen a evidenciar lo que a lo largo de la historia del pensamiento jurídico ha sido fuente de enfrentamiento permanente: el punto de vista iusnaturalista y el positivista. La función de los derechos fundamentales varía según se considere a los mismos desde el punto de vista interno o externo. Así, desde el punto de vista externo, los derechos fundamentales aparecen como derechos humanos y, en ese sentido, como el fundamento de las categorías jurídicas. Serían los derechos como principios del ordenamiento. Desde el punto de vista interno, los derechos fundamentales forman parte del Derecho y, en este sentido, la legitimidad se presenta como legalidad. Si, desde el punto de vista externo los derechos fundamentales son criterios de legitimidad, desde esta perspectiva interna se convierten en criterios de validez.

Muchas son las clasificaciones que se han hecho de los derechos fundamentales atendiendo a diversas categorías. Nosotros siguiendo a PECES BARBA,²⁸ podemos clasificarlos atendiendo a los criterios siguientes:

1.- Contenido: en personalísimos (vida, libertad de pensamiento y expresión, etc.); de sociedad, comunicación o participación (asociación, reunión, prensa, etc.); políticos (sufragio); o, de seguridad (garantías penales y procesales).

2.- Forma de prestación: pueden ser derechos autonomía, derechos participación y, derechos prestación o derechos deber.

3.- Titularidad: pueden ser del individuo o de los grupos sociales o comunidades (confesiones religiosas, sindicatos, asociaciones, etc.).

4.- Ámbito de aplicación: pueden ser nacionales e internacionales o supranacionales.

²⁸ PECES-BARBA, GREGORIO; *Curso de Derechos Fundamentales.*, Ed Boletín oficial del estado., Madrid, 1995. Pág. 21.

1.4 Las limitaciones de los derechos fundamentales

1.4.1 Derechos limitables

Desde el momento en que las libertades son definidas por el ordenamiento positivo y delimitadas en una norma, aparecen los límites a su ejercicio²⁹. Los derechos fundamentales no son absolutos, son ilimitables pero no ilimitados³⁰, los límites vienen dados, por la propia naturaleza del derecho, ya que cualquier derecho fundamental ampara aquello que ampara y nada más. Lo que se denominarían límites intrínsecos³¹.

Pero los límites también vienen impuestos por el propio sistema en tanto que los derechos fundamentales forman parte de él; lo que serían los llamados límites inmanentes³². Esta limitación tiene como referente otros bienes constitucionalmente

²⁹ GARCÍA ITURRIAGA, MIGUEL; *Las libertades públicas en la sociedad actual.*, Ed Ministerio del interior, Madrid 1979. Pág. 62.

³⁰ Derivada de la teoría absoluta de la noción del contenido esencial, se excluiría cualquier limitación legislativa de los derechos fundamentales, ya que ese «núcleo duro» que representaría el contenido esencial quedaría fuera del alcance del poder legislativo. En este sentido los derechos fundamentales serían ilimitables. Sin embargo son limitados puesto que existen límites al propio derecho fundamental que el Derecho no haría sino reconocer pero que sería anterior a él. MARTINEZ PUJALTE, ANT LUIS; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.* Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1.997. Pág. 48 y ss.

³¹ Serán aquellos límites que vienen dados por la propia naturaleza del derecho. STC 5/81, de 13 de febrero.

³² Los derechos y libertades, por reconocerse dentro del ordenamiento jurídico, han de conciliarse con otros bienes que el ordenamiento protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto frente a éstos. MARTÍN RETORTILLO, LORENZO y OTTO Y PARDO, IGNACIO; *Derechos fundamentales y Constitución.* Ed. Cívitas. Madrid. 1.988. Pág. 110. Así serían límites inmanentes: el derecho de los demás; la moral vigente; el bien común; y, por último, la seguridad ciudadana. GARCÍA ITURRIAGA, MIGUEL; *Las libertades públicas ...* op cit Pág. 63.

protegidos, sin que pueda servir de justificación de un límite la protección de otro bien infraconstitucional³³. Tanto los derechos individuales como sus limitaciones se integran en un único ordenamiento inspirado en los mismos principios, siendo considerados por el artículo 10.1 de nuestra Constitución como fundamento del orden político y de la paz social³⁴.

Llegados a este punto, como criterio exegético autónomo, interesa recordar que los límites a los derechos fundamentales «deben ser siempre interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia del derecho limitado»³⁵. Cualquier medida restrictiva o limitativa de derechos fundamentales ha de cumplir dos presupuestos la legalidad y la proporcionalidad. Debe ajustarse al principio de legalidad, toda restricción de derechos fundamentales debe encontrarse legalmente prevista, orientada a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y será siempre presupuesto necesario la aplicación del principio de proporcionalidad. La observancia de tal principio resulta necesaria porque las actuaciones que caen bajo el supuesto de hecho constituyen el conjunto de casos prohibidos “prima facie” por el derecho fundamental o, lo que es lo mismo, de aquellos supuestos protegidos por el correspondiente derecho. A este respecto, el conjunto de actos prohibidos, así como los protegidos por la norma conforman las dos caras de una misma moneda pues, como ha manifestado PECES-BARBA³⁶, el supuesto de hecho comprende el conjunto de casos protegidos por cada derecho fundamental. Así pues, a través de cada derecho fundamental se salvaguarda a su titular del conjunto de intromisiones que inciden sobre tal ámbito de protección del derecho.

³³ «Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. STC 22/84, de 17 de febrero.

³⁴ Artículo 10 de la Constitución Española de 1978.

³⁵ Sentencia Tribunal Constitucional 159/86, de 12 de diciembre; y 74/91, de 8 de Abril.

³⁶ PECES-BARBA, GREGORIO; «Curso de Derechos Fundamentales I» . . .» op cit pág. 590 define el supuesto de hecho como el haz de derechos y libertades que abarca el derecho.

Al examinar la cuestión ALEXY, ³⁷ ha señalado que solo se satisface el supuesto de hecho del derecho fundamental, tratándose de los derechos de defensa, cuando se produce una intromisión en el ámbito protegido por el derecho fundamental si la misma viene prevista por la propia Constitución, esto es, las restricciones de los derechos fundamentales vienen establecidas por la propia norma constitucional.

Ahora bien, existen dos tipos de restricciones fundamentales³⁸; las que son directamente constitucionales y las que son indirectamente constitucionales.

Las restricciones de rango constitucional (que son directamente constitucionales), a su vez se subdividen en restricciones y cláusulas restrictivas. El concepto de restricción corresponde a la perspectiva del derecho, el de la cláusula restrictiva a la perspectiva de la norma. Esta última es parte de la norma en sí, y dice cómo está restringido o puede ser restringido lo que está protegido por la norma, al mismo tiempo las cláusulas restrictivas pueden ser expresas o tácitas.

Así, pues, la observancia del supuesto de hecho implica la satisfacción de dos requisitos: de un lado, la actuación de los poderes públicos tiene que incidir sobre el ámbito de protección del derecho o, lo que es lo mismo, debe formar parte del contenido del derecho y, de otro, dicho acto tiene que calificarse como una intromisión. Al objeto de comprobar la consecución de la doble condición expuesta, han de interpretarse ambos términos, el ámbito de protección, así como la injerencia, con la mayor amplitud posible³⁹ puesto que, de esta manera, se configura un amplio supuesto de hecho y, en consecuencia, una extensa protección a través del derecho fundamental.

³⁷ ALEXY, ROBERT; *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de estudios Constitucionales, 1993, pág. 272.

³⁸ ALEXY, ROBERT; «Sobre la teoría estrecha y amplia del supuesto de hecho», *Teoría a de los..*, .op. cit., pág..277

³⁹ ALEXY, ROBERT; «Sobre la teoría estrecha y amplia del supuesto de hecho», *Teoría a de los..*, .op. cit., pág. 298-321.

Una concepción amplia ha sido postulada por autores como PRIETO SANCHÍS⁴⁰ señalando que, toda posición individual que represente al menos una actuación subsumible en el supuesto de hecho debe ser considerada, en principio, como una manifestación específica de la libertad fundamental, lo que provoca un conflicto entre bienes constitucionales. Dado que ambos factores se encuentran interrelacionados, un sector doctrinal⁴¹, siguiendo a Alexy, ha expuesto que, cuanto más amplia o estrictamente se interprete el ámbito de protección del derecho fundamental, mayor o menor número de actuaciones estatales se comprenderán como intromisiones, respectivamente.

La configuración amplia de tales factores debe efectuarse, en el caso del ámbito de protección, conforme a su texto, historia, origen y posición sistemática y, en el supuesto de la intromisión, tomando en cuenta la función y concepto de derecho fundamental para a continuación, delimitar ambos elementos; esto es, qué esfera se protege, de un lado, y frente a qué actos se salvaguarda tal ámbito, de otro. La expresión «ámbito de protección» cobra sentido cuando se aplica a cada derecho fundamental. Para llevar a cabo su interpretación, tienen que tomarse en cuenta algunas pautas generales dirigidas a la identificación del ámbito de protección, a la delimitación de su contenido y a su puesta en relación con otros derechos fundamentales.

Con carácter previo a delimitar la esfera de protección, se hace necesario concretar cuáles son los derechos fundamentales cuya esfera de protección es susceptible de ser protegida. En particular, se ha planteado si tan sólo se incluyen los derechos contemplados en la Sección 1ª del Capítulo II, denominada «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas» o, si, además, cabe tomar en consideración

⁴⁰ PRIETO SANCHIS, LUIS. «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades». *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, p. 454.

⁴¹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de los*, o.p...cit., pág. 295.

1.4. 2. La esfera de protección de los derechos fundamentales

los que vienen recogidos en la Sección 2ª, calificada como «De los derechos y deberes de los ciudadanos».

Frente a una concepción amplia que incluye los derechos que se consagran en ambas secciones, en nuestra opinión cabe defender una interpretación estricta, como sostiene cierto sector doctrinal⁴², así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴³. Siguiendo esta posición restrictiva tan sólo los derechos que se consagran en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I son calificables como fundamentales. Dejando al margen esta discusión teórica, pues la polémica no afecta al derecho que nosotros examinamos en el presente trabajo, siendo que el derecho a la inviolabilidad del domicilio, se halla regulado en la sección 1ª del capítulo II, es indiscutible que se trata de un derecho fundamental reconocido dentro de los que forman el denominado núcleo duro de la Constitución, exactamente lo mismo puede decirse tanto del derecho a la intimidad como el derecho al secreto de las comunicaciones igualmente recogidos en esta sección. Por ello lo que nos interesa ahora de cara a nuestro estudio de la diligencia de entrada y registro, es la forma de determinar la esfera de protección de estos derechos fundamentales y el ámbito que abarca su protección.

⁴² PECES-BARBA, GREGORIO. «*Génesis de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en la Constitución española de 1978*», Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, nº 6, abril 1989, pág. 39.

⁴³ En este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 de abril (FJ 6º).

Debemos determinar el modo de delimitar la esfera objeto de protección en torno a estos derechos fundamentales, para su identificación, a juicio de SCHMALZ⁴⁴, por la inclusión de una serie de conceptos, denominados «conceptos guía» y de «garantías», como la aplicable al derecho al honor, intimidad personal, familiar e imagen (art. 18.1) o la relativa al secreto de las comunicaciones (art. 18.3) y de la «inviolabilidad» referida al ámbito domiciliario (art. 18.2).

En particular, se ha puesto de relieve ⁴⁵ que, a través de cada uno de estos derechos se puede amparar, no sólo una actuación positiva del titular del correspondiente derecho fundamental. Si se trata de una libertad en sentido positivo, por ejemplo, la libertad de expresión se protege al titular del derecho también frente una omisión de esa acción o libertad en sentido negativo.

En segundo término, el contenido del «ámbito de protección» del derecho fundamental requiere una doble delimitación. Desde un punto de vista negativo, permite excluir aquellos casos que no forman parte del ámbito de protección tal y como se dispone por el propio precepto constitucional donde se proclama el derecho

⁴⁴ SCHMALZ, DIETER; *Grundrechte (Derechos fundamentales)*. Erasburg. Nomos Verlagsges. 1997.pp. 32 y 51. En la Constitución alemana serían, entre otros, el «desarrollo de la personalidad» (art. 2 I GG); «vida», «integridad física», «libertad de la persona» (art. 2 II GG), «creencias» y «conciencia» (art. 4 I GG), «libertad de expresión» (art. 5 I GG), «matrimonio» (art. 6 I GG), «propiedad (art 14 I GG).

⁴⁵ SCHMALZ, DIETER; *Grundrechte*.,o.p. cit., pág. 51. Tales formulaciones son la «libertad» («la libertad de la persona es inviolable», art. 2 II 2); «libre» («todos tienen derecho a expresar y difundir libremente su opinión» y «el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres», art. 5 I 1, III); «inviolabilidad» («la libertad de creencias, de conciencia y la libertad de profesión, religiosa e ideológica son inviolables», art 4 I, «el domicilio es inviolable» art. 13 I); por el reconocimiento del «derecho» a hacer algo («todos tienen derecho a la vida y a la integridad física, art. 2 II 1, «todos los alemanes tienen derecho a reunirse pacíficamente», art. 8 I; todos los alemanes tienen el derecho de constituir asociaciones y sociedades, art. 9 I), «protección» ante posibles acciones («el matrimonio y la familia están bajo la protección especial del orden estatal» (art. 6 I) o la «garantía» («la propiedad y el derecho a la herencia están garantizados» art. 14 I).

fundamental. Desde una perspectiva positiva, cabe la interpretación en un sentido amplio del ámbito de protección. Las exclusiones manifestadas se refieren a aquellos supuestos que no forman parte del ámbito de protección porque la propia proclamación del derecho contiene, a juicio de SCHMALZ⁴⁶, «circunstancias limitadoras» en el ámbito de protección. Sería el caso, por ejemplo, del derecho de reunión que, tanto en la Constitución alemana (art. 8 I), como en la española (art. 21. 1), se condiciona al reconocimiento del derecho a que se efectúe pacíficamente y sin armas⁴⁷. En tal supuesto, se ha señalado que, dado que la libertad de reunión se protege únicamente en tales circunstancias, la prohibición de una reunión en la que los participantes acuden armados no constituye una intromisión en el ámbito de protección de tal derecho.

En relación con la amplia interpretación de tales esferas, se ha manifestado⁴⁸ que resulta necesaria la exacta determinación de las conductas comprendidas en los «conceptos guía», cuando se trata de medidas que no se dirigen contra el contenido esencial de la libertad, sino que tan sólo afectan a aspectos que bordean la esfera de protección. El Tribunal Constitucional Federal Alemán se ha pronunciado expresamente a favor de facilitar la amplitud de conceptos que forman parte de un derecho fundamental; entre ellos precisamente se ha decantado por un concepto amplio de domicilio, con la incorporación incluso de los talleres y negocios en este concepto.

⁴⁶ SCHMALZ, DIETER; *Grundrechte...*, o.p. cit., pág. 51 pone, como ejemplo, el art. 4.I referido a la inviolabilidad de la libertad de creencias o el art. 5 I 1 que alude al derecho a expresar libremente una opinión sin trabas como ejercicio de libertad negativas.

⁴⁷ SCHMALZ, DIETER; *Grundrechte...*, op. cit., pág. 51, se refiere a las «Eingrenzende Tatbestandsmerkmale».

⁴⁸ SCHMALZ, DIETER; *Grundrechte...*, o.p. cit., pág. 51.

Un sector doctrinal⁴⁹ pone de manifiesto que, en ocasiones, la delimitación del contenido del ámbito de protección requiere la puesta en relación de este ámbito de protección con otros derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en el caso del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, la delimitación del ámbito de protección de este derecho, el domicilio constitucional, exige la puesta en relación de tal derecho con otros, tales como el derecho a la intimidad, el secreto profesional, la libertad de expresión y el derecho de asociación.

El segundo elemento que configura el supuesto de hecho de los derechos fundamentales lo constituyen las intromisiones, intervenciones o injerencias en el ámbito de protección de los mencionados derechos. En particular, las intromisiones pueden definirse como el conjunto de actuaciones contra las que se dirige la protección otorgada por el correspondiente derecho fundamental; esto es, aquellos actos que se encuentran en principio prohibidos. Ante la conveniencia de abarcar el mayor número de supuestos, en el ordenamiento alemán se ha propugnado una definición amplia del concepto de intromisiones⁵⁰.

Para que se trate de supuestos en principio prohibidos por el correspondiente derecho fundamental, tales actuaciones tienen que revestir una serie de notas características. ECKHOFF⁵¹ entiende que la intromisión tiene que cumplir dos condiciones. En primer lugar, tan sólo constituyen intromisiones, que, por ello, precisan de justificación, aquellas «violaciones» que afectan exactamente al correspondiente ámbito de protección. Las intromisiones de derechos fundamentales son, por este como

⁴⁹ ALEXY, ROBERT; *Teoría de los...*, .o.p.. cit., pág. 295. Sin embargo, subsisten algunos casos en los que se observa un concepto estricto de intromisión. A modo de ejemplo, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.. cit., pág. 295 y 296 alude precisamente a un supuesto de ingreso e inspección en talleres y negocios regulado en el parágrafo 17 párrafo 2 de la Ordenanza de artes y oficios, en virtud de la cual se autoriza a los comisionados de las Cámaras de artes y oficios a entrar en los mencionados talleres con el fin de examinar e inspeccionar. Si bien la jurisprudencia ha interpretado ampliamente el concepto de domicilio, con la inclusión asimismo de talleres y negocios, pero no consideró bajo el concepto de intromisión las inspecciones y visitas, pues utilizó un concepto estricto de intromisión.

⁵⁰ PIEROTH, BODO y SCHLINK, BERNHARD; *Grundrechte. Staatsrecht*, cf Müller. 2000, pág. 64.

⁵¹ ECKHOFF, ROLF; *Der Grundrechtseingriff*. C. Heymann, 1992. pág 253.

intromisiones, lo que reclama una determinada relación de causalidad entre la actuación y la vulneración de la esfera protegida. Así, pues, mientras que del primer requisito se deriva la exigencia de una actuación que afecte al contenido del derecho y, motivo, cualificadas violaciones desde el punto de vista del ámbito de protección del derecho fundamental sobre el que recaen. En segundo lugar, satisfecho el señalado requisito, han de tratarse únicamente de aquellas vulneraciones calificables en sí mismas por tanto, un acto vulnerador del derecho fundamental, el segundo caso presenta mayor complejidad, puesto que sólo ante determinados criterios cabe afirmar que tal relación de causalidad concurre.

Cualquier actuación de los poderes públicos sobre los bienes jurídicos no afecta necesariamente al contenido de un derecho fundamental; para ello debe revestir una entidad suficiente como para vulnerar el derecho.

En nuestro país, la exigencia relativa a la violación del derecho fundamental ha sido mantenida por autores como ORTELLS⁵², señalando que las medidas restrictivas son aquellas que inciden en el contenido del derecho fundamental en un sentido vulnerador.

Esta afección sobre el ámbito de protección del derecho constituye la violación, el requisito básico, en su caso, para que el recurso de amparo prospere, a este respecto, el artículo 44.1 b) de nuestra LOTC señala que la lesión o violación debe ser inmediata y directa, lo que puede interpretarse en el sentido de que comprende asimismo el fundado temor de que la lesión al derecho fundamental pueda producirse. Ahora bien, en cualquier caso, la violación del ámbito de protección del derecho debe revestir la suficiente entidad como para que se activen los mecanismos protectores del derecho fundamental.

⁵² ORTELLS RAMOS, MANUEL; «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de Derechos Fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional» *en Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales. Cuadernos de Derecho judicial. Escuela Judicial*. 1996, pág. 16 y 17.

De conformidad con dicho criterio, nuestro Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la STC 137/1990, de 19 de julio, ha exigido, con carácter previo a la aplicación del principio de proporcionalidad, la existencia de una intromisión vulneradora o ilegítima. Determinando dicha intromisión en virtud de diversos criterios, tales como, la afección del ámbito de protección del derecho fundamental, la cualidad de los medios empleados para lograr una limitación, así como la finalidad perseguida por tal actuación estatal.

Con carácter general, SCHMALZ⁵³ manifiesta que la afección debe ocasionar un perjuicio tal que dificulte o impida el ejercicio del derecho fundamental, lo que significa que debe tratarse de una vulneración efectivamente ocasionada y no absolutamente insignificante. En el tema que a nosotros nos corresponde analizar, la vulneración se produce cuando una persona entra en morada ajena en contra de la voluntad del morador, pero a la vista de lo expuesto parece que será necesario que exista una cierta vulneración efectiva de la intimidad; así por ejemplo, poner un pie dentro de una vivienda cuando el morador abre la puerta para impedir que el morador la cierre, u otras conductas similares en las que no se produce una entrada efectiva en la vivienda, siendo la misma totalmente circunstancial, sin que conste ninguna intención de lesionar la intimidad, ni por parte del morador de impedir la entrada, parece que no pueden considerarse como actos vulneradores del derecho.

Es importante tener en cuenta que el derecho fundamental aquí considerado, ya desde una primera aproximación a su contenido, no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros». En este sentido lo recoge la STC 69/1999, de 26 de abril o la STC 10/2002, de 17 de enero, al declarar que «no serán considerados domicilios, aquellos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política o de cualquier otra índole».

⁵³ SCHMALZ,DIETER; Ha definido «intromisión» ('Eingriff') como aquella violación efectivamente ocasionada y no absolutamente insignificante de los bienes protegidos a través de un acto de autoridad ('Hoheitsakt') de manera que el bien jurídico protegido por el derecho fundamental sufre una influencia perjudicial porque dificulta o impide el ejercicio del derecho fundamental en el futuro inmediato, *Grundrechte*.,o.p. cit., pág. 52.

1.4.3. El contenido esencial del derecho como referente en su limitación

El artículo 53.1 CE, establece que, «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...». El contenido esencial parte de este modo de la conciencia de derechos que ningún legislador puede suprimir o restringir.

El contenido esencial como límite de los límites, admite dos interpretaciones o teorías acerca de su naturaleza: la teoría relativa y la absoluta⁵⁴. Para la teoría relativa no existe ningún elemento permanente identificable como contenido esencial, y sería la norma constitucional -o un derivado de ésta- el que lo establecería. Por contra, para las teorías absolutas, existe una determinada esfera permanente del derecho fundamental que constituye su contenido esencial. Así mientras las teorías absolutas acogerían una interpretación material del concepto, las relativas incidirían más en su carácter formal⁵⁴.

Para la teoría relativa, el Estado podría limitar por medio de su acción normativa los derechos concretando en cada momento cuál sería el contenido esencial del mismo, mientras que, para las teorías absolutas existiría una parte indisponible del derecho fundamental y por lo tanto ilimitable por el Estado, por tratarse de una realidad metajurídica, que lo vincularía hasta el punto de delimitar las esferas de influencia de la esencialidad del derecho subjetivo.

⁵⁴. La doctrina del Tribunal Federal Alemán interpreta este concepto desde dos aspectos: la teoría relativa y la absoluta. Para la teoría relativa el contenido esencial se define en función del bien que trata de proteger y, en consecuencia, para la misma los derechos no son absolutos sino como limitables y el contenido esencial solo actuaría como límite frente a la limitación arbitraria. La teoría absoluta, estructura el contenido esencial como una protección singularizada que goza de cierta autonomía conceptual, constituyendo el contenido esencial un núcleo absolutamente prohibido para el legislador Vid FREIXES SANJUÁN, TERESA. *Constitución y Derechos Fundamentales*. Ed. PPU. Barcelona 1.992. Pág. 71.

El ordenamiento jurídico español parece acoger la teoría relativa a la hora de concretar el límite de los límites de los derechos fundamentales, exigiendo al legislador a la hora de configurar el límite del derecho, la realización del llamado test de razonabilidad, operación que determina, a la hora de evaluar la constitucionalidad de un límite legislativo a los derechos fundamentales, que se realice un juicio acerca de la justificación de tal límite o intromisión en el derecho fundamental, utilizando como medida el principio de proporcionalidad⁵⁵. Para esta teoría, el contenido esencial es respetado cuando la limitación se encuentra justificada en orden a preservar otros bienes constitucionalmente protegidos, y no lo es cuando esa justificación no se da ⁵⁶.

En principio la regulación o limitación de los derechos fundamentales está reservada al poder legislativo como representante inmediato del titular de la soberanía, el pueblo español según el art. 1.2 CE, quedando prohibida cualquier intervención directa del poder ejecutivo en este ámbito, puesto que también se encuentra vinculado por los derechos fundamentales igual que el resto de los ciudadanos y poderes públicos. Sin embargo, preceptos como el art. 53.1 CE y algunas sentencias del TC como la importante STC 11/1981, de 8 de abril, reflejan elementos de la teoría absoluta al reconocer, aparte de contenidos no esenciales del derecho, un «núcleo duro» o ilimitable por el legislador.

⁵⁵. MARTINEZ PUJALTE, ANTONIO LUIS; *La garantía del contenido esencial ...* op cit Pág. 20 y ss.

⁵⁶. La crítica a esta teoría relativa se basa en que con ella «se altera de un modo notable la posición constitucional de los derechos: estimar que todo derecho puede quedar limitado con amparo en otros bienes constitucionalmente protegidos, sin requerir más que la proporcionalidad de la medida limitadora en relación con los objetivos perseguidos con ella, equivale a relativizar por completo el estatuto jurídico de los derechos fundamentales, sujetándolos a la posibilidad de una permanente restricción que puede incluso a llegar a su completo sacrificio». MARTINEZ PUJALTE, ANTONIO LUIS; *La garantía del contenido esencial ...* op cit Pág. 28.

Desde la mencionada sentencia cabe decir que nuestra jurisprudencia constitucional se alinea con la llamada teoría absoluta, entendiendo que el contenido esencial es la parte intangible de su contenido total. Esto supone reconocer la existencia de otra parte del contenido constitucionalmente protegido, que puede ceder en la configuración legal del derecho, ante limitaciones justificadas en el test de razonabilidad en que consiste el test de proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional ha fijado un método teórico para determinar con validez general y con carácter abstracto el contenido esencial de los derechos fundamentales, que se concreta en dos vías de aproximación a tal contenido: la referida a la naturaleza jurídica del derecho por un lado y la que trata de determinar los intereses jurídicamente protegidos por el otro. Estas vías no se consideran alternativas o antitéticas sino complementarias, el tribunal constitucional señala como factores a tomar en consideración un elenco de “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho fundamental sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a ser comprendido en otro, desvirtualizándose como derecho propio.” La segunda vía de determinación del contenido esencial es la de identificar el derecho subjetivo a través de los intereses jurídicamente protegidos.

La mencionada sentencia 11/1981, describe el contenido esencial desde esta perspectiva, “como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la debida protección”.

Parece que, en cualquier caso, independientemente de la teoría que se acoja, cuando se trata de limitación de derechos, es preciso realizar un esfuerzo a la hora de concretar el contenido esencial del derecho fundamental en juego, pues supone adoptar un criterio para el legislador y establecer un límite para el intérprete que aplica el

derecho, puesto que, dependiendo de la zona afectada del derecho, será preceptiva o no la intervención del correspondiente órgano judicial.

Para LORENZO⁵⁷, la determinación del «contenido esencial» debe hacerse desde la propia Constitución, la cual da una serie de pautas para la correcta interpretación del derecho y determinación de su contenido, jugando en esta cuestión un papel fundamental el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución. Sin embargo, es al poder legislativo al que compete la concreción del contenido esencial, ya que «interpretar» no equivale a determinar el contenido esencial; el contenido esencial viene configurado en el precepto.

Siguiendo lo ya expuesto, para determinar el contenido esencial de los derechos y libertades, nos podemos valer de tres elementos de análisis:

- 1.- El contenido esencial de relevancia constitucional, así por ejemplo en el artículo 15 estaría expresamente determinado al prohibir la tortura y las penas o tratos degradantes;
- 2.- El límite del contenido esencial. Por ejemplo, en el art. 17.2 se establece un límite máximo para la detención preventiva y la puesta a disposición judicial del detenido 72 horas.

⁵⁷ LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, MAGDALENA; *Análisis del contenido esencial de los derechos Fundamentales en el artículo 53.1 de la Constitución Española*. Ed Comares. Granada 1996. Pág. 174.

3.- Las regulaciones adyacentes o complementarias. Por ejemplo, la garantía del habeas corpus regulada por Ley Orgánica 1/1984 al efecto de lo establecido en el art. 17.4 CE⁵⁸.

Los derechos fundamentales constituyen verdaderos límites a las potestades de los poderes públicos⁵⁹. Sin duda la doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en la posibilidad de limitar los derechos fundamentales en orden a los fines de la investigación penal, pero el art. 117.3 CE dice que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, siendo evidente el monopolio de estos en todos aquellos aspectos que supongan limitación de derechos fundamentales⁶⁰.

Si nos situamos en el contexto de una entrada y registro domiciliario, respecto al derecho a la inviolabilidad del domicilio la esfera de protección, como luego analizaremos, es la intimidad de la persona. La limitación de derechos que se produce por la intromisión dentro de la esfera de protección es la injerencia de la Policía Judicial al entrar en el domicilio para llevar a cabo la diligencia de registro domiciliario. En su actuación la Policía y las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado tienen uno de sus principales pilares básicos para el mantenimiento de la seguridad ciudadana mediante el descubrimiento del delito, de sus circunstancias y autores. Seguridad ciudadana cuyo fin principal es garantizar la certeza del orden jurídico, no impidiendo, sin embargo, el ejercicio de los derechos más que en aquellos supuestos en que la medida limitativa

⁵⁸ Art 17.4 de La Constitución Española de 1978. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

⁵⁹ LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSE IGNACIO; *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo*. Ed. Universidad de Sevilla. 1988, Pág. 102

⁶⁰ GIL HERNÁNDEZ, ÁNGEL; *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Ed Colex. Madrid, 1995., Pág. 35.

aparezca como necesaria, eficaz y proporcionada a la infracción que pretende evitar.⁶¹

Como conclusión podemos decir que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, igual que todos los derechos subjetivos, no son ilimitados, sino que encuentran sus límites en los derechos de los demás y en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. La doctrina distingue en la práctica entre límites intrínsecos y límites extrínsecos.

Son límites intrínsecos los que cabe deducir directamente de la propia naturaleza del derecho, definen el marco dentro en el cual las facultades del sujeto han de moverse, en atención a la función del derecho. Así por ejemplo la libertad de cátedra ampara a los profesores en el ejercicio de la función educativa, pero no en otras expresiones realizadas en distinto ámbito.

Son también intrínsecos los límites que derivan de la necesidad de ejercitar los derechos fundamentales, conforme a la buena fe y sin abuso, como ocurre con todos los derechos.

Por otra parte, son límites extrínsecos aquellos que se imponen por el propio ordenamiento jurídico, a su vez, pudiendo ser explícitos o implícitos. Los límites explícitos son los reconocidos expresamente por la Constitución, que los reconoce en muchos preceptos del título I. A su vez estos límites expresos pueden establecerse con carácter general⁶² para todos los derechos fundamentales o respecto a algún derecho concreto.

⁶¹ Seguridad ciudadana que supera la antigua concepción de «orden público» concebido como fin del Estado necesario para la supervivencia del éste (situación típica de los regímenes autoritarios), atribuyéndole una significación más amplia que supere el mero mantenimiento de la paz en la calle. GARCÍA ITURRIAGA, MIGUEL; *Las libertades públicas ...* op cit Pág. 64.

⁶² Límites generales: El artículo 10 establece como límite general el ejercicio de los derechos de los demás. Límites concretos: Son los impuestos por la constitución al ejercicio de derechos concretos, por ejemplo, el orden público se establece como límite a las libertades religiosa y de culto, o la existencia de un delito flagrante cuando actúa como límite de la inviolabilidad del domicilio.

Los límites implícitos al ejercicio de los derechos fundamentales son aquellos que, aunque no estén previstos expresamente vienen impuestos por la propia lógica del ejercicio de derechos y del ordenamiento. Ahora bien, no cualquier bien o principio jurídicamente protegible puede actuar como límite de los derechos fundamentales. Si así fuera resultaría sencillo para los poderes públicos vaciar de contenido los derechos fundamentales mediante la invocación de esos supuestos principios o bienes. El TC ha señalado que los límites implícitos a los derechos fundamentales han de basarse siempre en bienes constitucionalmente protegidos; así estos sólo pueden ceder “ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran de resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos”. En este sentido; a la hora de reconocer límites implícitos a un derecho fundamental sirva de referencia la STC 120/1990.

Dado el carácter de derecho fundamental que tiene la inviolabilidad del domicilio, es necesario encontrar el justo equilibrio entre el deber de los poderes públicos de perseguir los delitos y hacer cumplir la legalidad vigente, y el respeto a ese ámbito de privacidad que representa aquel derecho para los ciudadanos. En cierta medida, ese equilibrio cobrará realidad siempre y cuando «la entrada y registro» sea llevada a efecto con gran cautela y rodeándola de las garantías necesarias, siendo un medio imprescindible para la detención de cualquier sujeto presuntamente responsable de un delito, para la evitación de la perpetración de un hecho delictivo, o para la búsqueda o puesta a buen recaudo de efectos, objetos o instrumentos relacionados con la averiguación de la actividad delictiva y la identificación de los responsables del delito.

De acuerdo con este análisis que hemos expuesto, debemos extraer como consecuencia la imposibilidad de invocar vagos e imprecisos principios como el bien común para justificar la limitación de un derecho fundamental como lo es la inviolabilidad del domicilio, puesto que una limitación de este tipo sólo puede basarse en la existencia de otro bien constitucionalmente protegido.

Ahora bien, en la práctica no siempre resulta sencillo determinar si un bien está reconocido constitucionalmente o no. Esta tarea corresponde a los operadores jurídicos de acuerdo con las pautas generales de interpretación constitucional, y en ella ha de tenerse presente la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, interpretando, pues, restrictivamente sus límites, que en todo caso deben resultar proporcionales de cara al fin que persiguen.

2. Límites de los Derechos fundamentales y nuevas tecnologías de la comunicación

2.1 Tecnologías de la comunicación y su evolución

En la actualidad las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), están presentes en todas las facetas humanas. Ello hace imprescindible abordar su incidencia en el campo del derecho y en particular, por lo que respecta al presente trabajo, su incidencia en la protección de los derechos fundamentales y en la práctica de la diligencia de registro domiciliario. En cuanto al concepto de TIC a manejar, teniendo en cuenta nuestro especial objeto de estudio, nos referiremos al conjunto de recursos necesarios para encontrar, comunicar, manipular, gestionar la información, a través medios informáticos como ordenadores, teléfonos móviles, equipos o soportes electrónicos mediante programas informáticos con la ayuda de las redes necesarias para convertirla, almacenarla, administrarla y transmitirla.

Este tipo de terminales informáticos actúan como punto de acceso de los ciudadanos a la sociedad de la información y por eso son de suma importancia, constituyendo uno de los elementos que más ha evolucionado y sigue evolucionando recientemente. Es continua la nueva aparición de terminales que permiten aprovechar mejor la digitalización de la información y la creciente disponibilidad de infraestructuras por intercambio de información digital a escala global. A ello han contribuido diferentes novedades tecnológicas que han coincidido en el tiempo para favorecer un entorno propicio, ya que la innovación en los terminales va unida a la

innovación en los servicios disponibles, pues usualmente el terminal es el elemento que facilita el acceso a la red. Novedades que hacen referencia, por ejemplo, a la capacidad y a la miniaturización de los dispositivos de almacenaje de datos, que han permitido la creación de un conjunto de nuevos dispositivos portátiles que administran cantidades ingentes de contenidos multimedia, incluyendo reproductores portátiles de MP3 o de vídeo.

La tecnología digital⁶³ es uno de los motores más importantes del crecimiento económico, la mejora del nivel de vida y el aumento de la sostenibilidad. Desde la década de 1980, la tecnología digital ha sido responsable de alrededor de una cuarta parte del crecimiento de las economías avanzadas. Las diversas tecnologías, como el ordenador personal, Internet, el smartphone y la nube, han contribuido a transformar la forma en que vivimos, trabajamos y nos comunicamos. Por otra parte no son ninguna “panacea ni fórmula mágica”, pero pueden mejorar la vida de todos los habitantes del planeta permiten a la sociedad disponer de una serie herramientas para llegar a los Objetivos de Desarrollo del Milenio y de instrumentos que pueden avanzar la causa de la libertad y la democracia, así como de los medios necesarios para propagar los conocimientos y facilitar la comprensión mutua. Todos tenemos ese potencial.⁶⁴

Desde un punto de vista particular, que nos interesa especialmente, según Informe explicativo del Convenio sobre Cibercriminalidad del Consejo de Europa, hecho en Budapest en 2001, «la telefonía clásica, que supone la transmisión de la voz humana, se ha visto superada por el intercambio de grandes cantidades de datos, que incluyen voz, texto, música e imágenes estáticas y en movimiento. Este intercambio ya no ocurre sólo entre los seres humanos, sino también entre los seres humanos y los ordenadores, y entre los mismos ordenadores. Las redes de conmutación de circuitos han sido reemplazadas por redes de conmutación de paquetes. Ya no es relevante si se puede establecer o no una conexión directa; basta con ingresar los datos en una red con

⁶³ Cálculo del informe Public First, basado en Total Economy Database. *Descubriendo el potencial digital de España*. Editor Amazon Web Services (AWS), 2022

⁶⁴ KOFI ATTA ANNAN, secretario general de las Naciones Unidas, cargo que ocupó entre 1997 y 2006, y fue galardonado, junto a la ONU, con el Premio Nobel de la Paz de 2001. Discurso inaugural de la primera fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información. Ginebra 2003

una dirección de destino o ponerlos a disposición de cualquiera que quiera acceder a los mismos». Por ello la doctrina resalta la dificultad de diferenciar el mero trasvase de datos entre máquinas, donde la intervención humana puede ser muy remota y una comunicación protegida⁶⁵.

Estos avances tecnológicos pueden facilitar la investigación delictiva en los tipos delictivos que se sirven para su comisión de Internet o darknet, así como en la investigación de la criminalidad que podríamos llamar clásica, tanto por los avances en la investigación forense, por ejemplo, la elaboración de los perfiles genéticos, como por el acceso a los datos que se comunican a través de las nuevas tecnologías y equipos informáticos de almacenamiento masivo de datos. La utilización por el delincuente de equipos tecnológicos le facilita la comisión del delito, pero también permite su localización geográfica, acceder a datos de tráfico de sus comunicaciones, imágenes, conversaciones, o acceder a todo tipo de su información personal.

2.2 La telefonía móvil

Dentro de las TIC juega un papel principal la tecnología asociada a la telefonía móvil. Aunque sea brevemente nos conviene conocer el funcionamiento básico de esta forma de comunicación. El teléfono celular o móvil es un dispositivo inalámbrico electrónico que permite tener acceso a la red de telefonía celular o móvil. Se denomina celular por las antenas repetidoras que conforman la red telefónica, cada una de las cuales es una célula, aunque también existen redes telefónicas móviles satelitales⁶⁶.

⁶⁵ CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL; «La prueba en el proceso penal: el documento electrónico», *Revista de Derecho Penal Lex Nova* núm. 29, enero 2010, pág. 32; quien cita a su vez a GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS; «Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital», *Prueba y proceso penal*, Valencia, 2008, págs. 15-16.

⁶⁶ BELLAMY, JOHN; *Digital Telephony.*, ED Wiley, 1º edición, New York.,1996

La principal característica del teléfono móvil es su portabilidad, que permite comunicarse a quien lo usa desde casi cualquier lugar. Su función principal es la comunicación de voz, como teléfono convencional, si bien su rápido desarrollo ha incorporado otras funciones de uso común en la actualidad como la mensajería, email, wasap, cámara fotográfica, agenda, acceso a Internet, reproducción de videos, voz, o incluso GPS, dando lugar a lo que se denomina teléfonos inteligentes o Smartphones, terminales que permiten conectarse a internet adquiriendo así un amplio abanico de posibilidades.

El funcionamiento de la comunicación telefónica⁶⁷ es posible gracias a la interconexión entre centrales celulares. La telefonía móvil consiste en la combinación de una red de estaciones transmisoras-receptoras de radio y una serie de centrales telefónicas de conmutación, que posibilita la comunicación entre terminales telefónicos móviles o entre terminales móviles y teléfonos de la red fija tradicional. Con la aparición de la telefonía móvil digital, es posible acceder desde el teléfono a páginas de Internet, a través del sistema conocido como tecnología WAP. Las primeras conexiones se efectuaban mediante una llamada telefónica a un número del operador a través de la cual se transmitían los datos de manera similar a como lo haría un módem de un ordenador personal (PC). Actualmente todos los operadores españoles con red propia (Movistar, Orange, Vodafone u otras compañías) ofrecen conexión a Internet móvil. El sistema de telefonía celular básico permite la reutilización de frecuencias en el mismo

⁶⁷ GRAHAM BELL, ALEXANDRE. Reinvento el teléfono en 1876. NIKOLAI TESLA fue el inventor de la comunicación inalámbrica en 1880 (formalmente presentado en 1894 por un joven italiano llamado GUGLIELMO MARCONI). MARTÍN COOPER unió estas dos tecnologías al inventar el primer radioteléfono en 1973. Es considerado “Padre de la telefonía celular”. El primer sistema de telefonía celular nació en 1979 en Suecia, y fue puesto en marcha por la empresa Ericsson, su comercialización se expandió en los años ochenta. Posteriormente la telefonía móvil hizo su aparición en 1979 y se caracterizó por ser analógica y estrictamente para voz. La denominada Segunda Generación (2G) llegó en 1990 y a diferencia de la primera se caracterizó por ser digital. Tercera Generación (3G) se caracteriza por contener a la convergencia de voz y datos con acceso inalámbrico a Internet; en otras palabras, es apta para todo tipo de aplicaciones multimedia y un gran volumen de transmisión de datos. La tecnología (4G) ha permitido actualmente aumentar prestaciones y conectividad y en los próximos años será de aplicación la tecnología (5G) que aumentará la densidad de las redes con más conectividad y mayor rapidez.

lugar, con lo que miles de personas pueden usar los teléfonos al mismo tiempo. Cada celda generalmente tiene un tamaño de 26 kilómetros cuadrados. Las celdas son normalmente diseñadas como hexágonos (figuras de seis lados), a su vez conforman una gran rejilla de hexágonos y la tecnología 5 G que ya ha entrado en funcionamiento en algunos lugares, aumenta la intensidad de las redes, la capacidad adicional que permite que más dispositivos se puedan conectar a la red simultáneamente, reduciendo prácticamente a cero el tiempo de retraso en la comunicación entre los dispositivos y los servidores.

Se puede distinguir, la transmisión analógica, que transmite a través de una señal frágil, a baja potencia, impulsos eléctricos que viajan en forma de ondas de radio "Análogas" al sonido de la voz original y la Transmisión digital que toma señales análogas (sonidos), y las traduce a códigos binarios que pueden ser transmitidos a alta velocidad, para después ser reconvertidos en el sonido de la voz original. Al mismo tiempo, en consonancia, los terminales modernos disponen de una mayor capacidad de almacenar datos y realizar actividades, casi ilimitable y una mayor conectividad frente los teléfonos móviles más antiguos. Las tecnologías de acceso celular se dividen en 2 grandes grupos: 1. Sistema Celular Analógico AMPS (Servicio avanzado de telefonía móvil), FDMA (Acceso múltiple por división de frecuencia) 2. Sistema de Tecnología Celular Digital TDMA (Acceso múltiple por división. Los terminales móviles⁶⁸ que utilizan esta tecnología tienen las características de almacenamiento que pueden tener los equipos informáticos y al mismo tiempo la capacidad de conectarse a internet, lo que abre una amplia gama de canales de comunicación que puede servir de medio al delincuente en la comisión de cualquier delito, por ello la forma en que se puede delimitar o intervenir el uso de estos equipos informáticos, entendidos los mismos en sentido amplio, (incluyendo Smartphone, tabletas electrónicas, ordenadores portátiles o dispositivos similares de almacenamiento), va a configurar parte del objeto de nuestro estudio, especialmente cuando se hallan los mismos durante la práctica de una diligencia de registro domiciliario.

⁶⁸ PRAXIS. *Communication Systems Engineering*. Ed. Prentice-Hall, 1º edition, New Jersey. 1994.

Desde el punto de vista legislativo, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal se ha reformado para atender a esta cuestión,⁶⁹ y dedica de forma específica a las medidas de investigación tecnológica los Capítulos IV a VII del Título VIII del Libro II de la LEC, siendo de aplicación a estos supuestos las disposiciones comunes introducidas en el Capítulo IV. La propia reforma reconoce en su preámbulo que la LEC no ha podido sustraerse al paso del tiempo y las renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías, lo que ha puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos.

Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática reflejan las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Es necesario encontrar un equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una metodología criminal moderna y mantener el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros al reconocer una esfera de derechos individuales de naturaleza personal.

Con este objetivo parece surgir la nueva regulación introducida en 2015, que delimita las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales garantizados por la Constitución. Esta reforma proclama normativamente los principios definidos por el Tribunal Constitucional como determinantes en estos casos para la validez del acto de injerencia. Entre ellos, muy muy relevante y formulado de manera expresa que toda medida deberá responder al principio de especialidad. Ello exige que la actuación de que se trate tenga por objeto el esclarecimiento de un hecho punible concreto, prohibiendo claramente medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva, de acuerdo con el concepto que informa la doctrina emanada del máximo intérprete de la Constitución, así se recoge en importantes sentencias, entre las pioneras al abordar estas cuestiones podemos destacar la STC 253/2006, de 11 de septiembre.

⁶⁹ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Siguiendo la doctrina jurisprudencial consolidada para estos casos, las medidas de investigación tecnológica deben satisfacer los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, cuya concurrencia debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial habilitadora, donde el juez determinará la naturaleza y extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados.

2.3 Nuevas tecnologías el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En la diligencia de registro domiciliario que vamos a examinar, se combinan varios derechos y diferentes tecnologías que protegen a los investigados; principalmente el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, además de la inviolabilidad del domicilio cuando dentro del registro domiciliario, como sucede en la mayor parte de ocasiones, son hallados por los agentes terminales móviles o equipos informáticos con acceso a la red en el domicilio del investigado.

Nuestra intención en el presente trabajo es analizar los derechos fundamentales que entran en juego en el registro del domicilio, al intervenir y acceder a estos equipos y terminales, teniendo en cuenta por otra parte que hoy en día se hace imprescindible para las investigaciones policiales acceder a los datos contenidos en los terminales móviles y que el volcado de los datos en ellos contenidos, puede constituir una prueba de cargo fundamental para el proceso penal.

El punto primero del art. 588 sexies, de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiere a la intervención de los ordenadores y dispositivos informáticos del sospechoso en un registro judicial. Ello nos obliga a plantearnos las garantías que exige esta diligencia.

Establece la reforma introducida por LO 13/ 2015 que “ Cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la

resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos.” La propia reforma establece ya los límites que esto puede suponer para el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y establece que la simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado en un momento posterior por el juez competente, ello obliga a distinguir dos momentos, la intervención de los equipos y el acceso a los datos en ellos contenidos.

Además, cuando quienes lleven a cabo el registro o tengan acceso a un equipo informático o a una parte de este conforme a lo dispuesto en este capítulo y tengan razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en otro equipo informático o en una parte de él, pueden ampliar el registro, siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del equipo inicial o estén disponibles para este. Sin embargo, esta ampliación del registro también deberá ser autorizada por el juez, como la inicial, salvo que ya lo hubiera sido en la autorización inicial.

De esta forma, se convierte en un tema esencial la autorización específica que exige la ley para la intervención de este tipo de efectos durante la práctica del registro domiciliario y el acceso a los datos que puedan contener. Debemos tener presente en este punto dos posibilidades, por una parte que se trate de efectos hallados e incautados durante el registro que se encontraban ya intervenidos por los agentes durante la investigación teniendo los agentes ya acceso autorizado a su contenido, por otra parte, habrá que añadir con toda probabilidad otros equipos de los que no se tenía conocimiento hasta la práctica del registro y cuyos datos será necesario volcar o extraer posteriormente para poder analizar.

Analizando los derechos fundamentales que intervienen en estos casos y pudieran ser vulnerados por la práctica de la diligencia que venimos refiriendo, desde una primera perspectiva general, nos encontramos en primer lugar con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Este derecho se verá limitado desde el

momento que los equipos intervenidos en la entrada, puedan contener conversaciones de cualquier tipo con terceros, realizadas mediante diferentes aplicaciones o programas como (wasap, telegraph, face time...) que quedan almacenadas en el teléfono y a las que será decisivo acceder para la investigación o para obtener las pruebas oportunas.

Si nos planteamos los límites en relación con el secreto de las comunicaciones, podemos partir de dos sentencias relativamente recientes como la STS 4574/2019 de 20 de octubre de 2021, en la que se recuerdan los presupuestos necesarios para acordar una intervención de las comunicaciones y la STC 253/2006, de 11 de septiembre⁷⁰, en las que el TC precisa una serie de elementos imprescindibles en la motivación de las decisiones judiciales limitativas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, estableciendo la necesidad de determinar, si en el momento de solicitar los agentes y autorizar el Juez instructor la medida de intervención telefónica se han puesto de manifiesto ante el juez, y se han tomado en consideración por éste, elementos de convicción que constituyan algo más que meras suposiciones o conjeturas de la existencia del delito, así como datos objetivos que permitan precisar que las líneas de teléfono cuya intervención se solicita son utilizadas por personas sospechosas de su comisión o por quienes con ella se relacionan.

La Sentencia de instancia consideraba nulas, por vulneración del art. 18.3 CE, las escuchas telefónicas realizadas y las diligencias de ellas derivadas. Considerando que el auto que acordó la primera de las intervenciones utilizaba un «modelo», que se remitía a una invocación genérica de las investigaciones que se venían desarrollando en torno a una serie de personas, se llegaba a unas conclusiones sin explicar las razones concretas que llevan a ello, pues no se indicaba en qué habían consistido las investigaciones, los agentes oídos en el plenario tampoco explicaron más. En apelación se anuló la resolución del tribunal de instancia, ordenando la celebración de nueva vista,

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, 253/2006 de 11 Sep. 2006, Rec. 44/2003 la existencia de indicios que la justifiquen, pudiendo haberse solicitado información complementaria, ya que no constaba urgencia y la gravedad del presunto delito cometido era discutible. «Si existió investigación no consta con qué medios, por lo que el instructor no pudo valorar su legalidad y no consta con qué resultados concretos». Por ello, entendía el Juzgado que se trataba de una mera escucha de proyección y que la resolución que la autorizaba.

con práctica de la prueba denegada y su nueva valoración. Admitir la prueba conllevaba admitir el resultado de las intervenciones telefónicas, por lo que dictó sentencia de condena en apelación. La acusación mantenía que, aunque el Auto era un modelo impreso «especificaba el delito objeto de investigación y los objetos en los que se basa ese delito, la persona objeto de investigación, el teléfono que debe ser intervenido y se completaba con otros dos requisitos. La remisión al oficio del solicitante y a las conversaciones, explicaciones y contactos que los mismos mantienen oralmente con el instructor era suficiente para evitar la nulidad.

Se afirmaba también frente a la nulidad la existencia de control judicial, que las conversaciones fueron transcritas y controladas judicialmente, aunque lo fuera con posterioridad a la prórroga de la intervención y a nuevas intervenciones de otros teléfonos, siempre con información y conocimiento por el instructor, que es el que valoró en su momento el resultado que se le exponía de lo actuado, y la conveniencia de continuar la medida e incluso ampliarla, existiendo control efectivo y real de la intervención y de su desarrollo. Se citaba para afirmar la validez de las escuchas telefónicas la STC 82/2002 de 10 de marzo de 1999. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional, declara vulnerado del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), como consecuencia de la falta de motivación de los Autos que autorizaron las intervenciones y de la falta de un adecuado control judicial de la ejecución de la medida. Igualmente se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por fundarse la condena exclusivamente en pruebas ilícitamente obtenidas (las intervenciones telefónicas) y en pruebas derivadas de aquéllas, es decir por aplicación de la conocida doctrina del árbol de los frutos envenenados, entre otras STC 114/1984, siendo que la nulidad de la prueba prohibida se proyecta sobre todos los medios que derivan de la misma.

Podríamos decir que, el tribunal consolida, su propia doctrina sobre la motivación de las decisiones judiciales limitativas de este derecho, resumida en la STC 167/2002, de 18 de septiembre. Al ser la intervención de las comunicaciones telefónicas una limitación del derecho fundamental al secreto de estas, exigida por un interés constitucionalmente legítimo, es inexcusable una adecuada motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerda. Ello que tiene que ver con la necesidad

de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida. En este sentido, la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad⁷¹ de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución.

El Tribunal Constitucional, mantiene y consolida igualmente como requisito esencial la necesidad de exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo.⁷² Tales precisiones son indispensables, habida cuenta que el juicio sobre la legitimidad constitucional de la medida exige verificar si la decisión judicial apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la

⁷¹ Sentencias del Tribunal Constitucional 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5.

⁷² SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4.

medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad o imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público, pues la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida --la averiguación del delito-- y el sujeto afectado por ésta --aquél de quien se presume que pueda resultar autor o participe del delito investigado o pueda haberse relacionado con él-- es un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad⁷³ .

A estos presupuestos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya doctrina ha acogido nuestro Tribunal Constitucional de forma especialmente relevante en esta materia, añade que, la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido; en primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona⁷⁴ .

Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido. Las sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim, en "indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa" (art. 579.1 LECrim) o "indicios de responsabilidad criminal" (art. 579.3 LECrim).

⁷³ SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

⁷⁴ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 --caso Klass-- y de 5 de junio de 1992 --caso Ludi

En estos casos, se trata, por tanto, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención han puesto de manifiesto ante el Juez, y se han tomado en consideración por éste elementos de convicción que constituyan algo más que meras suposiciones o conjeturas de la existencia del delito o de su posible comisión, sus circunstancias, y que las conversaciones que se mantuvieran a través de la línea telefónica indicada eran medio útil de averiguación del delito, de quien eran los responsables y las circunstancias de su comisión. En consecuencia, la mención de los datos objetivos que permiten precisar que una línea está siendo utilizada por las personas sospechosas de su cometer un delito o de quienes con ellas se relacionaban.

Se trata así, de evitar una investigación meramente prospectiva, totalmente vedada conforme a la doctrina del TEDH, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional⁷⁵. De esta forma será necesario establecer, para determinar si se ha vulnerado o no el derecho al secreto de las comunicaciones, la relación entre el delito investigado y los usuarios de los teléfonos intervenidos, individualizar los datos que hayan llevado a centrar las sospechas en ellos y analizar, finalmente, si éstos tenían algún fundamento objetivo que pueda justificar la adopción de la medida limitativa⁷⁶. Siguiendo esta doctrina aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva.

⁷⁵ Sentencias Tribunal Constitucional 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 7; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ6. Sentencia Tribunal Constitucional 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 6. Sentencia Tribunal Constitucional 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7. Sentencia Tribunal Constitucional 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4;

⁷⁶ Entre otras SSTC 49/1999, de 5 de abril, SSTC166/1999, de 27 de septiembre.

La aplicación de la misma por nuestro Tribunal Constitucional exige, determinar si en el momento de solicitar y autorizar una medida de intervención telefónica se han puesto de manifiesto ante el Juez y se han tomado en consideración por el juez instructor elementos de convicción que constituyan algo más que meras suposiciones o conjeturas de la existencia del delito o de su posible comisión, así como datos objetivos que permitieran precisar que las líneas de teléfono cuya intervención se solicitan son utilizadas por personas sospechosas de su comisión o por quienes con ella se relacionan.

Si no se cumplen estos requisitos plenamente reconocidos por nuestra jurisprudencia consolidada así como por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos se corre el riesgo de nulidad de las pruebas que pudieran estar referidas a esas comunicaciones, teniendo en cuenta que las comunicaciones en los terminales móviles modernos pueden abarcar un gran abanico de posibilidades, conversaciones de wasap directas o a través de grupos en los que puede participar un gran número de usuarios, mensajes por chat a través de aplicaciones como Facebook, telegram u otras aplicaciones existentes hoy en día a nivel global de forma incontrolable, conversaciones que pueden quedar registradas y archivadas en el teléfono y a las que se puede tener acceso en un momento posterior.

Todas estas conversaciones pueden quedar archivadas y registradas en el teléfono y se puede acceder a ellas, si el teléfono estaba ya intervenido por los agentes, pero la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones no quedara amparada por el respectivo auto que acordó en su día la entrada si el juez instructor no ha contemplado expresamente y por razones justificadas el acceso a estos datos almacenados en el teléfono, el auto habilitante que deberá reunir los requisitos a que venimos haciendo referencia en cuanto a la interceptación de comunicaciones. Si además se trata de teléfonos nuevos de los que los investigadores no han tenido conocimiento hasta el registro domiciliario, siguiendo la doctrina indicada, el volcado de estos datos referidos a conversaciones privadas afectará al secreto de las comunicaciones con terceros, por lo que la resolución judicial debe cumplir los requisitos señalados y tener en cuenta esta circunstancia.

Partiendo de la doctrina consolidada que ha sido expuesta y por lo que se refiere a los límites frente a las nuevas tecnologías de la información, parece que los requisitos exigidos tradicionalmente por la jurisprudencia para la interceptación de las comunicaciones y la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, se hacen extensibles en la última reforma de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando la misma regula la materia imponiendo los presupuestos consolidados doctrinalmente. Estableciendo en el artículo 588 sexies (a. que, cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos. De este modo, la ley no deja lugar a duda al establecer que la simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que esta exigencia de un razonamiento en la autorización, para poder acceder a los datos que contienen este tipo de dispositivos será también aplicable a aquellos casos en los que los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario. En tales casos, los agentes pondrán en conocimiento del juez la incautación de tales efectos y si éste considera indispensable el acceso a la información albergada en su contenido, otorgará la correspondiente autorización. La resolución del juez de instrucción que autorice el acceso a la información contenida en los dispositivos intervenidos, debe fijar los términos y el alcance del registro y puede autorizar la realización de copias de los datos informáticos, estableciendo también las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, la práctica de un dictamen pericial.

2.4 El entorno virtual del investigado

Destaca por su importancia y porque se refiere expresamente a nuestro objeto de estudio la STS 342/2013 ⁷⁷, anterior a la reiterada reforma del año 2015 que como venimos indicando ha regulado explícitamente esta cuestión. La destacada sentencia de la Sala Segunda de lo penal, anticipó expresa y claramente la necesidad de autorización judicial previa, siendo que el acceso de los poderes públicos al contenido del ordenador de un imputado, en una investigación, no puede quedar legitimado a través de un acto unilateral de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Dice el más alto tribunal, en una de sus sentencias pioneras en este sentido, que el ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo de datos son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. Que el contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario.

Según la Sala segunda, en el ordenador coexisten, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos. Pero su contenido también puede albergar -de hecho, normalmente albergará- información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Es opinión generalizada en la doctrina que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 342/2013 de 17 Abr. 2013, Rec. 1461/2012

En consecuencia, el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de la policía ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos. Al mismo tiempo se reconoce que son muchos los espacios de exclusión que han de ser protegidos y no todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal.

Según la Sala, la ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado se contemplan de forma unitaria.

Proclama el Tribunal que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento de este sacrificio debido a la investigación policial, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de *nomen iuris* propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital.

Uno de los puntos más importantes que establece esta sentencia es que, sea como fuere, tanto desde la perspectiva del derecho de exclusión del propio entorno virtual, como de las garantías constitucionales exigidas para el sacrificio de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la intervención de un ordenador para acceder a su contenido exige un acto jurisdiccional habilitante. Y esa

autorización no está incluida en la resolución judicial previa para acceder al domicilio en el que aquellos dispositivos se encuentran instalados. De ahí que, ya sea en la misma resolución, ya en otra formalmente diferenciada, el órgano jurisdiccional ha de exteriorizar en su razonamiento que ha tomado en consideración la necesidad de sacrificar, además del domicilio como sede física en el que se ejercen los derechos individuales más elementales, aquellos otros derechos que convergen en el momento de la utilización de las nuevas tecnologías.

Deja claro el tribunal la necesidad de una resolución general específica que autorice a los agentes a acceder a los datos contenidos en los equipos de informáticos intervenidos como decisión del juez instructor diferenciada de aquella que supone acordar la entrada y registro, ya lo acuerde en el mismo auto que autoriza la entrada o en otra resolución independiente deberá hacerse mención expresa a ello.

Es igualmente de obligada referencia la STC 173/2011, de 7 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional, recuerda la importancia de dispensar protección constitucional al cúmulo de información personal derivada del uso de los instrumentos tecnológicos de nueva generación. Según este razonamiento, si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) -sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica-, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente

entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, pues afectan directamente, a la personalidad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de comunicaciones, pudiendo quedar afectado el derecho al secreto de las comunicaciones, junto al derecho a la intimidad personal, en la medida en que correos o mensajes ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello es altamente necesario, establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática, así como de las nuevas tecnologías de la información.

La jurisprudencia también admite como posibilidad válida, la entrega voluntaria por el investigado de las claves durante el desarrollo del registro domiciliario judicialmente autorizado, sin vulneración de ningún derecho fundamental. Cuando existe el consentimiento con sus presupuestos de legalidad, podríamos equipararlo a la entrada en el domicilio con consentimiento del morador, uno de los casos expresamente contemplados como excepción por el artículo 18 de nuestra Constitución al regular el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

3. Límites de los derechos fundamentales y nuevas tecnologías de la información

3.1 La confidencialidad e integridad de los grupos informáticos

Actualmente, podemos constatar la existencia de una línea jurisprudencial seguida por nuestro Tribunal Supremo que delimita el contenido de algunos derechos protegidos como inherentes a la confidencialidad e integridad de la información

contenida en soportes electrónicos o informáticos. Siguiendo a CABEZUDO⁷⁸ dentro de nuestro ordenamiento sentencias como la STS 256/2008⁷⁹ y la STS 342/2013 cuyo contenido ya hemos adelantado, han comenzado a consagrar conceptos como el derecho a la garantía de la confidencialidad e integridad de los grupos informáticos y el derecho al propio entorno virtual, buscando proteger toda la información en formato electrónico recibida o enviada a través de las nuevas tecnologías.

La primera de estas sentencias se resuelve un recurso de casación, por la vulneración artículo 18.3 de la Constitución Española en lo relativo al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, uno de los derechos cuyo límite se encuentra directamente relacionado con la información que puede ser contenida en teléfonos o equipos informáticos intervenidos. La sentencia considera la existencia de infracción de ley, concretamente del art. 849.1º LECrim, por la falta de fundamentación de las decisiones judiciales dictadas en el proceso, en las que no se habría hecho referencia a los indicios de delito existentes, ni comprobado o cotejado por el Secretario judicial el contenido de los listados. Se interpreta el secreto de las comunicaciones como una categoría jurídica estrecha y funcionalmente asociada a la de intimidad, en relación con la que opera como derecho fundamental-medio preordenado a la protección de aquéllas; debido, precisamente, a que son el vehículo de contenidos inherentes al derecho fundamental-fin representado por la segunda, entendiendo que del blindaje constitucional del ámbito de las comunicaciones, técnicamente resulta que el art. 18.3 CE, persigue asegurar el derecho a transmitir libremente el propio pensamiento y hacerlo llegar sin interferencias a quien, también libremente, se elija como destinatario.

Se analiza en las referidas sentencias el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicación electrónica, el servicio universal y también

⁷⁸ CABEZUDO RODRIGUEZ, NICOLÁS; «Ciberdelincuencia e investigación criminal». *Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín del Ministerio de Justicia*. Núm 2186. Pág 43.

⁷⁹ Tribunal Supremo, Sala segunda, de lo penal, Sentencia 256/2008 de 14 de mayo, Rec. 10669/2007.

la protección de usuarios⁸⁰, cuyo art. 64, define la "comunicación" en esta materia, como "cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público". Ambos derechos -el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad personal- tienen la categoría de fundamentales y, por ello, se considera que gozan de una protección reforzada frente a todo género de intromisiones, incluidas las que pudieran deberse a una iniciativa oficial. Esto hace que cualquier invasión de ese espacio, personalísimo y sobreprotegido, tenga que estar constitucional y legalmente fundada, sin sombra de duda.

De lo anterior resulta el deber de justificar la constitucionalidad y la legalidad de cualquier intervención en estos derechos, así como que las consecuencias de una eventual falta de justificación correrían a cargo de quien la hubiera realizado. Se pone de manifiesto a tenor del art. 18,3 CE que la garantía que el mismo establece, es de naturaleza formal y ampara esa clase de procesos en su totalidad, es decir, la propia existencia del acto comunicativo como tal, la identidad de los que participan en él y, por supuesto, el contenido de este. Basándose en la conocida e importante sentencia 114/1984⁸¹ del Tribunal Constitucional, en la que se afirma con rotundidad que "el concepto de 'secreto', que aparece en el art. 18.3 CE, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores", la sentencia parte de la base creada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 2 de agosto de 1984⁸² y ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en todas sus resoluciones posteriores, entre las que puede

⁸⁰ El Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

⁸¹ STC 114/1984, de 5 de noviembre.

⁸² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 2 de agosto de 1984, en caso Malone, el Tribunal en dicha sentencia "reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención Europea pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, permite registrar los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación mismo". Según la misma "ponerlos números marcados en conocimiento de la policía, sin el consentimiento del abonado, se opone igualmente al derecho al secreto de las comunicaciones.

servir de ejemplo la STC 230/2007,⁸³ que otorga amparo al titular del teléfono móvil a cuyo registro de llamadas se había accedido por la policía, directamente, sin previa autorización judicial y sin consentimiento del propio interesado; entendiéndose este, como un modo de operar atentatorio contra el derecho fundamental del art. 18.3 CE y el derecho protege a todo el grupo de equipos informáticos ya todos los contactos que han participado en esa comunicación.

Siguiendo esta doctrina, originaria del Tribunal Europeo, tanto la totalidad de la información relacionada con el uso de los teléfonos en sus comunicaciones por parte del investigado, como de los demás implicados en la causa, está amparado por la garantía constitucional y bajo la tutela judicial. Siguiendo la doctrina asumida por nuestro Tribunal Constitucional, el bien constitucionalmente protegido sería -a través de la imposición a todos del "secreto"- la libertad de las comunicaciones, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto -que suponga aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación- como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado -apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo. Igualmente se destaca según esta teoría que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores; de ahí que se haya afirmado que la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas a la policía, sin consentimiento del titular del teléfono, requiere resolución judicial, toda vez que el acceso y registro de los datos que figuran en dichos listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, protegiendo que puedan tener lugar entre un grupo de equipos informáticos que participan en esa comunicación y a los contactos que integran ese grupo conectado a través de las nuevas tecnologías.

⁸³ STC 230/2007, de 5 de noviembre. Acceso policial al registro de llamadas del terminal móvil intervenido al detenido sin su consentimiento ni autorización judicial. La identificación de los intervinientes en la comunicación queda cubierta por el secreto de las comunicaciones. El Tribunal Constitucional otorga parcialmente el amparo solicitado por el recurrente contra la sentencia de la AP de Valencia, que le condenó como autor de un delito contra la salud pública, por haberse vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, pero no el derecho a la presunción de inocencia.

Tanto las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional como las sentencias del Tribunal Supremo que venimos examinando, al tratar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia⁸⁴, recogen en su fundamentación la señalada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la jurisprudencia del Constitucional y de la propia Sala Segunda del Supremo, para concluir, que la motivación de las solicitudes de información relativa a las comunicaciones telefónicas de los condenados debe ser suficiente al efecto, y que debe existir un correcto control del contenido de los listados, examinados en los teléfonos antes por el juez instructor antes de que la policía pueda acceder a ellos.

Un ejemplo de la aplicación de esta Doctrina está presente en la STC 123/2002⁸⁵ en la que el Tribunal Constitucional reconoce la necesidad de que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía, cuando no existe consentimiento del titular del teléfono, exige resolución judicial previa. Entiende el tribunal que, aunque la resolución judicial debe adoptar la forma de auto, también de forma excepcional sería suficiente una providencia, integrada con la solicitud a la que se remite, recogiendo todos los elementos necesarios para poder llevar a cabo posteriormente la ponderación de la proporcionalidad de la limitación del derecho fundamental, acordando al mismo tiempo por providencia librar oficio a la Compañía Telefónica correspondiente para que se informe al Juzgado sobre los números de teléfono desde los cuales han sido atendidas las llamadas efectuadas a los números investigado. Ello no supone la interceptación de comunicaciones, toda vez que no se accede al contenido de éstas; pero como se accede a datos que configuran información reservada del investigado, se debe acordar en resolución judicial. Frente a la intervención telefónica el acceso a esta información en

⁸⁴ ST Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, de fecha 9 de abril de 2007 dictada en la causa seguida por delito de asesinato.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2002 de 20 de mayo de 2002.

este caso puede acordarse mediante providencia al no afectar a derechos fundamentales, tratándose además de una medida imprescindible para la instrucción criminal, pudiendo constituir un paso previo a la intervención telefónica posterior a través del correspondiente auto.

La jurisprudencia referida señala que no se conculca el derecho al secreto de las comunicaciones por haberse autorizado la entrega del listado de llamadas telefónicas por providencia. Cualquier duda de si tal interferencia afecta al secreto a las comunicaciones o al derecho a la intimidad, queda resuelta en sentido negativo, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Malone ⁸⁶, si bien la doctrina Constitucional y la Fiscalía General del Estado por Circular 1/1999 al aplicar la doctrina del Tribunal Europeo han proclamado que no basta la mera autorización judicial, sino que es necesaria una resolución debidamente motivada, para evitar la vulneración del derecho fundamental protegido en el art. 18.3 CE, siendo nula la prueba obtenida sin la autorización judicial necesaria. Con lo que queda clara la necesidad de autorización judicial expresa que habilite a los agentes a acceder a la información que se encuentra contenida en el teléfono y no es suficiente cualquier resolución judicial, siendo necesario que la misma incluya la motivación o justificación que permita la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad o al secreto de las comunicaciones más allá de meras suposiciones.

La Sentencia del caso Malone, sostiene que, aunque el mecanismo del que se sirven las empresas de comunicación para relacionar las llamadas y facturar a sus clientes no implica interceptación de la comunicación, sin embargo, en los listados figuran datos como los números de los teléfonos de destino, que son parte integrante de las comunicaciones telefónicas, por lo que dicho sistema afecta al art. 8.1 CEDH, no siendo posible disponer de dichos datos sin consentimiento de su titular.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 Ago. 1984, caso Malone. Reino Unido, importante sentencia ya mencionada en que el Tribunal Europeo se pronunció sobre la afectación del derecho reconocido en el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos en relación con el sistema electrónico del que se sirven las empresas de comunicación para relacionar y facturar las llamadas de sus clientes.

El Tribunal Constitucional en STC 70/2002 ⁸⁷ haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Malone, afirma que la obtención del listado mediante el mecanismo técnico utilizado por las compañías telefónicas constituye una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE, por cuanto el concepto de «secreto» de la comunicación no solo cubre su contenido, sino otros aspectos de la comunicación, como la identidad subjetiva de los interlocutores, coincidiendo con esta misma apreciación la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1999 ⁸⁸. Según esta teoría, «el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado, extendiendo la protección a todos los partícipes en esa comunicación.

Añade la citada STC 70/2002 que «el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente» siendo que «la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos», de modo que la protección de este derecho alcanza a todas las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación y una vez terminada entra en juego el derecho a la intimidad.

Por otra parte, esta doctrina debe completarse con la contenida en STC 1552/2003, la grabación de la propia conversación con otro interlocutor que lo desconoce no vulnera el art. 18.3 CE, dicho artículo protege la privacidad de una conversación frente a terceras personas ajenas al proceso de comunicación.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2002, de 3 Abril.

⁸⁸ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1999, de 29 de diciembre, sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales.

3.2. Protección de datos personales en la investigación tecnológica

En materia de derechos fundamentales y nuevas tecnologías, existen aspectos de lo más variado que son objeto de protección con distinta intensidad en cada caso. Por ello para delimitar el ámbito de protección de los derechos fundamentales afectados, así como para completar el marco normativo en esta materia al estudiar el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, es necesario tener también en cuenta dentro del ámbito europeo la Directiva 2016/680 de 27 de abril de 2016⁸⁹ relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales.

La directiva europea parte como idea central de considerar que la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de los datos de carácter personal es un derecho fundamental. Por ello el artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) disponen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. La directiva señala que debe ser facilitada la libre circulación de datos personales entre las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas para la seguridad pública en el seno de la Unión y la transferencia de estos datos personales a terceros países y organizaciones internacionales, al mismo tiempo que intenta garantizar un alto nivel de protección de los datos personales.

⁸⁹ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo

La mencionada directiva para garantizar la eficacia de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial, considera esencial asegurar un nivel uniforme y elevado de protección⁹⁰ de los datos personales de las personas físicas y facilitar el intercambio de datos personales entre las autoridades competentes en los Estados miembros de la Unión Europea. A tal efecto, el nivel de protección de los derechos y libertades, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas para la seguridad pública, debe ser equivalente en todos los Estados miembros.

La directiva europea establece que todo tratamiento de datos personales del ciudadano debe ser lícito, leal y transparente en relación con las personas físicas afectadas, y únicamente podrá llevarse a cabo con los fines específicos previstos en la ley. Ello no impide, per se, que las autoridades policiales puedan llevar a cabo actividades tales como las investigaciones encubiertas o la videovigilancia. Tales actividades pueden realizarse con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas para la seguridad pública, siempre y cuando estén previstas en la legislación y constituyan una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática, con el debido respeto a los intereses legítimos de la persona física afectada.

El principio de tratamiento leal en materia de protección de datos es un concepto distinto del derecho a un «juicio equitativo», según se define en el artículo 47 de la Carta y en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»). Se establece

⁹⁰ PILLADO GONZÁLEZ, ESTHER.; «Principios generales de protección de datos en la cesión de información en la persecución criminal a la vista de la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977», en Moreno Catena, V. y Romero Pradas, I. (directores), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea: libro homenaje a la Prof.^a Isabel González Cano*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 783-819.

como requisito la necesidad de informar a las personas físicas de los riesgos, reglas, salvaguardias y derechos aplicables en relación con el tratamiento de sus datos personales, así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con dicho tratamiento. No obstante, este requisito es de imposible cumplimiento cuando se trata de actividades de investigación en relación con la comisión delitos como la intervención de las comunicaciones. Pero, existen otras exigencias; en particular los fines específicos a los que obedezca el tratamiento de los datos personales deben ser explícitos y legítimos, y deben determinarse en el momento de la recopilación de los datos personales. Los datos personales deben ser adecuados y pertinentes en relación con los fines para los que se tratan, lo cual requiere, en particular, que se garantice que los datos personales recogidos no son excesivos, ni se conservan más tiempo del que sea necesario para los fines con los que se tratan. Los datos personales solo deberían ser objeto de tratamiento si la finalidad del tratamiento no puede lograrse razonablemente por otros medios. Para garantizar que los datos no se conservan más tiempo del necesario, el responsable del tratamiento ha de establecer plazos para su eliminación o revisión periódica. Los Estados miembros deben establecer las salvaguardias adecuadas en relación con los datos personales almacenados por períodos más largos para su archivo por cuestiones de interés público o para su uso científico, estadístico o histórico.

Según la normativa, europea especial protección merece los datos personales⁹¹ que, por su naturaleza, son particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales, ya que el contexto de su tratamiento puede generar riesgos importantes para tales derechos. Dichos datos personales no deben ser objeto de tratamiento, salvo que el tratamiento esté supeditado a las garantías adecuadas de protección de los derechos y libertades del interesado que se establecen en la legislación y esté permitido en los casos autorizados por la ley; o, si no está ya autorizado por dicha legislación, que el tratamiento sea necesario para proteger los intereses vitales del interesado o de otra persona, o que el tratamiento se refiera a datos que el interesado ya ha hecho públicos de forma manifiesta.

⁹¹ COLOMER HERNADEZ, IGNACIO MARÍA; «A propósito de la compleja trasposición de la directiva 2016/680 relativa al tratamiento de datos personales en el proceso penal», *en Diario la Ley*, nº8 9179,2018

Entre las garantías adecuadas de protección de los derechos y libertades del interesado pueden figurar, por ejemplo, la posibilidad de recopilar tales datos únicamente en relación con otros datos de la persona física afectada, la posibilidad de proteger adecuadamente los datos recopilados, el establecimiento de normas más estrictas para el acceso a los datos por parte del personal de la autoridad competente, o la prohibición de transmisión de dichos datos. El tratamiento de este tipo de datos también debe estar jurídicamente permitido si el interesado ha acordado de forma explícita que el tratamiento de los datos resulte especialmente intrusivo para las personas. Sin embargo, el consentimiento del interesado no debe constituir en sí mismo un fundamento jurídico para que las autoridades competentes procedan al tratamiento de datos personales sensibles como los mencionados.

La directiva señala los principios que rigen el tratamiento de datos personales, conforme a los cuales, los datos en cuestión deben ser exactos, adecuados, pertinentes y no excesivos, siendo obligación de los Estados Miembros adoptar todos los mecanismos que permitan garantizar un adecuado nivel de seguridad y confidencialidad, además de fijar unos plazos “apropiados para la supresión de los datos personales o para una revisión periódica de la necesidad de conservación” de los mismos (artículos 4 y 5). Como podemos ver, dichos principios y obligaciones son reflejo de la normativa general existente a nivel de la Unión Europea en materia de protección de datos de carácter personal, que ha llevado en el ámbito europeo a la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos⁹².

La Directiva consagra una serie de obligaciones entre las que podemos destacar que, si procede, y siempre que sea posible, se deberá diferenciar claramente

⁹² Reglamento (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO; de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Su entrada en vigor se retrasa, el mismo no será aplicable hasta dentro de dos años, tal y como recoge expresamente el apartado segundo del meritado art. 99: será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018 para que tanto Administraciones y organismos públicos, como empresas públicas y privadas se adapten a las exigencias que este Reglamento contiene.

entre los datos personales objeto de tratamiento, según afecten a sospechosos, condenados, víctimas, cómplices y/o testigos de la comisión de una infracción penal (artículo 6), sin que en ningún caso dicha clasificación pueda impedir u obstaculizar la aplicación del derecho a la presunción de inocencia.

Asimismo, se establece la obligación de verificar la calidad de los datos personales objeto de tratamiento, disponiendo expresamente que, en la medida de lo posible, en las transmisiones de datos que se realicen se deberá añadir toda la información necesaria para que el Estado receptor pueda valorar el carácter exacto, completo y fiable de los datos en cuestión (artículo 7). Entre otros aspectos, la Directiva obliga a que los Estados Miembros especifiquen de forma clara qué información se basa única y exclusivamente en apreciaciones personales de los investigadores involucrados y remarca la necesidad de que los datos se traten de forma lícita, es decir, porque concurra un interés público. Esto significa que el tratamiento de los datos deberá venir justificado por la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, o la ejecución de sanciones penales, o, en general, por motivos vinculados a la seguridad pública. La normativa europea señala que el tratamiento de datos especialmente sensibles (o “categorías especiales de datos”, como es el caso de datos vinculados al origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la salud, la vida sexual, la afiliación sindical, de naturaleza genética o biométrica) sólo será posible cuando esté autorizado por el derecho de la Unión Europea o un Estado Miembro, sea preciso para proteger los intereses vitales del afectado, o el propio interesado los haya hecho públicos de forma manifiesta. Al mismo tiempo, en su artículo 65 establece que los interesados deben tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y un «derecho al olvido» si la retención de tales datos infringe el presente Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento.

En particular, los interesados deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo el Reglamento. Sin

embargo, la retención ulterior de los datos personales debe ser lícita cuando sea necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

La Protección de Datos de Carácter Personal es un derecho fundamental, tal y como se recoge en el artículo 18.4 de la Constitución Española (CE). Este derecho se traduce en la potestad de control y uso que poseen todas las personas sobre sus datos de carácter personal. La normativa básica española al respecto se conforma por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Ley Orgánica aprobada por las Cortes Generales que tiene por objeto adaptar el derecho interno español al Reglamento General de Protección de Datos. Esta Ley Orgánica deroga a la anterior Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, aunque se mantiene vigente para la regulación de ciertas actividades⁹³

En nuestro ámbito interno directiva sobre protección de datos en el ámbito penal ha sido transpuesta por la LO 7/2021, de 26 de mayo de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento

⁹³ Las normas dictadas en aplicación del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que hubiesen entrado en vigor con anterioridad a 25 de mayo de 2018, y en particular los artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, siguen vigentes en tanto no sean expresamente modificadas, sustituidas o derogadas. Disposición transitoria cuarta. Tratamientos sometidos a la Directiva (UE) 2016/680. Los tratamientos sometidos a la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, continuarán rigiéndose por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales ha transpuesto la directiva Europea 2016/680 para regular esta materia. Cuyo objetivo principal es que los datos sean tratados por estas autoridades competentes de manera que se cumplan los fines prevenidos a la par que establecer los mayores estándares de protección de los derechos fundamentales y las libertades de los ciudadanos, de forma que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 18.4 de la Constitución.

La nueva Ley Orgánica busca establecer un equilibrio nada sencillo entre la necesaria efectividad de las potestades de la policía judicial, el Ministerio Fiscal y el ejercicio de la propia función jurisdiccional y la exigencia de que los tratamientos de datos personales sean lícitos y leales, realizados por las autoridades competentes, necesarios, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines para los que son tratados, que sean exactos y, si fuera necesario, actualizados y que sean conservados de forma que permitan identificar al interesado durante un período no superior al necesario para los fines para los que son tratados.

Dentro de esta lógica, el Capítulo I, dedicado a las disposiciones generales, delimita el objeto de la nueva Ley Orgánica en el artículo 1 como las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos de carácter personal por parte de las autoridades competentes, con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública. Tales autoridades competentes, a los efectos de la nueva regulación, son las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las autoridades judiciales del orden jurisdiccional penal y el Ministerio Fiscal, las Administraciones Penitenciarias, la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, en estos casos los tratamientos de datos personales quedan excluidos del ámbito de competencia de las autoridades de control, por elementales exigencias de la naturaleza constitucional de los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Fiscal.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 22.6 de la Ley Orgánica 3/2018, cuando el tratamiento de los datos personales se realice para alguno de los fines establecidos en esta Ley Orgánica y proceda de las imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de cámaras y videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o bien se lleve a cabo por los órganos competentes para la vigilancia y control en los centros penitenciarios o para el control, regulación, vigilancia y disciplina del tráfico, dichos tratamientos se regularán por las disposiciones de esta Ley Orgánica complementándose, en lo que no resulte contrario a su contenido, con la normativa vigente que regula estos ámbitos. De este modo, se establece un nuevo sistema que gira en torno a las obligaciones de los responsables del tratamiento y a las distintas misiones que se les asignan.

La nueva ley Será de aplicación al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero, realizado por las autoridades competentes, con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.

Quedará también sujeto a la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo el tratamiento de datos personales para la tramitación por los órganos judiciales y fiscalías de las actuaciones o procesos de los que sean competentes, así como el realizado dentro de la gestión de la Oficina judicial y fiscal, cuando se lleve a cabo en el ámbito de aplicación de aquella. No obstante, serán también aplicables a este tratamiento las disposiciones de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, las leyes procesales que le sean aplicables y, en su caso, por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo los tratamientos de datos que realicen las autoridades competentes para fines distintos de los previstos en el artículo 1, incluidos los fines de archivo por razones de interés público, investigación científica e histórica o estadísticos.

Estos tratamientos quedan sujetos al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante RGPD) y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Las autoridades administrativas de protección de datos no serán competentes para controlar estas operaciones de tratamiento cuando media un proceso judicial, en estos casos tendrán consideración de autoridades competentes las Autoridades judiciales del orden jurisdiccional penal y el Ministerio Fiscal. El «encargado del tratamiento» será la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento. La comunicación de datos, informes, antecedentes y justificantes por la Administración Tributaria, la Administración de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se efectuará de acuerdo con su legislación respectiva

Al mismo tiempo la ley impone a las Administraciones públicas, así como cualquier persona física o jurídica, la obligación de proporcionar a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial los datos, informes, antecedentes y justificantes que les soliciten y que sean necesarios para la investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o para la ejecución de las penas. La petición de la Policía Judicial se deberá ajustar exclusivamente al ejercicio de las funciones que le encomienda el artículo 549.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio y deberá efectuarse siempre de forma motivada, concreta y específica, dando cuenta en todo caso a la autoridad judicial y fiscal.

La nueva ley también regula las transferencias de datos personales realizadas por las autoridades competentes españolas a un Estado que no sea miembro de la UE o una organización internacional, incluidas las transferencias ulteriores a otro Estado que no pertenezca a la UE u otra organización internacional y se establecen las condiciones que deberán cumplirse para que éstas sean lícitas.

Es muy importante indicar que, en estos supuestos, cuando la finalidad sea la investigación de un delito, el interesado no será informado de la transmisión de sus datos a las autoridades competentes, ni de haber facilitado el acceso a los mismos por dichas autoridades de cualquier otra forma, a fin de garantizar la actividad investigadora.

El responsable del tratamiento determinará que la conservación de los datos personales tenga lugar sólo durante el tiempo necesario para cumplir con los fines previstos en el artículo 1 y se contempla también la obligación de revisar la necesidad de conservar, limitar o suprimir el conjunto de los datos personales contenidos en cada una de las actividades de tratamiento como máximo cada tres años, atendiendo especialmente en cada revisión a la edad del afectado, el carácter de los datos y a la conclusión de una investigación o procedimiento penal.

Para garantizar la protección de los derechos de las personas investigadas se establece que las actuaciones deben ejercerse de conformidad con las normas procesales, en particular, en los casos en los que sea precisa la autorización judicial previa.

Por otra parte, las bases de judiciales, los ficheros y los sistemas empleados por la Administración de Justicia, necesitan recoger y tratar datos personales para realizar la función que les bien encomendada. Entre ellos destaca el Registro Central de Penados (RCP) y el Registro Central de Delincuentes Sexuales (RCDS), ambos integrados en el Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia (SIRAJ), creado por el Real Decreto (RD) 95/2009, de 6 de febrero, y dependiente del Ministerio de Justicia. El el art. 10.2 de la Ley Orgánica (LO) 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), se remite a la regulación del SIRAJ para el tratamiento de los datos referidos a condenas penales y medidas cautelares

Los Registros de apoyo a la Administración de Justicia, realizan el tratamiento de los datos referidos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas que deberán tratarse conforme con lo establecido en el Real Decreto

95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

Mediante este Real Decreto 95/2009, se llevó a cabo la creación y puesta en funcionamiento del Registro de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no firmes, normalmente denominado como SIRAJ en el ámbito de la administración de justicia, previsto en la disposición adicional segunda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, en el orden jurisdiccional penal, constituye un instrumento de gran utilidad pues permite al órgano judicial disponer de determinados datos como otros elementos de juicio, además de los ya existentes, que normalmente se unen al procedimiento a fin de ponderar sus resoluciones en las distintas fases del proceso penal. Igualmente es importante ofrecer información sobre la existencia de órdenes en vigor de busca y captura o de detención y puesta a disposición, que permiten al Juez valorar la existencia de riesgo de fuga, en la resolución en la que decida sobre la prisión o libertad provisional del imputado, tal como se establece en el artículo 503.1.3º a), párrafo 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882.

También es importante el Real Decreto 576/2014, de 4 de julio, modifica el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia y crea el fondo documental de requisitorias.

Los órganos judiciales, en relación con las causas que tramiten y para su unión al procedimiento, podrán, a través del personal de la oficina judicial autorizado por el Letrado de la Administración de Justicia, obtener directamente los datos incluidos en de las Bases de Datos del Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. Los datos así obtenidos se aportarán al procedimiento judicial mediante diligencia de constancia del Letrado de la Administración de Justicia con plena validez jurídica, sin necesidad de solicitar certificación al responsable de Registro.

Los titulares interesados podrán solicitar la cancelación o rectificación de sus datos contenidos en el Sistema de registros administrativos del Ministerio de Justicia de Apoyo a la Administración de Justicia. A estos efectos, dirigirán una solicitud en la que se hará constar, nombre y apellidos, filiación, localidad, provincia, fecha de nacimiento

y documento nacional de identidad, NIE o tarjeta de identidad o pasaporte en el caso de extranjeros, todos ellos en vigor, acompañando al modelo de solicitud, original de los documentos anteriores o copia compulsada de los mismos. En el caso de personas jurídicas o entes sin personalidad, nombre y apellidos del representante, documento nacional de identidad, NIE o tarjeta de identidad o pasaporte en el caso de extranjeros, todos ellos en vigor, acompañando al modelo de solicitud, original de los documentos anteriores o copia compulsada de los mismos, así como la documentación que acredite su condición de representante legal. En la solicitud deberá hacerse constar de manera obligatoria un domicilio a efectos de notificaciones. Mediante Orden del ministro de Justicia, se determinarán los requisitos y condiciones para que dichas solicitudes puedan tramitarse por vía telemática.

De modo que, como hemos indicado, en el ámbito judicial y en el tratamiento de los datos de investigación y datos de naturaleza penal, inevitablemente ligado al empleo de las nuevas tecnologías, las autoridades policiales y judiciales tendrán que cumplir con las medidas necesarias para proteger los datos de los interesados. Siendo el Consejo General del Poder Judicial último responsable de velar por el cumplimiento de estas medidas, supervisando a través de los encargados de la protección el tratamiento de datos que tiene lugar en las oficinas judiciales.

4. La suspensión de derechos fundamentales

Finalmente, junto al análisis de los límites de los derechos fundamentales, es imprescindible contemplar la posibilidad de su suspensión, por ello hemos de completar brevemente la exposición del presente capítulo, con lo previsto en el art. 55 de nuestra Constitución. Dicho precepto en su apartado primero establece una serie de derechos fundamentales entre los que se encuentran los previstos en el art. 18 apartados 2 y 3, que podrán ser suspendidos cuando se apruebe la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. El apartado segundo del mismo establece la posibilidad suspender determinados derechos fundamentales, de forma individual y con la necesaria intervención judicial.

el TC ha señalado reiteradamente que: «En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites, que, como señalaba este Tribunal en sentencia de 8 de abril de 1981 ("Boletín Oficial del Estado" de 25 de abril), en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos».

4.1 Suspensión de derechos fundamentales por declaración de estado de excepción o de sitio

La suspensión de derechos fundamentales en caso de declaración de estado de excepción o de sitio viene regulada en el artículo 116 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES), la cual prevé expresamente los casos y los límites que permiten suspender determinados derechos fundamentales, entre ellos la inviolabilidad del domicilio. De los tres supuestos que contempla esta ley, el primero, el estado de alarma, como hemos vivido recientemente, podríamos decir que «es el más leve» y, a diferencia del estado de excepción y de sitio, no permite la suspensión de derechos fundamentales, como por ejemplo los derechos de reunión, el de libertad de expresión o el que nos interesa, de la inviolabilidad del domicilio. No será admisible la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio en otro caso que no sea el de la declaración de un estado de excepción o un estado de sitio en que sí está previsto y de hecho llegado el momento se suspenden los derechos fundamentales y, entre ellos, la inviolabilidad domiciliaria.

4.1.1 Estado de sitio

El estado de sitio es la situación de excepcionalidad más grave que contempla nuestro texto constitucional y no en vano tradicionalmente se ha denominado estado de guerra, que era la nomenclatura que utilizaba el Proyecto de Constitución originario, si bien pasó a denominarse estado de sitio. La Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, establece que el estado de sitio

podrá ser declarado cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, contra su integridad territorial o contra el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios. Su carácter máximamente excepcional, que se vincula a las misiones de las Fuerzas Armadas recogidas en el artículo 8 de la Constitución Española, reside en la gravedad de los supuestos mencionados y en las medidas que se incluyen en la declaración para hacerles frente. Por ello la Ley Orgánica añade prudentemente que cabe declarar el estado de sitio cuando no pueda resolverse la situación por otros medios, como ultima ratio. El artículo 116 de la Constitución Española establece que el estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración, a la que la Constitución no pone límites, y condiciones. Según el artículo 55.1 de la Constitución Española, en caso de estado de sitio pueden ser suspendidos una serie de derechos, entre ellos; los referentes a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio y el derecho al secreto de las comunicaciones privadas.

Además, según el artículo 117 de la Constitución Española, durante la declaración de estado de sitio se puede determinar el sometimiento de ciertos delitos a la jurisdicción militar, jurisdicción que en cualquier caso ha de someterse en su organización y funcionamiento a los principios constitucionales y cuya extensión más allá del ámbito castrense solo puede producirse excepcionalmente, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 113/1995, de 10 de julio, que reconoce expresamente el estado de sitio como uno de los supuestos para los que cabe tal excepcionalidad.

4.1.2 Estado de excepción

La Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, por la que se regulan los estados de alarma, excepción y sitio, establece que el estado de excepción podrá declararse en caso de grave alteración del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos o del normal funcionamiento de las Instituciones democráticas o de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o en caso de cualquier otra grave alteración del orden público que no pueda restablecerse con el ejercicio ordinario de las potestades públicas.

El artículo 116 de la Constitución Española dispone que el estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción debe determinar expresamente los efectos de este, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que, no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos. Obtenida la autorización del Congreso de los Diputados, la declaración del estado de excepción se acordará por Real Decreto del Consejo de ministros.

El artículo 55.1 de la Constitución Española recoge, en lista cerrada, los derechos que pueden ser suspendidos durante la vigencia del estado de excepción, entre ellos; los referentes a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio y el derecho al secreto de las comunicaciones privadas. El Gobierno puede por Real Decreto del Consejo de ministros poner fin al estado de excepción antes de que finalice el período para el que fue declarado, dando cuenta inmediatamente al Congreso de los Diputados, así como solicitar de este que autorice su prórroga por otro término máximo de treinta días.

Al poco tiempo de publicarse nuestra constitución el máximo interprete constitucional comenzó a interpretar esta limitación así en la STC 25/1981, aun sin entrar en el fondo del recurso dirigido frente a la primera de las Leyes Orgánicas dictadas en virtud de este precepto, la LO 11/1980 declaró que esta limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia, solo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático. De ahí que se concluyese que se trata, de una ley orgánica de carácter facultativo y no preceptivo, es decir, de una Ley emanada, no en virtud de un mandato normativo dirigido al poder legislativo, sino en virtud de un juicio acerca de su conveniencia o necesidad que corresponde a las Cortes Generales.

4.2 La suspensión individual de derechos fundamentales

El apartado segundo del mismo art. 55 CE, establece la posibilidad suspender determinados derechos fundamentales, de forma individual y con la necesaria intervención judicial. Entre estos derechos se encuentra los reconocidos en el artículo 18, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, cuando así lo prevea una ley orgánica en relación a las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, en su virtud tras la reforma operada por LO 4/1988 de 26 de mayo la ley prevé la entrada y registro de forma excepcional y urgente dando cuenta inmediata a la autoridad judicial competente, posibilidad que sigue estando vigente en la actualidad, legitimando la entrada y el registro domiciliario, sin necesidad de autorización judicial en los casos previstos en la ley.

En la misma línea, la STC 199/1987, al examinar la constitucionalidad de la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. Considera que el propio constituyente ha sido consciente de la existencia, como problema actual, del terrorismo y del peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático. Por ello ha introducido en el art. 55.2 una habilitación al legislador, para establecer un régimen específico de suspensión de determinados derechos fundamentales con la finalidad de facilitar las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, posibilidad de suspensión que la Constitución ha estimado como necesaria para el propio sostenimiento del Estado democrático de Derecho.

La doctrina constitucional, en virtud de una interpretación textual y sistemática del precepto constitucional, considera que se trata de un supuesto de «suspensión» de determinados derechos fundamentales, es decir, de situaciones normativas temporales en las que el régimen de determinados derechos fundamentales no es el previsto como regular y ordinario, sino uno distinto, instaurado como respuesta a una amenaza específica al orden democrático, cual es el terrorismo. El reconocimiento del carácter excepcionalmente grave del terrorismo en nuestra sociedad hizo que, ya en 1978, el

constituyente previese esta figura como diferente de los tradicionales estados excepcionales, sin, por ello mismo, introducir los condicionamientos temporales específicos propios de dichos estados art. 55.1 CE en conexión con el art. 116, apartados 3 y 4, CE. Esta circunstancia, sin embargo, no cambia el carácter último del supuesto en cuestión, en el que se recoge un régimen normativo --objetivo y por tanto no únicamente subjetivo--, de suspensión, propiamente dicha, de determinados derechos.

De ahí las variadas cautelas de las que el art. 55.2 CE ha hecho preceder y acompañar a esta suspensión de derechos. Exigiendo en primer lugar el constituyente que esta opción normativa se adopte mediante Ley Orgánica, es decir, mediante una mayoría coincidente, en el Congreso de los Diputados, con la exigida para la declaración del estado de sitio, con el grado de consenso requerido para las opciones normativas y políticas más trascendentes, salvo contadas excepciones.

Ahora bien, esta remisión a la Ley Orgánica no es, por así decir, una remisión en blanco, sino que, por el contrario, y como sucede en otros supuestos, aparece rodeada de diversos condicionamientos, unos sustantivos, otros de carácter garantista. Entre los primeros se encuentra indudablemente la restricción del alcance de la suspensión a los solos derechos reconocidos en los art. 17.2 y 18.2 y 3 C.E., y es desde esa perspectiva sustantiva desde la que este Tribunal debió examinar fundamentalmente el contenido de la LO 9/1984 y el art. 55.2 CE que abunda en determinaciones garantistas, entre las que destacan las relativas a «la necesaria intervención judicial» y «el adecuado control parlamentario». A ellas se añade, en un segundo apartado, una garantía penal, frente a «la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha Ley Orgánica». Es precisamente la suficiencia constitucional de la LO 4/1988 desde la perspectiva de una de estas garantías, concretamente «el adecuado control parlamentario», y no determinación sustantiva alguna, el primer y general problema suscitado en relación con esta Ley.

De modo que La Ley prevé una serie de mecanismos para proteger los derechos individuales intentando hacerlos compatibles con la legislación antiterrorista y, los supuestos análogos en la ley orgánica de estados de excepción. Estas garantías deberán ser observadas por los agentes cuando se invoque esta singular figura de

suspensión de los derechos fundamentales del art. 55.2 de la Constitución para practicar la entrada y el registro de un domicilio. El precepto constitucional debe ser interpretado conforme a la Constitución y conforme al sistema general de garantías propio del Estado de Derecho.

Los supuestos excepcionales, recogidos en el art.553 LECrim, son idénticos para la entrada y registro en lugar cerrado y para la privación de libertad ambulatoria de las personas investigadas con tales supuestos relacionadas. El art. 553, comienza diciendo: «Los agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención». Y, más adelante, recalca: «así como al registro que, con ocasión de aquella detención, se efectúe».

En cuanto a las formalidades y garantías a cumplimentar, por los miembros policiales, inmediatamente después de haber llevado a cabo las actividades facultadas por el art. 553 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, queda claro que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, se impone el respeto a los derechos fundamentales. La actividad restrictiva de estos derechos, por parte de los agentes de la autoridad, aunque se lleve a cabo en situaciones de excepcionalidad, no puede realizarse al margen del control judicial, garante máximo de su reconocimiento real y de su adecuado ejercicio. La urgencia no puede ser una carta blanca a los agentes actuantes para actuar sin sometimiento a ningún tipo de control, por eso, cuando el control judicial de garantías no puede efectuarse por razones de urgencia en el momento de la intervención por los agentes, debe ser realizado inmediatamente lo antes posible.

En este sentido el segundo párrafo del art. 553 LECrim., dispone que: «Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos».

Naturalmente, la obligación precedente es de los funcionarios policiales actuantes, que son los responsables de su actuación y de acreditar que existen la circunstancias que permiten practicar las diligencias.

Esta disposición debe extenderse a todos los supuestos del art. 553 para controlar la adecuación de las diligencias policiales practicadas con las exigencias constitucionales y resto de los derechos de las personas intervinientes. Para garantizar que no se ha producido una vulneración injustificada de los derechos fundamentales, este control «ex post» se presenta como necesario, para otorgar validez procesal a aquéllas. Siguiendo esta línea la STC 71/1994 de 3 de marzo, refiriéndose a los casos del art. 55.2 CE, asegura que la inexcusable mediación judicial (es decir, la «necesaria intervención judicial», exigida por la CE) comparece, con claridad plena, como condición de validez de todas y cada una de las medidas concretas de suspensión de derechos permitidas, a través de la LO 4/1988, por la Constitución. Que esta intervención judicial debe concebirse como instrumento de preservación de los derechos individuales.

La primera exigencia --la inexcusable mediación jurisdiccional-- se presenta, con claridad plena, como condición de validez de todas y cada una de las medidas concretas de suspensión de derechos permitidas, a través de esta Ley Orgánica, por la Constitución. La segunda exigencia --la del control parlamentario que aquí consideramos-- constituye, por el contrario, un requisito relativo a la supervisión genérica de la actuación en este punto del Gobierno o, en otras palabras, una garantía que no preserva tanto la corrección jurídica de los actos singulares de aplicación de la Ley Orgánica, cuanto la posibilidad de que el Parlamento conozca y evalúe las medidas adoptadas a este respecto, al igual que aprecie, desde criterios de oportunidad, necesidad y eficacia, la conveniencia de mantener en vigor una Ley Orgánica que, vale repetir, no es de existencia necesaria en el ordenamiento.

De este modo la garantía de la necesaria intervención judicial resulta contenido inexcusable de dicha Ley Orgánica, como instrumento de preservación que es de derechos individuales, pero no cabe decir otro tanto de la garantía de carácter parlamentario, que puede figurar, ciertamente, en el propio articulado de la Ley

Orgánica, pero que cabe configurar también a través de otros instrumentos normativos, esto es, mediante disposiciones legislativas específicas o, desde luego, en el propio Reglamento parlamentario. Siendo esta última como es, en suma, una garantía de orden parlamentario, nada impide que su previsión específica se lleve a cabo en otros instrumentos legales o en las normas que, con carácter general, tienen por objeto precisamente, la ordenación específica del control parlamentario sobre el Gobierno, es decir, en los Reglamentos de las Cámaras.

Conclusión obligada, por otra parte, para el Tribunal Constitucional, a la luz del último párrafo del art.55.2 de nuestra «Carta Magna», es que la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

Este control judicial "ex post" plantea problemas a la hora de concretarlo dentro de la regulación de la suspensión de los derechos del art. 18 CE y 3 CE, inviolabilidad de domicilio y libertad de las comunicaciones. La garantía de estos derechos es precisamente la intervención judicial previa a cualquier limitación del derecho. El Tribunal Constitucional en la STC 199/1987 tuvo en cierta forma que forzar la lógica de la urgencia dentro de la crisis que se planteó en este supuesto, creando toda una teoría sobre la urgencia dentro de la excepción, para declarar constitucionalmente conforme una intervención judicial posterior a la suspensión practicada.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

1. Configuración del concepto de domicilio

Partiendo de consideraciones generales, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, viene reconocido y positivizado por nuestra norma fundamental igual que sucede en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y en las más importantes declaraciones de derechos de ámbito internacional, como el art.12 de la Declaración universal de los Derechos del hombre, el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es un derecho fundamental integrado en nuestro sistema jurídico y enraizado profundamente en la conciencia social. Todo ciudadano se sabe dueño y señor de la casa en que habita y conoce que nadie puede sin su consentimiento entrar en ella, estando protegido el domicilio incluso penalmente contra intromisiones ilegítimas por su tipificación como allanamiento de morada en el Código penal vigente⁹⁴.

El mismo ordenamiento que lo reconoce y protege establece igualmente aquellos casos en que este derecho puede ceder en beneficio de otros bienes o intereses jurídicos necesitados de protección. En estos casos la entrada en el domicilio no supone una vulneración ilegítima del derecho, existiendo el consentimiento del titular, autorización judicial o para evitar un delito flagrante. La propia Constitución delimita expresamente este derecho fundamental en la forma que hemos expuesto en el apartado anterior de este trabajo.

⁹⁴ Artículo 202 de nuestro Código penal; El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.

El artículo 18 de la Constitución establece, la licitud de la entrada en el domicilio cuando el titular lo consiente o autoriza. En tales casos, podríamos decir que no estamos propiamente ante una excepción al derecho a la inviolabilidad del domicilio puesto que no podemos hablar de violación cuando hay consentimiento.

La violación del domicilio se produce cuando el morador excluye a una persona de la esfera de intimidad, que constituye su domicilio, la conducta tipificada en nuestro CP, castigando al particular que entra en morada ajena o se mantiene en ella contra la voluntad de su morador, vulnerando con esta conducta el derecho fundamental. Es cierto que se podrían plantear problemas si fueran varios los moradores, consintiendo unos y otros no, pero esta es una cuestión diferente que ha sido resuelta por la jurisprudencia como luego analizaremos.

Si no existe consentimiento, la cobertura legal depende de una resolución judicial. Así lo contempla expresamente nuestro texto constitucional: la intromisión en el domicilio es legítima y amparada por el derecho, cuando una resolución judicial dictada en el proceso judicial correspondiente así lo establece, actuando los límites constitucionales que configuran el derecho. Para proporcionar esta cobertura, la resolución judicial debe ajustarse a derecho en su forma y contenido y su ejecución material debe cumplir todos los requisitos previstos en la propia ley para ello.

Abordaremos a lo largo del presente trabajo los presupuestos y requisitos que justifican dicha resolución, cuál ha de ser su contenido y qué cautelas deben tomarse en su ejecución para preservar el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Además de la resolución judicial, la necesidad de evitar un delito flagrante también permite llevar a cabo la entrada y el registro policial en un domicilio. No hay duda de su admisibilidad desde el punto de vista constitucional, cuando la injerencia se produce ante el conocimiento o percepción evidente de que en dicho domicilio se está cometiendo un delito, y lógicamente siempre que la intervención policial resulte urgente para impedir la comisión del delito, deteniendo a la persona responsable del mismo y protegiendo a la víctima.

Fuera de los casos de consentimiento igualmente debemos tener en cuenta lo previsto en el art. 55 de nuestra constitución, esto es, la posibilidad de suspender los derechos contenidos en el art.18.2 y 18.3 en caso de declararse el estado de excepción o de sitio. Esta sería una situación totalmente diferente, una exclusión temporal del derecho impuesta por las circunstancias que obligan a declarar el estado de sitio o de emergencia en un momento determinado y temporalmente con los requisitos y presupuestos previstos para ello en la Constitución. Sintetizando los supuestos señalados podemos decir que, la entrada en el domicilio sin consentimiento del morador y fuera de la excepción prevista en cuanto se trata de evitar un delito flagrante o se declara el estado de sitio o excepción, sólo puede producirse la entrada si lo autoriza o manda el Juez competente a través de resolución motivada⁹⁵.

Desde la perspectiva del derecho penal objetivo, aunque la intromisión en domicilio ajeno puede constituir delito debe tenerse en cuenta que existen causas de exclusión de responsabilidad y causas de justificación de la conducta, como por ejemplo cuando actúa el estado de necesidad. Estas causas justifican o eximen de responsabilidad penal por la existencia de otro bien jurídico protegido, se produce la violación del derecho, pero no se impone la sanción penal porque el estado renuncia a ejercitar el *ius puniendi*.

Desde un punto de vista clásico podemos entender el derecho a la inviolabilidad del domicilio, como aquel que tiene por objeto proteger un ámbito de privacidad⁹⁶ proyectado sobre un determinado espacio físico, la morada y cuyo titular se reserva de terceros excluyendo del conocimiento ajeno, pero en nuestra opinión esta visión del concepto de domicilio requiere un análisis moderno, añadiendo las exigencias impuestas por los avances tecnológicos y la aparición de las TIC, como consecuencia de la globalización del comercio y las comunicaciones. Es habitual hoy en día que dentro

⁹⁵ Así resume los supuestos en que está permitida la entrada y el registro domiciliario nuestro Tribunal Constitucional en STC 133/1995, fundamento jurídico 4. °

⁹⁶ En este sentido STC 110/1984 y todas las posteriores por ejemplo en STC 160/1991, 50/1995.

del domicilio existan equipos informáticos y conexiones que permiten acceder a información que se encuentra físicamente fuera del domicilio, a través de internet desde el domicilio se puede intervenir una cantidad masiva de información, ello obliga a pensar en la protección que la inviolabilidad domiciliaria brinda al titular de este derecho cuando se conecta a la red y accede a cantidades ingentes de datos guardados en equipos informáticos o en servidores localizados en cualquier parte del mundo, esta conectividad ofrece una nueva perspectiva del domicilio y de la investigación judicial en lo que al domicilio se refiere y la posible intervención de los efectos que se pueden hallar e durante una entrada y un registro.

En muchas ocasiones la información que comparte el investigado en la red queda registrada al estar asociado el domicilio al titular del dispositivo que da acceso a la red, lo que se denomina IP ⁹⁷; si así fuera el registro del domicilio permite intervenir la IP. Las siglas IP se corresponden a "Internet Protocol", o lo que es lo mismo, "Protocolo de Internet", se refieren como su nombre indica al protocolo de comunicaciones a través de la red. La dirección IP, que es el número que se asigna dentro de la red como usuario a quien utiliza la conexión, es la manera que tiene Internet de saber quién utiliza o quién es el titular de la conexión. La IP se puede asignar a un domicilio y se puede localizar. Se trata una especie de un número para identificar al usuario cuando está conectado, concepto directamente relacionado con el del domicilio.

Debemos tener en cuenta la existencia de dos tipos de direcciones IP, las IP Públicas y las IP Privadas, y cada una de ellas tiene una finalidad totalmente diferente. Una IP Pública es la dirección que asigna la empresa a un usuario que proporciona el acceso a internet. Facilitan acceso a Internet compañías como Telefónica, Vodafone,

⁹⁷ Una dirección IP es un número que identifica, de manera lógica y jerárquica, a una Interfaz en red de un dispositivo (computadora, tableta, portátil, smartphone) que utilice el protocolo IP o (Internet Protocol), que corresponde al nivel de red del modelo TCP/IP. La dirección IP no debe confundirse con la dirección MAC, que es un identificador de 48 bits para identificar de forma única la tarjeta de red y no depende del protocolo de conexión utilizando la red. CRISTIAN HUITEMA. *Routing in the internet*. Upper Saddle River, New Jersey. Prentice-Hall,2000. 2ª ed.

Orange etcétera. Esta dirección sirve para identificar al usuario dentro de Internet cuando se conecta. Nadie puede navegar por la red sin una IP, y ninguna página web puede existir en la red, si no tiene una IP asociada. Es una manera de identificar a cada usuario en la inmensidad de la red, siendo que ninguna IP se puede repetir.

Igualmente existen las IP Privadas, que son las que se utilizan en redes privadas, cuando se crea en un domicilio por el usuario conectando varios dispositivos a través de red WiFi, en este tipo de red cada dispositivo como la impresora, el router o el smartphone tiene una IP propia diferente para que no haya conflictos entre ellos. Todas las direcciones IP están formadas por cuatro números de hasta tres cifras separados por tres puntos. Los valores de cada número pueden variar entre 0 y 255, por lo que una dirección IP podría ser cualquier combinación dentro de los millones de combinaciones que se pueden generar con esta numeración. La compañía que proporciona e instala el acceso a internet dispone del número correspondiente de IP y su localización, será conocedora del domicilio o el lugar donde se produce la conexión pudiendo poner en relación una dirección de IP con un domicilio. Es importante destacar que según acuerdo del pleno de la Sala II del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 2010, si el Ministerio Fiscal precisa que le sea desvelada la identidad de la persona adjudicataria de una dirección IP es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicio de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, cedan los datos generados o tratados con tal motivo.

Si dentro del domicilio existen varios equipos y una red propia de conexión será posible conocer desde cuál de ellos se ha efectuado la conexión, de modo que en base a este concepto de la IP que indudablemente va unido al concepto del domicilio, podríamos hablar de domicilio virtual asociado a un lugar físico que refleja una información decisiva para la investigación y para las fuentes de prueba que pudieran ser halladas en una causa criminal. Será un elemento esencial para poder identificar a la persona que se encuentra detrás del punto de conexión como titular de la información transmitida y recibida, titular de la conexión a internet que no tiene por qué coincidir con el titular del domicilio.

Nuestra última regulación procesal permite incluso realizar registros remotos, sin necesidad de acceder al domicilio, al establecer el artículo 588 septies de nuestra LECRim⁹⁸ que el juez competente puede autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos, aunque solo existe esta posibilidad cuando se trata de determinados delitos, como por ejemplo cuando se trata de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos de terrorismo, o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información. En el resto de delitos será necesario acceder al domicilio para poder acceder a dicha información a través de los equipos que se encuentran en el domicilio y en su caso a través de la conexión por medio de la IP correspondiente, accediendo a los mismos o al servidor en que la información pudiera estar almacenada.

Si pensamos en la importancia de la información que se puede intervenir en estos equipos, debemos plantearnos el hecho de que la conexión a internet permite acceder a información que se halla fuera del domicilio, existiendo el riesgo inherente de que dicha información pueda ser modificada desde otros equipos también conectados al servidor, desde otro domicilio diferente por terceras personas desconocidas para la investigación durante la práctica del registro, alterando o borrando el contenido que pudiera hallarse en los equipos de almacenamiento masivo de datos. Por ello parece que, al comenzar la entrada y el registro domiciliario sería necesario desconectar los equipos que se encuentran en el domicilio, apagarlos o ponerlos en modo vuelo, para garantizar que la información contenida en los discos duros no sea modificada o borrada, este primer paso viene previsto en los más modernos protocolos policiales, sin embargo esto supone al mismo tiempo la imposibilidad de acceder a la información contenida en servidores externos, al menos en ese primer momento.

En nuestra opinión resulta necesario alcanzar un equilibrio entre el objetivo de la investigación, la averiguación del delito, de sus autores, la creación, conservación de fuentes de prueba y la garantía de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio. La pérdida de este equilibrio derivaría en una afectación del derecho a un proceso con todas las garantías y en la

nulidad de las pruebas obtenidas que arrastraría además la invalidez de las posteriores que traen causa de aquéllas.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo como la STS 786/2015, de 4 de diciembre han abordado cuestiones relativas a la validez de la prueba en estos supuestos, manifestando que se puede plantear problemas de validez cuando se accede a mensajes de correos electrónicos ya recibidos y guardados en el correspondiente archivo dentro de un equipo informático, poniendo de relieve que en el ordenador coexisten de forma indudable, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos reconocida en el art. 18.4 de la CE también pueden albergar, datos o información íntimamente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Nos parece especialmente destacable la sentencia mencionada, por ser una de las primeras en hacerse eco del nuevo régimen legal imperante desde la reforma de 2015, exigiendo que exista una resolución jurisdiccional habilitante para la invasión del derecho al entorno digital de cualquier investigado. La resolución autorizante ha de tener un contenido propio, explicativo de las razones por las que, además de la inviolabilidad domiciliaria, se invade la intimidad contenida por ejemplo en un ordenador. Siguiendo esta nueva doctrina jurisprudencial nuestro sistema no tolera el sacrificio de los derechos proclamados en los apartados 3 y 4 del art. 18 de la CE a partir de una legitimación derivada, de suerte que lo que justifica un primer sacrificio se pueda ampliar hasta validar implícitamente otra restricción. Es decir, la simple autorización para entrar y registrar un domicilio no se extiende a invadir la intimidad de ordenadores o equipos informáticos sin una autorización expresa del juez instructor en este sentido.

⁹⁸ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Esta doctrina tiene su reflejo normativo en el art. 588 sexies a) 1º de la LECrim , según el cual "cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos". Añade el apartado 2º del mismo precepto que "la simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente".

Como se pone de manifiesto la jurisprudencia de la Sala Segunda,⁹⁹ la última reforma introducida en la LECrim, es una regulación rupturista, que pretende abandonar prácticas en las que la autorización judicial para la entrada en el domicilio del investigado amparaba cualquier otro acto de injerencia, incluso cuando desbordara el contenido material del derecho reconocido en el art. 18.2 de la CE. Según esta doctrina, lo que el legislador pretende con la nueva regulación, es que el Juez de instrucción exteriorice de forma fiscalizable las razones que justifican la intromisión en cada uno de los distintos espacios de exclusión que el ciudadano define frente a terceros. Anteriormente no venía siendo este el criterio tradicional; numerosas resoluciones de las que la STS 691/2009, puede ser un buen ejemplo hacían extensiva la habilitación judicial concedida para la intromisión domiciliaria a la aprehensión de todos aquellos soportes de información que pudieran encontrarse en el interior de la vivienda. Sin embargo, la doctrina moderna junto a los nuevos preceptos introducidos en la ley impide considerar los instrumentos de almacenamiento o equipos informáticos como

⁹⁹ Sentencias del Tribunal Supremo 786/2015: La autorización para entrar en el domicilio no ampara para registrar los ordenadores que se hallan en el domicilio. STS 864/2015 de 10 de diciembre de 2015, Child Grooming (art. 183 bis/183 ter actual CP): Sobre el acceso a la cuenta abierta por una menor en una red social por parte de su madre sin contar con su anuencia ante la sospecha de que pudiera estar siendo víctima de un delito, Según la sentencia no hay ilicitud probatoria, lo que es compatible con la afirmación de que el menor es titular del derecho a la intimidad de acuerdo con su madurez.

piezas de convicción respecto de las cuales el acceso a su contenido está legitimado por la autorización general, otorgada por el Juez a los agentes para adentrarse en el domicilio en el que aquéllos son custodiados.

Parece perseguir el legislador la idea de que la restricción constitucional de cada uno de los derechos afectados sea individualmente ponderada por el órgano jurisdiccional, que debe exteriorizar y motivar las razones de su sacrificio. En el plano formal, ningún obstáculo existe para que sea una misma resolución la que incorpore el juicio ponderativo del que derivar la legitimidad del sacrificio de los derechos afectados. Como se indica en la sentencia referida, para la historia han de quedar las autorizaciones implícitas o sobreentendidas que permitían intervenir todo tipo de efectos, la entrada y registro en el domicilio del investigado ha de estar debidamente justificada, el instructor debe expresar las razones de la necesidad del sacrificio del derecho fundamental, e igual de argumentado que ese acto de injerencia habrá de estar el acceso a los dispositivos informáticos de almacenamiento masivo cuya información resulte indispensable para la investigación, siendo imprescindible tener en cuenta esta moderna regulación y la jurisprudencia correspondiente a la hora de interpretar y aplicar la norma si queremos evitar nulidades dentro del proceso penal por infracción de los artículos que regulan la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones.

Debemos admitir la existencia de una segunda esfera de protección que abarca la información contenida en equipos y soportes informáticos que se encuentran dentro del domicilio para la protección de la intimidad, al que nos hemos referido como, el entorno virtual del investigado. Si bien la propia jurisprudencia nos recuerda que, no siempre que hay afectación de un derecho fundamental es ineludible una habilitación jurisdiccional, en este sentido es destacable la STS 777/2013, de 7 de octubre, que examina la necesidad o no de que toda medida que afecte o pueda afectar a un derecho fundamental sea siempre acordada por un Juez, entendiendo que la respuesta no puede ser rotundamente afirmativa, por más que en ocasiones se puedan encontrar aseveraciones en ese sentido.

Indudablemente hay casos en que puede intervenir la Policía de propia autoridad, sin un consentimiento expreso (por ejemplo, en una exploración radiológica cuando existen indicios de un delito contra la salud pública) y no será necesario la autorización judicial habilitante, incluso podrá actuar coactivamente la policía o la

Guardia civil realizando cacheos externos. No puede proclamarse el monopolio jurisdiccional como indispensable en toda afectación de un derecho fundamental. Habrá ciertas actuaciones o injerencias en el entorno digital que no necesiten autorización previa, igual que sucede con la garantía del resto de derechos fundamentales. Sirva de ejemplo los casos en los que puede tener lugar la detención policial. En este sentido la STS 1903/2021, de 24 de febrero de 2022 resuelve que el acceso al IMEI de un terminal telefónico, no necesariamente comporta una intervención en las comunicaciones y no precisa autorización judicial al amparo del art. 588 ter de nuestra LECrim.

1 .1 Concepto constitucional de domicilio

1.1.1. Antecedentes históricos

Antes de entrar en el análisis de la regulación nos gustaría hacer una breve referencia a los antecedentes históricos en la protección del domicilio. En este sentido ya en el Derecho Romano podemos encontrar las primeras manifestaciones que demuestran una clara protección de los lugares de aposento como símbolo de la vida íntima y desarrollo personal de cada ser humano, impregnadas, con carácter general, de un claro sentido religioso, haciendo del domicilio un ámbito casi sagrado. No es de extrañar, por ello, que diversas confesiones religiosas incorporen en sus textos más representativos, prescripciones relativas a la necesidad del hogar o a la obligación de respetar el recinto privado donde habitan los demás ¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Los documentos más relevantes de la religión cristiana y musulmana, como son la Biblia y el Corán, respectivamente, incorporan en su interior referencias relativas a la importancia de la casa privada de cada persona y a la necesidad de que la misma sea respetada. En paz sus casas, nada temen, la vara de Dios no cae sobre ellos. (Job, 21-9. En UBIETA, JOSÉ ÁNGEL, *Biblia de Jerusalén*, (considerada una Biblia de excelencia para la exégesis bíblica), Desclée de Brouwer, Bilbao, 1967, pp. 630 y 122. [...] No entréis en casa, otra que vuestra casa, hasta que pidáis la venia y saludéis a su gente. Esto será mejor para vosotros; acaso recordéis. (Azora XXIV: La Luz, v. 27). Pero si no encontráis en ella a nadie, entonces no entréis en ella, hasta que os den permiso. Y si os dijeren: Idos, entonces idos. Esto es más puro para vosotros; y Alá de lo que hacéis es sabedor (Azora XXIV: La Luz, v. 28). En *Mahoma, El Corán*: (versión literal e íntegra). Trad. de Rafael Cansinos Asséns, Aguilar, 3ª ed., Madrid, 1957, pág. 450.

El domicilio romano hace referencia al lugar donde un individuo establece libremente su residencia habitual, como lugar de residencia principal de un ciudadano¹⁰¹. Esta definición pone de manifiesto una estrecha vinculación entre los términos domicilio y residencia, así como la importancia del segundo elemento en la delimitación del concepto del primero ¹⁰².

Un matiz importante es que en el Derecho Romano la simple posesión de una casa no determinaba el domicilio si no se tenía intención de residir en ella de forma real y efectiva. Se daba la posibilidad de entender como domicilio otros espacios, sin residir en ellos, donde se poseían propiedades familiares¹⁰³. La protección jurídica del domicilio en el Derecho Romano no permite considerar la violación de este como un delito propio e independiente, sino como una modalidad de la 'iniuria'. Así se valora en la Lex Cornelia de Iniuriis, de la época de Cornelio Silas (82 al 79 a.C.) que establece una jurisdicción y un procedimiento especial para las “iniurias” basadas en la violación de domicilio, lesiones y ofensas graves, haciendo de los mismos delitos públicos que

¹⁰¹ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, FAUSTINO; *Diccionario de Derecho Romano*, Reus, 3ª ed., Madrid, 1982, pág. 203.

¹⁰² IGLESIAS-REDONDO, JUAN; *Repertorio Bilingüe de Definiciones, Reglas y Máximas Jurídicas Romanas*, Cívitas, Madrid, 1986, pág. 149.

¹⁰³ ESPÍN TEMPLADO, EDUARDO; *Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Centro de Estudios Constitucionales, (1991), pág. 39.

dan lugar a una “condemnatio” pecuniaria. La finalidad que se pretende con esta Ley es desglosar cierto grupo de “iniurias”, especialmente graves, de los supuestos generales de las mismas, que tan sólo dan lugar a una persecución de carácter privado, para transformarlos en delitos públicos. Naturalmente, estamos refiriéndonos a la violación de domicilio, lesiones y ofensas graves ¹⁰⁴.

Volviendo a la Lex Cornelia de Iniuriis ¹⁰⁵, ésta afecta al que quiere demandar a otro por haber sido golpeado, herido o azotado; o porque un individuo haya entrado violentamente en su casa.

¹⁰⁴ Son iniurias especialmente graves: *¿La entrada con fuerza en casa ajena (domum vi introire)*. Cfr. SANTALUCÍA, BERNARDO, *Derecho Penal Romano. Diritto e Processo Penale Nell'antica Roma*. Trad. de Javier Paricio y Carmen Velasco, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 84, y LALINDE ABADÍA, JESÚS, *Derecho Histórico Español*, Ariel, Barcelona, 1974, p. 383.

¹⁰⁵ Ley 5: Según La Ley Cornelia sobre las injurias, concierne a quien quiere reivindicar las injurias porque que ha sido arrollado o apaleado o por la fuerza que ha entrado en su casa. En esta ley se previene que no se juzguen el que es yerno, suegro, padrastro, hijastro o sobrino o de alguno de los que alcanzan alguna afinidad o conocimiento, o de aquellos que son parientes o de los que sea el padrino. Así pues la ley Cornelia da posibilidad de acción judicial por tres causas: porque alguien ha sido arrollado, o apaleado o porque se ha entrado en su casa. Por tanto está claro que toda injuria que se puede hacer con la mano, se contiene en la ley Cornelia. Entre el ser arrollado o apaleado hay esta diferencia como escribe Offilius: apalear es golpear con dolor, arrollar es sin dolor. Tenemos que entender la casa no por la propiedad de una casa, sino como domicilio. Esta ley tiene lugar ya sea si alguien habitare su propia casa, como si es alquilada o gratuita o en la que esté recogido de huésped. Lo mismo se habrá de argüir si vive en la casa de campo o en los prados. Y si el señor ha alquilado el prado y se ha violentado, el sujeto es el inquilino, no el señor. (D. 47, 10, 5). En KRUEGER, PAULUS y MOMMSEN, THEODOR, *Corpus Iuris Civilis. Instituciones. Digesta*, Ed. Weidmann, 17ªed., Hildesheim, 1993, vol.I, pp. 830-831.

Igualmente, interesante a los efectos de nuestro estudio, es la referencia al registro o la pesquisa doméstica, consistente en un trámite que dentro del Derecho Romano forma parte del procedimiento seguido en determinados delitos por hurto o *furtum*. Este ritual o pesquisa, que recibe el nombre de “*lance licio*”, comienza cuando el individuo que debe realizar el reconocimiento se presenta, acompañado de dos testigos, en el domicilio del presunto ladrón sin más atuendo que una especie de delantal o mandil atado a la cintura, denominado “*licium*”, para poner de manifiesto que no oculta la cosa que pretende buscar. También trae consigo en la mano una bandeja, llamada *lanx*, que supuestamente simboliza una ofrenda a la divinidad doméstica que se teme ofender con el acto del examen de la casa. Este último dato demuestra que en el domicilio también habitan una serie de dioses domésticos -ya aludidos-, a los cuales hay que adorar y respetar, como señalan algunos juristas de la época como Servio Sulpicio y Masurio Sabino¹⁰⁶ el requisito exigido para buscar el objeto sustraído en la casa del ladrón es que la víctima determine, siempre con entera exactitud, la cosa a recuperar en el domicilio del presunto delincuente y el registro o pesquisa debe realizarse conforme a una serie de formalidades relacionadas con antiguas concepciones rituales y mágicas.

Posteriormente el Derecho Germánico, distingue en relación con la morada la construcción de la casa (*Hauserstellung*), la comunidad de la vida doméstica (*Häusliche-gemeinschaft*), la regulación reglamentaria de la casa (*Hausordnung*), la paz de la casa (*Hausfrieden*), la violación del domicilio (*Hausfriedensbruch*), la violación de domicilio realizado por banda o cuadrilla (*Heimsuchung*), y el derecho de vivienda de los campesinos (*Häuslerrecht*).

Todos estos conceptos giran en torno a un mismo eje (la paz de la casa), a través del cual puede entenderse la inviolabilidad del domicilio, pues bajo salvaguarda

¹⁰⁶ IGLESIAS SANTOS, JUAN; *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Ariel, 10ª ed., Barcelona, 1990, p. 450.

del mismo, el morador se encuentra resguardado dentro de los límites de su casa de los posibles ataques perpetrados por particulares y cargos públicos.

En un momento posterior encontramos textos que se dirigen a la «protección de la casa» como la Carta del Convenio entre el rey Alfonso I de Aragón y los moros de Tudela del año 1119 o los Decretos de la Curia de León de 1188 siendo, en líneas generales, «la paz de la casa»¹⁰⁷ y su tutela penal la principal manifestación de la protección del domicilio durante toda la Edad Media.

Otros textos de esta época, como el Fuero de León o el Fuero de Seia del año 1136 o el de Penella de 1139 también recogen la prohibición de violar el domicilio de los ciudadanos. Además, comienzan a aparecer textos que dejan entrever la posibilidad de que, en algunos casos, determinados sujetos (al servicio de la corona) estuvieran legitimados para acceder al domicilio ajeno. Como señala González Trevijano¹⁰⁸, si bien el origen lejano de la actual protección del domicilio en las Constituciones modernas y Declaraciones de Derechos se puede encuadrar, de alguna forma, en estas normas medievales, no obstante, es preciso afirmar que entre unas y otras normas existe una diferencia sustancial, dado el carácter más particularista y heterogéneo de la normativa medieval en relación con el carácter general, objetivo, ordenado y sistemático que caracteriza al Derecho moderno.

¹⁰⁷ QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO; *Tratado de Derecho Penal*. I, 2.^a ed., Madrid, 1972, págs. 951 y ss., alude a que este principio, el de «paz de la casa» aparecerá reiteradamente en los fueros locales españoles, claramente influidos por el origen germánico del mismo, lo que contrasta con la poca atención dispensada por los textos más romanizados, como por ejemplo las Partidas de Alfonso X.

¹⁰⁸ GONZÁLEZ TREVIJANO, PEDRO JOSÉ; *La inviolabilidad del domicilio*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 34 y 35.

De forma más próxima a nosotros, Constituciones como la noruega de 1814, la belga de 1831, la francesa de 1848, el Estatuto Albertino de 1848, la de México de 1917, la alemana de 1919, la de la Unión Soviética de 1936, la de Japón de 1946, la italiana de 1947, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o la portuguesa de 1976, recogen todas ellas la inviolabilidad del domicilio como derecho básico de la persona y proporcionan a este derecho la protección correspondiente, del mismo modo que, como vamos a ver, también lo hace nuestra Constitución Española de 1978, proclamando este derecho como derecho fundamental de la persona.

1.1.2 Antecedentes en España

La Constitución española de 1978, fiel a su tradición histórica¹⁰⁹, establece como hemos visto 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». En términos similares se pronuncia el art. 545 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al establecer que: «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».

Sin embargo, esto no siempre ha sido así, dado que, en la época inmediatamente anterior a la actual queda al margen de la historia constitucional española, por incumplir los requisitos básicos de un sistema democrático. A este respecto conviene hacer al menos una breve referencia histórica al tiempo comprendido

¹⁰⁹ La consagración del domicilio como derecho constitucional de los ciudadanos ya fue recogido con mayor o menor énfasis y con mayores o menores resultados prácticos, en el art. 126 de la Constitución de Bayona de 1808, en el art. 306 de la Constitución de 1812, en el art. 7 de la Constitución de 1837, en el art. 7 de la Constitución de 1845, en el art. 5 de la Constitución de 1869, en el art. 6 de la Constitución de 1876, en el art. 31 de la Constitución de 1931 y en el art. 15 del Fuero de los Españoles.

entre 1939 y 1978. Durante este período el Fuero de los Españoles, en su artículo 15 contemplaba la inviolabilidad domiciliaria declarando que nadie podía entrar en el domicilio de un español ni efectuar registros en él sin su consentimiento, a no ser con mandato de la autoridad competente, en los casos y en la forma que establecieran las leyes.

Durante este periodo se configuraba la inviolabilidad del domicilio, como un derecho fundamental que sólo afectaba a los españoles; los extranjeros residentes en territorio nacional no gozaban de este derecho. El artículo 11 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, modificado después por la Ley 36/1971 de 21 de julio, establecía que “la autoridad gubernativa y sus agentes no podían penetrar en la morada de una persona sin su consentimiento”. La necesidad de un mandato de la autoridad competente excluía de forma implícita a la autoridad judicial para legitimar jurídicamente la entrada en domicilio ajeno sin consentimiento de su titular, haciendo depender la autorización de la entrada y registro domiciliario que iban a efectuar los agentes exclusivamente del Poder Ejecutivo.

La citada Ley también establecía que el acta y atestado que con tal motivo se levantaren serían entregados sin dilación a la autoridad competente a los efectos oportunos, incluso si fuera necesario corregir las extralimitaciones que se hubiesen podido cometer, de cualquier extralimitación cometida se debía dar cuenta al gobernador civil y si en la casa no se hallaba el dueño o encargado de la misma, ni ningún individuo de la familia, el reconocimiento se realizaba obligatoriamente en presencia de dos vecinos, levantando acta firmada por estos últimos junto a la autoridad o el delegado. La asistencia de los vecinos requeridos para presenciar el registro era obligatoria, pero en el supuesto de no poder ser cumplido este requisito, el registro se llevaba a efecto haciendo constar la imposibilidad en el acta. Esta ley además, cambió la terminología, con un fin estético, refiriéndose como requisito para la entrada al mandamiento en lugar de mandato.

Finalmente dentro de esta etapa preconstitucional, se introduce una nueva norma, el Decreto-Ley 10/1975, del 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo, cuyo artículo 14 d establecía que en caso de urgencia, las fuerzas de orden público pueden proceder, previa autorización del comisario jefe o del jefe de la unidad, en su caso, al

registro del domicilio o lugar cerrado, cuando se sospeche que en su interior se encuentre un individuo presuntamente responsable de alguno de los delitos a que se refiere este Decreto-Ley, o pruebas, efectos o instrumentos de los mismos, de esta medida era necesario dar cuenta inmediata al juez competente.

Al llegar la etapa democrática, nuestra Constitución establece que el ejercicio de los derechos fundamentales sólo se regulará por ley, añadiendo la reserva de ley orgánica para ello, conectando la libertad e intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, consagrados definitivamente en el artículo 18.

Si analizamos brevemente el debate histórico que dio lugar a la consagración de estos derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, podemos destacar que en el debate sobre la inviolabilidad del domicilio ante la comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas, el reconocimiento de estos derechos no despertó grandes discusiones en cuanto a su configuración, sino más bien hubo discusiones respecto a los elementos procesales a la hora de velar por su protección, como los que afectan al mandamiento judicial que autoriza la entrada en un domicilio.

El informe inicial de la Ponencia se limitó a establecer que el registro no se podía realizar sin mandamiento judicial y el anteproyecto constitucional de 5 de enero de 1978, reproduce íntegramente, el artículo inicial del borrador.

La idea de que el domicilio es inviolable y ninguna investigación domiciliaria podrá realizarse sin mandato judicial figura en el Informe de la Ponencia de 17 de abril, tras debatir las enmiendas presentadas al anteproyecto que introdujeron los supuestos de flagrante delito y consentimiento expreso del titular, dejando claro en el debate que el domicilio es inviolable; ninguna investigación domiciliaria podría realizarse sin autorización judicial, salvo en el caso de flagrante delito o con consentimiento expreso del titular.

De acuerdo con la propuesta contenida en la enmienda del grupo de UCD, se aceptó sustituir el término mandato por el de mandamiento, entendiendo que el mandamiento judicial no equivale al mandato por incluir, este último término, un concepto más restringido en el que el juez tiene que autorizar la entrada motivadamente

y con arreglo a las leyes del caso. Igualmente quedó admitida la enmienda que planteaba, distinguir por un lado, la investigación domiciliaria con el consentimiento del propietario u ocupante y, por otro, la necesidad lógica derivada como hecho natural de la urgencia o el delito flagrante.

El Grupo Socialista del Congreso y el Comunista¹¹⁰ presentaron una serie de enmiendas que pretendían, desde su punto de vista, una redacción más garantista el anteproyecto.

Finalmente Gregorio Peces-Barba, en el proyecto definitivo, se extendió en la exposición de los requisitos exigibles a la motivación que debía preceder a la entrada, distinguiendo los tres tipos justificables de intromisión ilegal en el domicilio, para evitar cualquier tipo de injerencia sin las debidas garantías, en el derecho a la inviolabilidad, exigiendo que la entrada se efectuase sólo con resolución judicial mediante providencia, auto y sentencia, concluyendo que de los tres el auto judicial es el más adecuado para reunir los requisitos de una resolución judicial motivada en la fase de investigación.

¹¹⁰ Porque si la Constitución queremos que vaya suponiendo un avance en la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, hay que tener en cuenta que se ha producido frecuentemente, y no podemos ser ciegos a este antecedente; la corrupción de que, por una especie de rutina, eficacia o celeridad, se hayan llegado a expedir mandatos judiciales de entrada y registro casi telefónicos, que, "a posteriori" de haberse verificado, reciben la constancia escrita, lo que podríamos llamar la constancia judicial. Por consiguiente, no sobra el que en la garantía de los derechos de los ciudadanos exijamos, al tratarse de una resolución judicial, que sea previa y motivada que después acarreará una orden de entrada y registro a la Policía Judicial; pero es preceptivo exigir esa previa resolución judicial motivada, porque a lo largo de toda nuestra legislación procesal en materia de libertades del individuo se suele hacer así... con ello creo que cumplimos el deber fundamental de esta Constitución, que debe ser no desarmar a la sociedad, pero también buscar un punto de equilibrio entre ese no desarme de la sociedad y esa protección del individuo.

1.1.3 El derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad.

En los tiempos modernos la idea de la inviolabilidad del domicilio es un concepto que lógicamente y a diferencia de lo que sucedía en el Derecho romano de los primeros tiempos, se separa de lo sagrado y se integra dentro del derecho a la intimidad, como un derecho inherente a la persona que en determinados casos se reconoce incluso a las personas jurídicas con ciertos matices como luego veremos.

Nuestra Constitución formula el derecho a la inviolabilidad del domicilio en el apartado segundo del artículo 18, proclamando en su primer apartado el derecho a la intimidad. Esta ubicación sistemática no es casual. Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina constitucional, indicando que existe una clara relación entre ambos preceptos. Algunas sentencias se pronuncian directamente en este sentido, señalando que el derecho a la inviolabilidad del domicilio se fundamenta en el derecho a la intimidad, siendo la inviolabilidad una especie del derecho genérico a la intimidad. No obstante, se ha sostenido también que el derecho a la inviolabilidad protege no sólo la intimidad, sino también la privacidad.

El Tribunal Constitucional configura expresamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio como una especialidad del derecho a la intimidad en STC 22/1984: «... la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la consecuente interdicción de la entrada y registro en él (artículo 18.2 CE) no es sino una manifestación de la norma precedente que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE)». Aunque en ocasiones también desarrolla el concepto de privacidad como parte del contenido del objeto de protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Entre toda la doctrina jurisprudencial, como vamos a ver, destaca y es referida por todas las posteriores cuando se trata del concepto de inviolabilidad del domicilio la STC 22/1984, también según esta sentencia «... la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido, para garantizar el ámbito de privacidad del mismo, está dentro del espacio limitado que la propia persona 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».

Una primera cuestión por tanto que debemos analizar del concepto constitucional del domicilio es la conexión existente entre el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio. El Tribunal Constitucional en sus primeros tiempos, afirmaba que el concepto de privacidad es más amplio que el de intimidad, incluso en un sentido coloquial se entiende que no todo lo privado es íntimo, mientras que todo lo íntimo es privado.

La adopción de una u otra postura es importante y está en relación con las cuestiones que plantea la normativa procesal más reciente y su interpretación actual por la sala segunda del Tribunal Supremo, al establecer la necesidad de que el Juez de instrucción exteriorice de forma fiscalizable las razones que justifican la intromisión en cada uno de los distintos espacios de exclusión que goza el ciudadano, ampliando la esfera de protección de este derecho fundamental frente a intromisiones en el entorno digital de todo investigado y reconociendo una esfera de protección al entorno digital del investigado que se conecta con la inviolabilidad del domicilio cuando se intervienen durante la entrada equipos o dispositivos masivos de información. Será importante la delimitación de lo que constituye el entorno digital del investigado, siendo esta una tarea pendiente para nuestro Tribunal Constitucional, quien, como máximo intérprete de los derechos fundamentales, tarde o temprano tendrá que definir el alcance y los límites de la esfera de protección de este derecho en la era digital.

Dentro de la perspectiva constitucionalista del domicilio. El Tribunal Constitucional se ha manifestado expresa y reiteradamente reconociendo el derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas, entendiendo que ello implica que lo que protege el derecho a la inviolabilidad del domicilio y esto es algo más que la intimidad, y ese algo más es lo que se encuentra en la esfera de la privacidad, dejando claro al mismo tiempo el carácter personalísimo del derecho a la intimidad. El Tribunal Constitucional, al examinar la protección de este derecho ha indicado¹¹¹ expresamente que: «... el derecho a la intimidad que reconoce el artículo 18.1 de la CE por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas entidades quedará, en su caso, protegida

por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada».

Parece por tanto que el derecho a la inviolabilidad del domicilio no es especie del derecho a la intimidad, sino que protege algo más: la privacidad. Privacidad que en el caso de las personas naturales coincidirá en ocasiones con lo íntimo, mientras que en el caso de las personas jurídicas nunca será una expresión de la intimidad como derecho por su carácter personalísimo. Por lo tanto, siendo el derecho a la intimidad es sólo predicable de las personas naturales, parece que debemos preguntarnos si el derecho a la protección del entorno digital como manifestación del derecho a la intimidad se reconoce también a las personas jurídicas o sólo corresponde a las personas físicas por tener carácter personalísimo.

1.2 Concepto actual de domicilio

Si analizamos el contenido de la norma Constitucional y la dicción literal del artículo 18.2, no encontramos ninguna definición del domicilio en el sentido constitucional de este término. El Tribunal Constitucional es en una de sus primeras y más conocidas sentencias al tratar este tema, la ya mencionada STC 22/1984, comenzó a definir el concepto de domicilio a efectos constitucionales, diferenciándolo del mismo en otros ámbitos del derecho. En relación a esta cuestión debe señalarse que la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide con la que se utiliza en materia de derecho privado, en especial, con la recogida en el artículo 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y cumplimiento de obligaciones.

De los aspectos del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que venimos analizando se deduce que, la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que protege los ámbitos en que se desarrolla la vida

¹¹¹ Así por ejemplo en STC 160/1991 y STC 50/1995

privada de la persona, existiendo un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 de la Constitución). Todo ello obliga a mantener, por lo menos *prima facie*, un concepto constitucional de domicilio más amplio que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo.

A la hora de determinar en cada caso concreto si estamos ante un domicilio protegido constitucionalmente, es imposible evitar una construcción jurisprudencial y doctrinal del concepto de domicilio protegido. Hemos visto los distintos conceptos que han ido surgiendo históricamente, pero no podremos remitirnos a ellos ni a las definiciones que las diferentes ramas del derecho otorgan al mismo. Tampoco existe en la Constitución una definición propiamente de cuáles son los domicilios protegidos por este derecho fundamental, tratándose de una cuestión que se debe de resolver irremediablemente acudiendo a los criterios que con su jurisprudencia vienen sentando nuestros tribunales, especialmente nuestro Tribunal Constitucional como interprete máximo en materia de derechos fundamentales.

Para esta tarea debemos partir de la STC 22/1984, en la que el Tribunal Constitucional concretó el concepto más utilizado en la doctrina para definir el domicilio inviolable a efecto de protección constitucional: «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella ». Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.

Actualmente es una cuestión superada la existencia de diferentes conceptos del domicilio en nuestro sistema jurídico, en el derecho común y en nuestro código civil así como el hecho de que desde la jurisprudencia constitucional el domicilio se caracteriza por ser un lugar no sujeto a los usos sociales pudiendo actuar el individuo de forma espontánea, desarrollando su personalidad en los aspectos más íntimos e inherentes a la misma. Por ello para la existencia del domicilio la jurisprudencia ha considerado

indiferente la estabilidad de la residencia en un determinado lugar, protegiendo los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona, bien de modo duradero o transitorio y siempre con absoluto respeto a la dignidad y a la intimidad de la persona. Igualmente debemos destacar por su importancia la STC 133/1995, en la que el Tribunal Constitucional concretó el fundamento del derecho a la inviolabilidad del domicilio, y su limitación al mismo tiempo por otros derechos.

Señalando que la protección brindada al domicilio tiene un carácter instrumental para la defensa del ámbito en el cual se desarrolla la vida privada, existiendo, como hemos visto un nexo fundamental entre la vida privada familiar que se desarrolla en el domicilio y el derecho a la intimidad que veda cualquier intromisión en el mismo, este derecho fundamental no es absoluto y limita con los demás derechos y los derechos de los demás, así lo recoge también la STC 170/1994. Por ello la protección constitucional del domicilio puede ceder en determinadas circunstancias, como son el consentimiento del titular, la comisión de un delito flagrante o la autorización judicial, siempre con las debidas garantías previstas en la ley¹¹².

En atención todo lo anterior, dos son las notas principales que ayudan a configurar el concepto de domicilio: que se trate de un lugar con acceso restringido y que en él esté o pueda estar presente alguna manifestación de la intimidad o de la privacidad.

En esta línea, el término domicilio es un concepto espacial y no tiene por qué referirse obligatoriamente a un trozo de superficie o a la parte de un edificio, sino que puede tratarse de una auto-caravana o un remolque, incluso un barco habitable puede servir de domicilio, incluyendo este concepto para el ámbito constitucional tanto una lujosa vivienda unifamiliar como una chabola o una tienda de campaña o varias viviendas para la misma persona, a las que se extendería la protección de este derecho.

¹¹² Art.11.1 de la LOPJ; En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

El empleo de la palabra "domicilio" en lugar de "vivienda" puede alcanzar, como titular de este derecho al dueño de una empresa o comercio, así como a las personas jurídicas, y es indiferente que el lugar que sirve de habitación o de residencia al individuo le corresponda como usufructuario, arrendatario o propietario. Conforme a la Constitución española y la Ley disfrutan de este derecho igualmente los españoles y los extranjeros, teniendo, la cualidad de derecho universal del hombre: El domicilio se caracteriza por tratarse de un lugar separado del entorno físico exterior de forma inequívoca, que impide el acceso a terceras personas, es decir una casa, pero también una chabola o una tienda de campaña, no importa su configuración arquitectónica, estética o urbanística. Se trata de un lugar donde la persona puede actuar sin intromisión alguna de terceros, mientras sus vivencias no trasciendan perjudicialmente al exterior; es lo que se denomina intimidad¹¹³.

El domicilio protegido tiene que tener unas características como objeto que deben apreciarse de un modo amplio, y un elemento incorporado por el sujeto que consiste en que haya impregnado el lugar de su propio ser convirtiéndolo en su reducto, aun cuando sea ocasionalmente, de su intimidad o de su privacidad.

La necesidad de este elemento subjetivo la ha puesto inequívocamente de manifiesto el Tribunal Constitucional señalando que no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales. Por esta razón, tal concepto y su correlativa garantía constitucional no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación -como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales según Auto del Tribunal Constitucional 171/1989, fundamento jurídico 2.º), siempre que tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad, siendo por lo tanto esencial la idea de la privacidad para la consideración de un lugar como domicilio.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 50/1995 de 23 Feb. 1995, Rec. 709/1991

1.3 Especial consideración de la habitación de hotel como domicilio

Uno supuesto que se da con frecuencia en la práctica, es la entrada y registro por parte de los agentes actuantes en la habitación de hotel donde se hospeda el investigado, en el ámbito de una investigación penal, en busca de efectos relacionados con el delito.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha contribuido de forma importante a configurar el concepto de domicilio, en muchos supuestos concretos, a través de sus sentencias, en la misma línea marcada por el Tribunal constitucional, aplicándola a todo ámbito de intimidad personal, con más amplitud incluso que los de habitación o morada, incluyendo lugares cerrados en los que, aun temporal o accidentalmente, se desarrollen los aspectos íntimos de la vida individual o familiar, teniendo así en la doctrina consolidada el carácter de domicilio, con determinados requisitos, lugares como puedan ser un remolque o un barco en los que se habite o las habitaciones ocupadas en hoteles, fondas o pensiones.

La delimitación jurisprudencial a lo largo de los años del concepto del domicilio, que ha hecho la jurisprudencia de este concepto llevó a plantear la constitucionalidad de la regla especial que venía recogida en el artículo 557 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este precepto establecía tradicionalmente la excepción de los locales que fueran tabernas, casas de comidas, posadas y fondas, que sólo se reputaban domicilios de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas, que se hallasen a su frente y habitaban allí en la parte del edificio a tal fin destinado (art. 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)¹¹⁴. En la actualidad dicha limitación no existe, pues el precepto fue anulado al ser declarado inconstitucional, con lo que esta curiosa

¹¹⁴ Artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento criminal vigente, Fue declarado Inconstitucional por Sentencia 10/2002, de 17 de enero de 2002. En base a la Cuestión de inconstitucionalidad 2829/94, Planteada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla respecto del art. 18., de la Constitución Española, Por la Vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio: entrada y registro en las habitaciones de un hotel. La Sentencia Constitucional Deroga el precepto legal.

excepción hoy ha desaparecido. No obstante, el estudio de las razones que llevaron a ello en la sentencia constitucional, STC 10/2002, que anula el artículo 557 de la Ley de enjuiciamiento criminal, es especialmente importante para entender el concepto constitucional del domicilio por una razón doble: porque realiza un compendio de las sentencias constitucionales habidas hasta ese momento en relación con este concepto y porque aclara muchas cuestiones relacionadas.

Si analizamos esta cuestión, en ella se parte como idea inicial de considerar que, la proclamación constitucional de la inviolabilidad del domicilio, su regulación procesal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su sanción penal en el art. 191 del Código punitivo "constituyen un triángulo garantista cuyos lados son en principio inseparables".

La regulación procesal y la sustantiva tienen el mismo objeto e igual fin de protección, de modo que la protección penal de la inviolabilidad domiciliaria se articula a través de dos instrumentos. La Ley de Enjuiciamiento Criminal que contiene una orden dirigida a las autoridades judiciales y policiales, indicándoles cómo deben actuar en lo referente a la diligencia de entrada y registro y cuáles son los presupuestos y límites de su actuación. Por otra parte, el Código Penal que establece la sanción correspondiente a las posibles intromisiones o extralimitaciones, de modo que cualquier entrada o registro "fuera de los casos permitidos por las leyes" será, en principio, constitutivo del delito según lo tipificado por el art. 202 CP.

Para la determinación de los casos en que se permite el allanamiento domiciliario por funcionario público, que no sea autoridad judicial, el Código Penal se remite a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que se deduce que en estos casos el propio concepto de domicilio ha de ser también el de la ley procesal. En caso contrario, según la sentencia indicada, considerar que el concepto jurídico-penal de domicilio es autónomo respecto del contenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y más amplio que el mismo, produciría la "insostenible paradoja de que un funcionario que hubiera cumplido escrupulosamente las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pudiera luego ser castigado por ello". De modo que no pueden establecerse diferencias entre el concepto de domicilio del art. 202 del Código Penal y el de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No se opone a lo anterior la redacción Constitucional del art. 18.2 CE que en nada contribuye a resolver el problema de la aplicabilidad al mismo caso de la norma contenida en el art. 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El precepto constitucional no contiene un concepto o definición expresa de domicilio y la operación intelectual de decantar el concepto constitucional de domicilio es útil e imperativa para contrastar la conformidad de tales preceptos con la norma fundamental, pero no puede servir para seleccionar la norma aplicable al caso, prescindiendo de una que indudablemente lo es.

En definitiva, el órgano jurisdiccional no puede ampararse directa y exclusivamente en ellas para prescindir de una *interpositio legislatoris* existente y aplicable *ratione materiae*, lo que valdría tanto como establecer en la práctica el control difuso de constitucionalidad que el legislador constituyente quiso explícitamente excluir.

El órgano judicial que planteó la cuestión de constitucionalidad, consideraba que el art.557 LECrim, inalterado desde su redacción original por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, es o podía ser contrario al art. 18.2 de la Constitución, que proclamaba la inviolabilidad del domicilio y garantizaba que ninguna entrada o registro puede hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito, sin discriminar las fondas o mesones. Este planteamiento resultó acertado y llevo a declarar inconstitucional el precepto.

A la hora de resolver sobre su constitucionalidad, no fue discutido por el sentido limitativo del precepto cuestionado, sino por excluir de la protección de la inviolabilidad domiciliaria, recogida en el art. 545 de la LECrim, a las personas alojadas temporalmente en establecimientos de hostelería. De la sentencia se infiere que una de las cuestiones más compleja fue determinar, si dicha exclusión podía considerarse conforme con la noción constitucional de domicilio.

Para resolver la cuestión el Tribunal parte de la doctrina constitucional, especialmente de la recogida en la primera sentencia¹¹⁵ que hemos mencionado para definir el concepto constitucional de domicilio, según la cual, la noción de domicilio amparada por el art. 18.2 CE no se refiere de un modo exclusivo al lugar de residencia habitual, al establecimiento permanente y definitivo de las personas, sino a todo lugar cerrado en el que se desarrolle de un modo u otro una actividad privada, con ánimo de exclusión de terceros ; tutelándose, en definitiva, cualquier espacio físico en el que se despliegue el ámbito de privacidad de las personas, con independencia de que tenga carácter habitual, permanente o estable o, por el contrario, transitorio, temporal o accidental.

La STC 10/2002 al tiempo que resuelve la cuestión y declara la inconstitucionalidad del precepto cuestionado, deja claro que las características expuestas de la noción constitucional de domicilio son aplicables perfectamente a las habitaciones de hoteles y cualquier otro tipo de alojamientos de hostelería. De forma que no resulta sostenible excluir la habitación del hotel del concepto de domicilio del art. 18.2 de la Constitución, pues es un recinto o espacio cerrado en el que el individuo desarrolla, aun de forma no permanente, su vida privada, pernocta, realiza actividades de evidente carácter reservado frente a ajenas intromisiones y tiene guardadas cosas que pertenecen a su intimidad y están destinadas a su uso exclusivo con voluntad de excluir a todos los demás, resultando ser en conclusión un ámbito de desarrollo de su intimidad personal y familiar y, en definitiva, de su dignidad como persona. Por ello, cualquier entrada e intromisión en la habitación del hotel, en el que aun temporalmente resida un individuo, puede considerarse constitutiva, a efectos constitucionales, como entrada en un domicilio que afectaría al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio e intimidad personal y familiar". Existe una absoluta unanimidad doctrinal en considerar que las habitaciones de los hoteles y los cuartos de que disfrutaban los huéspedes en posadas y fondas se encuentran amparados por el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

¹¹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero. Rec. 59/1983

A la hora de interpretar la vulneración del derecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, afirma claramente la invalidez probatoria, conforme al art. 11.1 LOPJ, de las diligencias de entrada y registro practicadas sin mandamiento judicial en habitaciones de hotel, ya desde comienzos de 1992 superando la doctrina contradictoria anterior, según la cual, no toda proyección de "la privacidad" sobre un lugar físico era domicilio, sino sólo aquella que revistiera un cierto carácter de estabilidad, sustentada, además, en una relación jurídico-privada que permitiera esa proyección estable. Esta doctrina ya superada buscaba evitar que la interpretación del concepto de domicilio pudiese llegar a proyecciones desmesuradas de "la privacidad" sobre ciertos espacios físicos, pero corría el riesgo de vulnerar en algunos casos el derecho fundamental recogido en el art 18CE.

1.4 Configuración del concepto de domicilio en la doctrina constitucional

El Tribunal Constitucional ha mantenido a lo largo de los años, como idea esencial y de forma reiterada, que el derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad. El derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado, el "domicilio", por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima¹¹⁶, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera.

Esta doctrina clásica, concreta la protección constitucional del domicilio en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su "inviolabilidad" en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero

ella misma resulte "exento de" o "inmune a" cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia en el domicilio, su entrada y registro, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son proceden con consentimiento de su titular o resolución judicial, de modo que las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo.

Se deduce de ello que la noción de domicilio delimita el ámbito de protección del derecho reconocido en el art. 18.2 CE, tanto a los efectos de fijar el objeto de su "inviolabilidad", como para determinar si resulta constitucionalmente exigible una resolución judicial que autorice la entrada y registro cuando se carece del consentimiento de su titular y no se trata de un caso de flagrante delito.

El Tribunal Constitucional ha ido perfilando una noción clara de domicilio de la persona, cuyo rasgo esencial reside en constituir un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada de la persona o la familia. Este rasgo, ha sido señalado de forma expresa y reiterada en las sentencias del Tribunal Constitucional¹¹⁷, poniendo de manifiesto la conexión entre el derecho a la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad personal y familiar, así como la delimitación de las características del espacio que ha de considerarse domicilio y de la individualización de espacios que no pueden calificarse como tal a efectos constitucionales.

De esta doctrina se deriva 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. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección la vivienda en sentido estricto, también aquellos lugares donde la persona ejerce su libertad más íntima y desarrolla los aspectos fundamentales inherentes a su personalidad, lugares que no pueden ser determinados *a priori* siendo necesario, un examen de cada caso en concreto. La protección no se refiere al espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella.

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1999, de 31 de mayo o 283/2000, de 27 de noviembre

A esta genérica definición se puede añadir una doble consecuencia¹¹⁸ para el concepto constitucional de domicilio, extraída del carácter instrumental que la protección de la inviolabilidad domiciliaria presenta en la Constitución respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, y deducida también del nexo indisoluble que une ambos derechos. "La idea de domicilio que utiliza el art. 18 de la Constitución nada tiene que ver con la que se utiliza en materia de Derecho privado, recogida en el art. 40 del Código Civil como punto de localización de la persona o lugar donde ésta ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones". Siendo que el concepto constitucional de domicilio tiene "mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo", y no "admite concepciones reduccionistas que lo puedan equiparar al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación".

Tampoco es posible una delimitación negativa de las características que ha de tener cualquier espacio para ser considerado domicilio, ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos o no ante el domicilio constitucionalmente protegido. La falta de habitualidad en el uso o disfrute no impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio. Cualquier recinto cerrado simplemente por el hecho de estar cerrado no merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales, si no se dan los requisitos que venimos señalando y la garantía constitucional de la inviolabilidad no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación, como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales¹¹⁹, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad. No cualquier local cuyo acceso se encuentre restringido a favor de su titular debe ser considerado como domicilio; la inviolabilidad del domicilio no puede confundirse con la protección que despliega la propiedad de los inmuebles o la titularidad de derechos reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros.

¹¹⁸ STC 22/1984, de 17 de febrero, y otras como por ejemplo 137/1985, de 17 de octubre, 69/1999, de 26 de abril, o STC 119/2001, de 24 de mayo.

¹¹⁹ En este sentido el Auto del TC 171/1989, FJ 2 y la STC 228/1997, de 16 de diciembre.

Igualmente hay que afirmar la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad¹²⁰ o habitualidad del uso privado del espacio, siempre que, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, pueda determinarse el efectivo desarrollo de vida íntima en el mismo. Aplicando esta doctrina se deduce que una vivienda es domicilio aun cuando en el momento del registro no esté habitada, y no se considera domicilio los locales como por ejemplo los destinados a almacén de mercancías, un bar, un almacén, una oficina, los locales abiertos al público o de negocios, o los edificios o lugares de acceso público. Así nos lo recuerda la reciente STS 1569/2020, de 20 de enero de 2022, indicando que lugares de recreo como pubs, bares o restaurantes no constituyen domicilio.

De la jurisprudencia constitucional expuesta se obtiene, como ya hemos anticipado, que el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE se encuentra en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual. El destino o uso de la vivienda constituye el elemento esencial y determinante para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo.

Si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda deducirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada. Como hemos dicho el Tribunal Constitucional ha considerado que excluir los establecimientos públicos de hostelería de

¹²⁰ STC 69/1999, de 26 de abril y STC 94/1999, de 31 de mayo, en sentido similar sobre la irrelevancia de la falta de periodicidad, STEDH 24 de noviembre de 1986, caso *Guillow c. Reino Unido*.

la necesidad de autorización judicial no es, en principio y ello no es contrario al art. 18.2 CE, pues estos establecimientos están abiertos al público, cualquiera puede acceder a ellos, para desarrollan actividades, quienes las realizan no tienen pretensión de privacidad, si bien como luego veremos al tratar la protección de las personas jurídicas existen dependencias de estos establecimientos que no son de acceso al público en la que puede desplegar su protección la inviolabilidad del domicilio.

En cualquier caso la Constitución y la LECrim garantizan la interdicción de la entrada y registro en el domicilio, estableciendo que, en ausencia de consentimiento de su titular y de flagrante delito, sólo es constitucionalmente legítima la entrada y registro efectuada con resolución judicial autorizante. Podemos decir así que dicha autorización judicial constituye un requisito de orden preventivo o habilitante para la protección del derecho, de modo que habrá que analizar en el caso concreto las circunstancias del lugar y las actividades que se realizan en el interior de cualquier lugar cerrado para determinar si es necesaria la autorización judicial, dejando al margen aquellos casos en que de manera evidente se trata de una morada en la que una persona o una familia vive y esta; pues en estos casos no cabe duda sobre la necesidad de autorización judicial ante la falta de consentimiento del morador. Las excepciones constitucionales a la interdicción de entrada y registro tienen carácter taxativo. Por consiguiente, para el máximo Intérprete constitucional ninguna justificación puede tener, desde la perspectiva constitucional, la exclusión de la autorización judicial de espacios que han de considerarse, de conformidad con el art. 18.2 CE, domicilio de una persona física.

Hay que entender con carácter general que todo lugar con acceso restringido, en el que una persona, de forma permanente u ocasionalmente, desarrolla su vida privada, es un domicilio protegido por el Derecho, haciendo en caso de duda una interpretación extensiva al tratarse de derechos fundamentales que exigiría la autorización judicial. Como ejemplo de algunos supuestos cuestionados que han sido tratados directamente por la jurisprudencia y considerados domicilios podemos señalar las segundas viviendas o barcos habitados ¹²¹ y, en el caso opuesto, otros que después de analizados no se han considera domicilio como, por ejemplo, un coche.

¹²¹ Sentencia del Tribunal Supremo 204/1996 de 16 de diciembre de 1996

2. Domicilio en términos de inviolabilidad.

Actualmente la protección domicilio se ha extendido para impedir injerencias en el entorno digital, teniendo en cuenta la aparición de las TIC. Así se deduce de la normativa procesal más reciente y su interpretación actual por la Sala segunda del Tribunal Supremo, con la exigencia de que el Juez de instrucción exteriorice de forma fiscalizable las razones que justifican la intromisión en cada uno de los distintos espacios de exclusión que goza el ciudadano, que resulta investigado en un proceso penal. Se trata de una de las novedades destacables en nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma operada en 2015, reconociendo una esfera de protección al entorno digital del investigado en un proceso penal.

2.1 El entorno virtual en el domicilio

Siguiendo este razonamiento será importante la delimitación de lo que constituye el entorno digital del investigado para poder garantizar los derechos de la persona investigada, cuestión que en nuestra opinión, como ya hemos anticipado queda pendiente de abordar en el futuro por nuestro Tribunal Constitucional, quien, tarde o temprano tendrá que definir el alcance de la esfera de protección de este derecho en la era digital.

Dentro de la perspectiva constitucionalista del domicilio, el Tribunal Constitucional se ha manifestado expresa y reiteradamente reconociendo el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, entendiendo que, lo que protege el derecho a la inviolabilidad del domicilio es algo más que la intimidad, y ese algo más es lo que se encuentra en la esfera de la privacidad, dejando claro al mismo tiempo el carácter personalísimo del derecho a la intimidad¹²⁴. Parece por tanto que el derecho a la inviolabilidad del domicilio no es especie del derecho a la intimidad, sino que protege algo más, la privacidad, que en el caso de las personas naturales coincidirá en ocasiones, con lo íntimo, mientras que en el caso de las personas jurídicas nunca será una expresión de la intimidad como derecho por su carácter personalísimo, pero que también les viene reconocido en ciertos aspectos.

Lo anterior nos lleva a plantearnos, si el derecho el derecho a la protección del entorno digital es extensible también a las personas jurídicas o sólo corresponde a las personas físicas por tener carácter personalísimo.

De los aspectos del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que venimos analizando se deduce que, la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona, existiendo un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 de la Constitución).

A la hora de determinar en cada caso concreto si estamos ante un domicilio protegido constitucionalmente, nos situamos ante una construcción doctrinal del concepto de domicilio protegido y hemos visto los distintos conceptos que han ido surgiendo históricamente en relación al domicilio protegido, pero no podremos remitirnos a ellos, ni a las definiciones que las diferentes ramas del derecho otorgan al mismo, sin encontrar tampoco en la Constitución una definición propiamente de cuáles son los domicilios en ella contemplados, se trata de una cuestión que se habrá de resolver atendiendo a los criterios que a través de su jurisprudencia vienen consolidando nuestros tribunales, especialmente el Tribunal Constitucional como interprete máximo en materia de derechos fundamentales.

Para este fin es imprescindible tomar como base la sentencia 22/1984, en ella el Tribunal Constitucional concretó el concepto más utilizado en la doctrina para definir el domicilio inviolable a efecto de protección constitucional y seguido por todas las sentencias posteriores, en una línea clara y consolidada, conforme a ella: «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima». Por ello, a través de este

¹²⁴ Así por Auto de 17 de abril de 1985 el Tribunal Constitucional, indica que: «... el derecho a la intimidad que reconoce el artículo 18.1 de la CE por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas entidades quedará, en su caso, protegida por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada»

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.

Como hemos visto al tratar los antecedentes históricos, la realidad jurídica del concepto de domicilio es muy anterior a su reconocimiento constitucional como derecho fundamental, de suerte que, no viniendo definido expresamente en el texto constitucional y ha tenido que ser la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo la que ha perfilado el genuino significado atribuible al domicilio y a su inviolabilidad a efectos de su consideración como derecho fundamental. No es extrapolable para ello el concepto de domicilio que establece nuestro Código Civil vigente en su art 40. Nuestro Tribunal Constitucional cuando conceptúa el domicilio a efectos de inviolabilidad, pone el acento en la identificación del domicilio como un espacio libre frente a los usos y convenciones sociales para ejercer actividades íntimas, de manera que la proyección proteccionista del art. 18 CE, ha de alcanzar el ámbito de privacidad propio de la persona en el marco del espacio limitado que la misma es escoja para el desenvolvimiento de su vida cotidiana.

En esta construcción doctrinal, el Tribunal Supremo viene afirmando que el establecimiento de un ámbito de intimidad constitucionalmente protegido no está vinculado a la habitación en sí misma, sino al libre desarrollo de la personalidad y, consecuentemente, no necesita estar identificado con la morada habitual, «el domicilio es inviolable porque en sí constituye lo más íntimo y lo más sagrado. Constituye el secreto arcano de la persona, sólo a ella perteneciente, para en él desenvolver, al máximo, la protección de su yo, de sus intereses, de sus gustos, de sus apetencias y sus vivencias. Es el círculo o ámbito territorial en el que la persona se configura como dueña o señora única y exclusiva porque ahí ejerce, sin mácula alguna, su dominio y su señorío».

Pero además el Tribunal Supremo en sus sentencias más recientes extiende este concepto de domicilio o espacio protegido al entorno virtual del investigado, ese espacio virtual en que el investigado puede desarrollar su libertad individual y ejercitar los aspectos más íntimos que afectan a su persona, dejando al hacerlo su huella digital en los equipos electrónicos que pudieran ser intervenidos en el registro domiciliario, por poner un ejemplo, aspectos inherentes a su personalidad, fácilmente son puestos de

manifiesto mediante las comunicaciones que realice o relaciones que mantiene a través de internet el investigado en el proceso penal.

En la era digital el individuo desarrollará su actividad en entornos virtuales, con reflejo en el entorno digital y en los equipos informáticos utilizados de los aspectos privados que afectan al desarrollo de la intimidad inherente a la persona por la información que se refiera por ejemplo a creencias religiosas, orientación sexual, orientación política, sentimientos familiares, Información que quedará contenida en archivos o carpetas en el equipo informático o información que proviene de las búsquedas realizadas en internet o en la denominada como darknet y quedará reflejada en la red.

2.2 Otras injerencias que vulneran la intimidad del investigado

Además de la definición clásica del concepto de domicilio, para definir hoy en día el contenido objetivo o material de este derecho y la delimitación de su contenido material en el sentido más amplio y moderno del mismo, debemos tener en cuenta el planteamiento recogido en la STS 329/2016, en ella se examina la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, cuando en un primer momento el Juez de instancia resuelve a partir de un laborioso análisis de precedentes de la Sala de lo penal, que no existía intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad, puesto que la observación del interior de la morada se produce a través de aquello que los moradores han permitido ver por la ventana. Nos encontramos aquí de nuevo con la conexión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la inviolabilidad del domicilio al que ya hemos hecho referencia¹²⁵.

¹²⁵ Siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo 329/2016, de 20 de abril de 2016, dicha sentencia se plantea la validez de la observación realizada por los agentes de la policía, en el interior de la vivienda del principal acusado -situada en el décimo piso de un edificio de viviendas- desde un inmueble próximo, valiéndose para ello de unos prismáticos y que da origen a la posterior entrada y registro domiciliario.

Frente al juez de instancia que parte del concepto tradicional, la Sala segunda de forma innovadora, interpreta el contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio de un modo diferente, entendiendo que no puede identificarse con el criterio del juzgador de instancia a la hora de definir el contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Según la Sala ningún derecho fundamental vulnera el agente que percibe con sus ojos lo que está al alcance de cualquiera, pero no puede utilizar elementos técnicos de grabación u aproximación. El agente de policía puede narrar como testigo cuanto vio y observó cuando realizaba tareas de vigilancia y seguimiento nuestro sistema constitucional cuando no existe ningún obstáculo para llevarlo a cabo, en el marco de una investigación penal, se admiten observaciones y seguimientos en recintos públicos, sin embargo la fijación del alcance de la protección constitucional que dispensa el art 18.2 CE debe partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria hoy en día puede ser de naturaleza física o virtual. Al interpretar este derecho, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que la tutela constitucional del derecho proclamado en el apartado 2 del art. 18 de la CE protege, tanto frente la irrupción no consentida del intruso en el domicilio, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes.

Según la Sala segunda, el Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscrib el art. 18 de la CE. y se vulnera esa prohibición cuando sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado.

El Tribunal Supremo analiza en profundidad esta cuestión y delimita la esfera de protección del derecho para advertir que la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio, cuando los agentes utilizan instrumentos ópticos que convierten la lejanía en proximidad, no puede ser neutralizada con el argumento de que el propio morador no ha colocado obstáculos que impidan la visión exterior. Entendiendo que el domicilio como recinto constitucionalmente protegido no deja de ser domicilio cuando las cortinas no se hallan debidamente cerradas. De modo que

según ha declarado el Tribunal Supremo, la expectativa de intimidad no desaparece por el hecho de que el titular o usuario de la vivienda no refuerce los elementos de exclusión asociados a cualquier inmueble, esta doctrina interpreta que entender que unas persianas no bajadas o unas cortinas no corridas por el morador transmiten una autorización implícita para la observación del interior del inmueble encierra, el riesgo de debilitar de forma irreparable el contenido material del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

Esta interpretación es de una importancia esencial a la hora de interpretar el contenido del derecho que estamos analizando, al eliminar cualquier tipo de autorización de carácter implícito a la hora de proteger el domicilio, con ello parece posicionarse el Tribunal Supremo claramente en la idea de entender que cualquier intromisión ha de contar con autorización o consentimiento expreso, reconociendo incluso la expectativa del ejercicio de este derecho a su titular. Con esta interpretación la Sala segunda parece ampliar más si cabe la protección de la intimidad que se ejerce dentro del domicilio, al impedir cualquier injerencia que pueda provenir de la utilización de un utensilio óptico, y ello independientemente de que el morador pueda adoptar o no medidas que eviten injerencias ajenas, por ejemplo poniendo unas cortinas, de forma que la protección no dependería de la voluntad o la actitud del morador al ejercer su derecho sino de los medios empleados en la investigación por el agente actuante del estado.

2.3 La grabación de imágenes y la inviolabilidad del domicilio

Mención aparte por su tratamiento doctrinal y su aplicación merece la injerencia en la privacidad del domicilio por la grabación de imágenes, en relación a las posibles invasiones modernas del domicilio de naturaleza física o virtual. El art. 588 quinquies a), introducido por la reforma de la LO 13/15 de 5 de octubre, en su apartado 1º dispone que " la Policía Judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos". Sin embargo, el art. 588 quater a), somete a autorización judicial la utilización de dispositivos electrónicos orientados a la grabación de imágenes o de las comunicaciones

orales directas entre ciudadanos que estén siendo investigados, ya se encuentren aquéllos en un recinto domiciliario o en un lugar público.

De forma que debemos distinguir lo que sería el uso de cámaras instaladas que casualmente graban hechos delictivos de la instalación de artefactos precisamente con esta finalidad de captar la imagen o el sonido de la persona investigada.

La intromisión en la intimidad domiciliaria puede encerrar la misma intensidad cuando se aportan al proceso penal las imágenes grabadas como cuando uno o varios agentes testifican narrando lo que pudieron observar, valiéndose de anteojos, en el comedor del domicilio vigilado, pero el Tribunal Supremo ha proclamado en la referida STS 329/2016 que la protección constitucional frente a la incursión en un domicilio debe abarcar, ahora más que nunca, tanto la entrada física del intruso como la intromisión virtual. Actualmente ante la revolución tecnológica y la posibilidad de sofisticados instrumentos de intrusión que obligan a una interpretación funcional del art. 18.2., el Tribunal Supremo ha contemplado incluso la posible existencia de drones, cuya tripulación a distancia permite una ilimitada capacidad de intromisión en recintos domiciliarios abiertos como uno de los múltiples ejemplos imaginables.

Podemos encontrar sentencias antiguas en las que el Tribunal Supremo, señalaba que, si la observación del domicilio era realizada a través de una ventana, no era necesario autorización judicial previa, partiendo de no haber puesto obstáculos el morador que impidan la injerencia. Según este criterio, la autorización judicial siempre era necesaria cuando era imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuesto para salvaguardar la intimidad. Cuando, por el contrario, tal obstáculo no existía, como en el caso de una ventana que permite ver la vida que se desarrolla en el interior de un domicilio no era necesaria una autorización judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás. De forma que por ejemplo cuando se trata del patio de una vivienda perceptible directamente desde el exterior incluso teniendo la consideración funcional de domicilio, al estar expuesto al público con carácter permanente no se produce una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio ni de la intimidad o privacidad. Según esta inicial interpretación los agentes de policía podían hacer; contemplar y observar ante la ausencia de obstáculos que perturbaran, impidieran hacerlo, sin ninguna infracción a la privacidad o a la intimidad y, siendo la

prueba obtenida a partir de esas observaciones perfectamente lícita y válida desde la perspectiva constitucional.

Sin embargo, sentencias más recientes como la mencionada desarrollan la doctrina y tienen en cuenta y veta, la posibilidad de utilizar utensilios tecnológicos sofisticados, indicando que cuando se trata de una visión externa simple, hasta donde alcanza la vista y carente por tanto de cualquier instrumento técnico, no existe violación de los derechos a la intimidad o a la inviolabilidad, por ejemplo por la simple toma de fotografías sin valerse de objetivos de amplia distancia focal. Ello no supone la ilicitud del acto de injerencia. Pero cuando tiene lugar el empleo de medios que aporten algún tipo de ventaja frente al observador común se exigirá expresamente una resolución judicial para evitar vulnerar el derecho fundamental.

Cuestión diferente también tratada por el Tribunal Supremo es el valor que puede ofrecer un reportaje fotográfico¹²⁶ obtenido por las cámaras de seguridad durante un atraco, en este caso el Tribunal Supremo no ha rechazado en principio la viabilidad jurídico-procesal de tales medios probatorios, pero ha señalado como requisitos para la utilización de las grabaciones los siguientes: la filmación no puede vulnerar ningún derecho esencial, como la intimidad o la dignidad de la persona afectada filmada; será válida la captación de imágenes de personas sospechosas recogidas de manera velada o subrepticia en los momentos en los que se supone se está cometiendo un hecho delictivo; la filmación o reportaje se debe realizar con respeto absoluto a los valores de la persona humana. De tal manera que sin autorización judicial únicamente cabe hacer grabaciones en los espacios, lugares o locales libres y públicos, establecimientos oficiales, bancarios o empresariales, pero no hay posibilidad alguna de admitir grabaciones en domicilios o lugares privados, o considerados como tales, como por ejemplo los aseos públicos, salvo autorización judicial. La distinción entre lo permitido y lo prohibido ha de obtenerse en base a lo que señala la Constitución y muy especialmente la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen.

¹²⁶ Sentencias del Tribunal Supremo 1049/1994, 21 de mayo; 173/1996, 7 de febrero 245/1999, 18 de febrero; 597/2010 de 2 de junio.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo 173/1996, se refiere al empleo de una máquina fotográfica, señalando que la labor de captación de imágenes por medios de reproducción mecánica, cuando no afecta a ninguno de los derechos establecidos en la Ley Orgánica de 5 mayo 1982, no necesita autorización judicial. La que sí es necesaria tiene que solicitarse por los agentes y debe concederse por el órgano judicial en resolución motivada y proporcional al hecho a investigar, cuando se trata de domicilios o lugares considerados como tales, pues a ellos no puede ni debe llegar la investigación policial, que debe limitarse a los exteriores, este, por cierto, supuesto enjuiciado en dicha sentencia, ya que la filmación de imágenes se hizo en el exterior. Esta idea como hemos dicho debe combinarse con la jurisprudencia más reciente que trata de restar a los agentes la ventaja que les puede otorgar el empleo de artefactos (como pueden ser teleobjetivos), que añadidos a la cámara alcanzan una distancia imposible para el ojo humano. Es ilustrativa al efecto la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2003, en un supuesto de grabación mediante vídeo de lo que acontecía en el interior del domicilio, al señalar que en relación con la filmación de ventanas de edificios desde los que sus moradores desarrollaban actividades delictivas, analizando su propia doctrina que válida tal captación de imágenes en sentencias anteriores como STC 913/96 y STC 453/97, proclama que en principio la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuesto para salvaguardar la intimidad no siendo en cambio preciso el “placet” judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás. Doctrina compatible con la más reciente, en virtud de la cual el empleo de medios que aporten algún tipo de ventaja frente al observador común requiere expresamente una resolución judicial para grabar desde el exterior el domicilio.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo anteriormente se había pronunciado de modo expreso en relación a la suficiencia probatoria, indicando a la hora de ponderar el grado de injerencia que permite en el recinto domiciliario, que quedaría fijado en la previsión analógica del apartado 2 del art. 1 de la LO 4/1997 de 4 de agosto¹²⁷, de modo que las referencias contenidas en esta Ley a videocámaras, cámaras fijas y cámaras móviles se deben entender hechas a cualquier medio técnico análogo y, en general, a

¹²⁷ Ley de Video vigilancia LO 4/1997. Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.

cualquier sistema que permita las grabaciones previstas en esta Ley. El art. 6.5, bajo el epígrafe " principios de utilización de las videocámaras", establece lo siguiente: "no se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley , salvo consentimiento del titular o autorización judicial, cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco se podrán utilizar para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia". En este punto y en relación a la validez de las videograbaciones, la STS 4507/2019 de 17 de noviembre de 2021, recuerda la doctrina de la Sala descarta la lesión de derechos fundamentales, cuando se graba por uno de los intervinientes, cuando no existe intención de provocar una confesión de hechos o auto incriminarse, admitiendo su validez como medio probatorio para corroborar la declaración testifical de quien interviene en la videograbación.

La Doctrina moderna del Tribunal Supremo, considera en cabio, que existe una intromisión en el contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio, cuando se trata de los agentes actuantes, en la observación que hacen del intercambio de droga y la manipulación de una sustancia de a través de uno de los dos ventanales de una vivienda, vigilando el comedor de la vivienda y las idas y venidas de los moradores entre el salón y otras dependencias interiores del inmueble. Entendiendo que esta vigilancia a través de la ventana, aunque sea desde la calle, no puede considerarse como un acto de investigación sustraído a la exigencia de autorización judicial, y ello da lugar a la nulidad la prueba obtenida como consecuencia de la observación o grabación y esa inadmisión de la principal prueba de cargo, que permitió en un primer momento la inmediata detención de los investigados y la aprehensión de la droga, conduce después al vacío probatorio obligando a la absolución de los acusados, cuando se aplica la doctrina sobre nulidad de la prueba del TC ¹²⁸.

¹²⁸ Doctrina del Tribunal constitucional sobre nulidad de la prueba. Sentencias 81/1998, 121/1998 , FJ 5 9, FJ 4, STC 12/1998, STC 151/1998, de 13 de julio, STC 49/1999, STC.

Si bien son muchos los precedentes y muy variados ¹²⁹ en la casuística del Tribunal Supremo, sobre la utilización de cámaras videográficas por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en investigaciones criminales, en los casos en que esas imágenes son obtenidas por cámaras de seguridad instaladas con arreglo a la LO 4/1997, se aplica la norma al efecto al interpretar el uso de las imágenes grabadas por particulares o entidades, admitiendo la validez de las imágenes siempre que cumplan con una serie de requisitos.

Todos los aspectos que hemos referido se confirman en las sentencias recientes al tratar la inviolabilidad del domicilio, como por ejemplo la de 12 de marzo de 2018, STS 113/2018, en la cual, como no puede ser de otra forma, se afirma que no todo espacio cerrado ni todo lugar que necesite el consentimiento del titular para que terceros puedan entrar en él lícitamente constituyen domicilio, resaltando el carácter de base material de la privacidad, idea que viene siendo proclamada por el Tribunal constitucional desde la que sería una de las sentencias fundadoras de esta construcción constitucional del concepto y de la reiterada STC 22/1984, a la que venimos haciendo referencia desde el comienzo al tratar esta cuestión, configurando el domicilio como un «espacio apto para desarrollar vida privada», argumento que ha seguido siempre en la línea jurisprudencial en sus sentencias el Tribunal Constitucional, si bien añadiendo algunas precisiones por ejemplo en sentencias como la 94/ 1999 de 31 de marzo cuando reconoce al domicilio como un espacio que «entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad»¹³⁰, o «el reducto último de su intimidad personal y familiar».

¹²⁹ Sentencias del Tribunal Supremo 1049/1994, 21 de mayo; 184/1994, 7 de febrero; 760/1994, 6 de abril; 173/1996, 7 de febrero; 245/1999, 18 de febrero; 299/2006 17 de marzo; 597/2010 de 2 de junio.

¹³⁰ En el mismo sentido, STC 50/1995, STC 69/1999 Y STC 283/2000.

2. 4 Ocupaciones temporales y otros aspectos prácticos

Una vez clara y fuera de discusión la base material de la privacidad e intimidad en la inviolabilidad del domicilio, falta un aspecto importante en la práctica para poder delimitar el concepto de domicilio, este elemento no es otro que el de fijar el tiempo necesario para que podamos hablar de domicilio, ¿cuánto tiempo es necesario para que dicha base se constituya?, es decir el tiempo durante el que se debe desarrollar la vida íntima en este lugar cerrado para su consideración como domicilio, podemos encontrar algunas sentencias como la STS 1108/1999, indicando que «el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental» también en SSTs 24-10-1992 , 19-7-1993 y 11-7-1996). Pero parece difícil poder tener una referencia para señalar una duración o un tiempo mínimo de estancia en el domicilio que permita desarrollar esa actividad íntima que es el objeto de protección.

Al hablar de momento accidental parece que independientemente de la duración basta con que en cualquier momento se destine el lugar o se haya destinado el lugar al desarrollo de la vida privada. Siendo indudable la vinculación del concepto de domicilio con la protección de las esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico civil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad y como hemos señalado anteriormente a la hora de interpretar este derecho fundamental, ha de entenderse la protección de modo amplio y flexible ya que trata de defender los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de las personas, debiendo interpretarse a la luz de los principios que tienden a extender al máximo la protección a la dignidad y a la intimidad de la persona, al desarrollo de su privacidad a través de la cual proyecta su "yo anímico" en múltiples direcciones (Sentencias del TS de 19 enero , 4 de abril 1995 y 30 abril 1996).

Consecuentemente con lo anterior, la protección del domicilio no es sino un aspecto de la protección de la intimidad que sirve al libre desarrollo de la personalidad, parece que al incluir la ocupación temporal o accidental no cesaría esa protección aunque haya estado largo tiempo ausente del domicilio el morador o aunque dispusiese

de otros domicilios, sin embargo cabe pensar que cesaría en el momento en que dicho lugar pase a constituir el domicilio de otra persona, piénsese en lo que ocurre en la habitación de hotel cuando es abandonada por el huésped de forma definitiva o cuando se produce el cambio de domicilio y entra otra persona diferente a ocupar la vivienda.

Sería bueno poder determinar el tiempo mínimo exigible para que esa vivienda se convierta en morada, con la protección que conlleva para el morador, pero parece imposible de determinar *a priori* un tiempo mínimo. Siguiendo el planteamiento previo desarrollado por la jurisprudencia necesitamos saber cuánto tiempo transcurrido dentro de una vivienda es suficiente para que se desarrolle esa actividad íntima de la persona convirtiendo dicho lugar en su morada, en este sentido en la práctica se suele considerar un indicativo la existencia de ropa o enseres de uso personal común dentro de la vivienda, pero esto no marca un mínimo de tiempo. A *sensu contrario* viene a ser un problema cuando se produce una ocupación ilegal de una vivienda sin ningún título que legitime la ocupación, porque transcurrido cierto tiempo la protección de la morada también desplegará sus efectos, aunque la ocupación sea ilegal y obligará a acudir a la jurisdicción civil para recuperar la posesión del inmueble a quien fuere su legítimo propietario.

Finalmente y por lo que se refiere a la amplitud del lugar como espacio físico o base material que abarca la protección del domicilio o la amplitud física que debemos dar al concepto del domicilio, parece admitido con carácter general que todos los espacios conectados a la vivienda o anexos, deben considerarse domicilio a efectos de protección. Ello obliga a hacer referencia a estos espacios anexos o conectados con la vivienda en el auto que habilita la entrada para poder registrar estos lugares anexos o conectados a la misma. Por poner un ejemplo, el Tribunal Supremo ha reconocido la protección constitucional propia del domicilio al jardín de un chalet, que circunda el mismo, aunque la puerta de acceso esté abierta, en sentencia 1803/2002 de 4 de noviembre.

La consideración de los espacios anexos a una vivienda, con comunicación directa con la misma, como parte del domicilio, viene reconocida además en el Pleno¹³¹ no jurisdiccional de Sala, de 15 de diciembre de 2016, en el que se acordó que debía considerarse domicilio a efectos penales las dependencias que mantengan con la vivienda propiamente dicha, una relación connotada por la contigüidad, el cerramiento (que no reclama la existencia de un muro), la comunicabilidad o la constitución de una unidad física; esto es, la formación de un todo.

Cuando se plantea alguna duda acerca de la caracterización de un determinado lugar a tales efectos, se hace obligatorio acudir a criterios como la estructura del mismo, su destino, el carácter doméstico de las actividades que se realizan en él, y la potencial indeterminación de éstas, por contraste con otros lugares destinados a actividades específicas, no domésticas en sentido propio". De modo que habrá que guiarse por la idea de tratarse de espacios o lugares que permitan al ocupante realizar actividades de carácter íntimo y privado.

¹³¹ Acuerdo que fue aplicado más recientemente en la sentencia del Tribunal Supremo 154/2017 de 10 de marzo. Se decía en la misma, FJ 1º, que "Dada la importancia de los valores merecedores de tutela, el concepto de domicilio ha tenido un tratamiento potencialmente expansivo. Pero, en su sentido más estricto, aparece estrechamente vinculado al carácter doméstico de los posibles usos, que suele traducirse en la creación de un ambiente cerrado, o incluso parcialmente abierto, pero aislado del ambiente externo de algún modo que haga patente la voluntad de quienes lo habitan de excluir a las personas no autorizadas a entrar o permanecer dentro de él.

3. La titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio

3.1 Fundamentación de la titularidad

La doctrina mayoritaria es uniforme en considerar la inviolabilidad del domicilio o la libertad domiciliaria como una de las manifestaciones más trascendentes de la más amplia libertad de las personas. Nos hemos referido en el apartado anterior a la protección de la privacidad, de suerte que a la hora de encuadrar su fundamentación se han esgrimido argumentos diversos, tales como la integridad y subsistencia de la persona individual, la dignidad de las personas¹³², la seguridad personal¹³³, la autonomía física o la vida privada¹³⁴.

¹³² Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995: «... sin duda la morada, el domicilio, la casa en la que una o varias personas viven, significa uno de los reductos más trascendentes respecto de la defensa de la dignidad humana y del respeto a su intimidad (Cfr. TC S 17 de febrero de 1984) (...). El art. 18.2 CE debe ser interpretado en los términos más favorables para la efectiva protección del derecho que consagra, tanto por el principio in dubio pro reo (arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE) cuanto por exigencias de normas internacionales y acaso por suponer él mismo uno de los preceptos más esenciales del respeto a la dignidad de la persona».

¹³³ LUCAS VERDÚ, PABLO; «Inviolabilidad del domicilio» en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Sext, Ed. Francisco Seix, S.A., t. XIII, Barcelona, 1968, pág. 669, remitiéndose a Duguit, Romano, Colliard, Burdeau y Wigny sostiene que la inviolabilidad del domicilio es una consecuencia de la seguridad personal, tratándose de la prolongación espacial de la personalidad de los humanos. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1986 establece que «El domicilio, (...) es una prolongación de la personalidad, es la condición espacial que resguarda la libertad y seguridad personal, y goza de la inviolabilidad establecida al más alto rango en la CE (...)».

¹³⁴ La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1994 establece que «La jurisprudencia viene repetidamente sancionando la protección del ámbito de intimidad de la persona que constituye complemento del también fundamental derecho a la libertad individual (Cfr. TS 2.ª S 23 de diciembre de 1993) (...) se desprende como preciso únicamente para la consideración de domicilio el que se trate de un lugar que el individuo elige para el desarrollo de su vida íntima y privada, duradera o transitoriamente y con exclusión de otras personas y de la autoridad pública, que necesitarán de la autorización del titular para penetrar en él, o alternativamente de autorización judicial, y a excepción del caso, recogido constitucionalmente como salvedad al general principio, de la comisión de flagrante delito».

Ahora bien, partiendo de la vinculación entre el derecho a la inviolabilidad domiciliaria y la libertad personal, de la que aquélla no es sino una proyección, se puede decir que se trata de conceptos autónomos entre sí, incluso desde la perspectiva de la legalidad constitucional positiva.

Ello justificaría que la libertad personal se encuentre constitucionalizada con carácter de derecho fundamental en el art. 17.1 CE, en tanto que la libertad domiciliaria se encuentra consagrada, como ya hemos visto, en el art. 18, de nuestra Constitución.

Para González Trevijano¹³⁵, la libertad personal debe reconducirse a su sentido originario y todavía mantenido en Gran Bretaña de «inmunidad de los arrestos» (habeas corpus), en tanto que el derecho a la inviolabilidad del domicilio tutela «un cierto espacio físico en el que se ejerce la libertad más íntima y que se quiere preservar del mundo exterior, garantizando un ámbito espacial frente a todo conocimiento e intromisión ajenos, tanto de terceros como por parte de la autoridad pública».

La obligación de respetar del domicilio podemos decir que es un complemento del derecho a la libertad personal y, en ese sentido, si toda persona tiene garantizada esta última habrá de tener garantizada en los mismos términos la inviolabilidad del domicilio. El Tribunal Supremo, Sala 2.^a, en sentencia de 16 de diciembre de 1991 lo ha calificado como «el reino de cada cual, en cuanto su titular ejerce en él una actuación cuasi soberana, y consagra y desarrolla plenamente su intimidad y sus efectos», declarando que: «La libertad e intimidad, dentro del domicilio, prohibiéndose la entrada sin autorización judicial, no es emanación de un derecho de propiedad, sino de la personalidad, siendo indiferente el hecho jurídico-civil en que se asiente: propietario, usufructuario, arrendatario, incluso el precarista, pese a su situación de derecho privado tan reducidamente protegida, tiene derecho a que nadie entre y registre su domicilio sin autorización del Juez».

¹³⁵ GONZALEZ TREVIJANO, PEDRO JOSÉ; *La inviolabilidad del domicilio*. Editorial Tecnos, 1991. Pág 16.

En el mismo sentido el Tribunal Supremo, por ejemplo en STS 731/2013, de 7 de octubre, interpreta que el derecho fundamental del art. 18.2 de la Constitución Española, de inviolabilidad del domicilio y su protección no se proyecta sobre los bienes materiales en sí ni en defensa de la propiedad, al no ser ésta el bien jurídico protegido y que la protección constitucional del domicilio no apunta a la propiedad, sino a la intimidad en un lugar del espacio cerrado donde el individuo tiene un derecho de exclusión. Tal derecho puede nacer de un título dominical o de cualquier otro título posesorio, como arrendatario u ocupante de hecho. Queda claro, cómo hemos anticipado, la referencia reiterada en la doctrina a que el bien jurídico protegido de este derecho no se proyecta sobre bienes materiales en sí, ni en defensa de la propiedad.

Esta interpretación, nos obliga a reconocer el derecho a inviolabilidad del domicilio como un derecho de carácter estrictamente personal pero al mismo tiempo, tal y como hemos visto en el capítulo anterior, es preciso reconocer al derecho a la inviolabilidad del domicilio, un carácter instrumental respecto al ejercicio de otros derechos como el de reunión, el de asociación, el de culto, educación, participación, o el de iniciativa económica, en los casos en que tales derechos se pretenden desarrollar de forma privada.

Al analizar la fundamentación de la inviolabilidad del domicilio, es preciso tener en cuenta que el art. 10.2 del texto constitucional. El cual establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España¹³⁶. Ello obliga a tener en cuenta la Declaración de Derechos del Hombre, de diciembre de 1948, la misma dispone en su art. 12 que: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques», igualmente el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, suscrito por España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado el 4 de octubre de 1979, establece en su art. 8. 1 que: «Toda persona tiene de-

¹³⁶ Establece el art. 96.1 de la Constitución que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico interno».

recho al respeto de su vida privada y familiar, su domicilio y su su correspondencia. 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».

Por otra parte, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, art. 17. «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

Partiendo de lo anterior parece imprescindible reconocer la vinculación entre el derecho a la inviolabilidad domiciliaria y la libertad personal, de forma que la libertad se proyecta a través de la inviolabilidad del domicilio pero se trata de conceptos son autónomos en sí mismos, incluso desde la perspectiva de la legalidad constitucional positiva, así se ha reconocido claramente en reiteradas resoluciones del Tribunal Constitucional, al afirmar que «La protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental que defiende los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de una persona». En este mismo sentido parece que, la protección del entorno virtual también es de carácter instrumental, para para proteger la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

3.2 La titularidad de los extranjeros

En la actualidad es indiscutible el reconocimiento de este derecho a todas las personas físicas¹³⁷. En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, tanto los españoles como los extranjeros son titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio y lo son tanto frente a los poderes públicos como frente a actuaciones provenientes de particulares.

Nuestra Constitución de 1978 reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio en el apartado segundo del artículo 18 en los siguientes términos: "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".

No se establece distinción de ningún tipo entre nacionales o extranjeros para el ejercicio del derecho. La ubicación del reconocimiento de este derecho tras el reconocimiento del derecho al honor, a la integridad personal y familiar y a la propia imagen, dentro del apartado primero del mismo artículo 18, parece que no es casual. La doctrina del Tribunal Constitucional que hemos puesto de manifiesto afirma la existencia de un nexo indisoluble entre ambos derechos, si bien, este reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio a los ciudadanos extranjeros no siempre ha sido así. En la declaración de derechos y libertades contenida en la Constitución española de 1931, tal vez por influencia entre otras de la Constitución mexicana de 1917 o de la Constitución de Weimar de 1919, y de la española de 1869, se proclamaba ya, en su artículo 31 que el domicilio es inviolable. "Nadie podrá entrar en el de un español o en el de un extranjero residente en España sino en virtud de mandamiento de juez competente". Sin embargo, durante el periodo que sigue a continuación, después de la

¹³⁷ Tanto la doctrina como la jurisprudencia es unánime a la hora de reconocer que los extranjeros y los apátridas que residan en España gozan del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en igualdad de condiciones que los españoles. Por otra parte, y congruentemente con lo anterior, la legislación ordinaria viene a dispensar tratamiento idéntico a nacionales y extranjeros en lo relativo a la entrada en el domicilio (art. 545 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Entre otras STC 137/1985, STC 22/1984.

guerra civil española, durante la dictadura franquista se restringe la inviolabilidad domiciliaria exclusivamente a los españoles, excluyendo de este derecho a los extranjeros en base a los valores proclamados por el Fuero de los Españoles.

En la actualidad no existe ningún tipo de debate al respecto, con independencia de que los extranjeros se encuentren en cualquier tipo de situación administrativa, es decir, legal o ilegal. El derecho a la inviolabilidad del domicilio se reconoce a toda persona como derecho fundamental que no admite restricción; así lo reconocen expresamente todas las Sentencias del Tribunal Constitucional ¹³⁸.

Podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, aunque nuestra vigente Constitución no contemple expresamente la condición de extranjero al regular este derecho, que tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes a la hora de reconocer del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio a los extranjeros, (cualquiera que sea su situación administrativa, incluidos los apátridas que residan ilegalmente en España), por supuesto en igualdad de condiciones que a los españoles. Ello además viene confirmado, por el hecho objetivo de dispensar la legislación ordinaria, nuestra la ley de enjuiciamiento criminal, un mismo tratamiento al desarrollar la limitación de este derecho, a ambos, al regularlo de forma idéntica para nacionales y extranjeros en lo relativo a la entrada en el domicilio, estableciendo en su artículo 545 que “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” además haciendo referencia expresa a su reconocimiento a los extranjeros residentes en España en los mismos términos, como no podía ser de otra manera.

3.3 La titularidad de las personas jurídicas

Para completar la perspectiva de la inviolabilidad del domicilio, debemos examinar la intensidad del reconocimiento de este derecho a las personas jurídicas.

¹³⁸ Como algunos ejemplos de sentencias reiteradas posteriormente por el propio tribunal, podemos citar siempre la STC 22/1984, de 17 de febrero, o la STC 69/1999, de 29 de abril.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria parece reconocer a las personas jurídicas la titularidad de este derecho fundamental, si bien se trata de un tema más complejo que el tratado en el apartado anterior, puesto que la inviolabilidad del domicilio se encuentra en conexión con el derecho a la intimidad de la persona y esta conexión es más complicada cuando se trata de personas jurídicas, lo que lleva a hacer más difícil la unanimidad en su reconocimiento dentro de la doctrina.

Indudablemente existen derechos fundamentales que en modo alguno pueden ser predicables como propios de personas jurídicas, como el derecho a la vida o a la integridad física, junto a otros claramente reconocidos a las personas jurídicas, en los que no existe objeción para admitir su ejercicio por ellas.

Así las cosas, y planteada la cuestión del reconocimiento o no, a la persona jurídica de la inviolabilidad domiciliaria, debemos comenzar el análisis señalando que nuestro texto constitucional guarda silencio al respecto, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho constitucional comparado por ejemplo en la Ley Fundamental de Bonn, ante la falta de regulación expresa nos vemos obligados a buscar respuesta en la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional.

La jurisprudencia parte del presupuesto, de que nuestra CE no ha limitado la inviolabilidad del domicilio a las personas físicas siendo, pues, un derecho extensivo o predicable en los mismos términos a las personas jurídicas y a las personas físicas, porque la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento jurídico, a la persona, en el sentido más amplio del término y no necesariamente a la persona física. En este sentido, sirve de referente la sentencia del Tribunal Constitucional 137/1985 de 17 de octubre, sentando con absoluta rotundidad que, ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn ¹³⁹, que reconozca explícitamente que los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, entiende

¹³⁹ El art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn reconoce que las personas jurídicas nacionales, con carácter general, ostentan y son titulares, al igual que las personas físicas, de los derechos fundamentales y ello en tanto en cuanto sea posible a tenor de su naturaleza. En este sentido, y como hemos dicho, no resulta congruente pensar que una persona moral pueda ser titular del derecho fundamental a la vida o a la integridad física pero sí que pueda ser titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

que en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables, estos derechos se deben reconocer igualmente a las personas jurídicas, acudiendo al criterio de la mayor protección el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

El texto constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que se ha reconocido por el Tribunal Constitucional respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el art. 24 CE, para garantizar la tutela judicial efectiva, extendiendo al máximo la protección constitucional.

Este es también el criterio aceptado por la doctrina generalizada europea, en países como, Italia o Austria, además del caso ya mencionado de Alemania, considerando que este derecho, tiene también justificación en el supuesto de personas jurídicas y posee una naturaleza que en modo alguno impide la aplicación a las mismas, a las que nadie discute que puedan ser titulares de otros derechos, como por ejemplo el de propiedad de viviendas o bienes inmuebles.

Es decir, la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona (no necesariamente a la persona física), desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y pueda tener sentido la protección de un espacio reservado para su actividad. Este reconocimiento a las personas jurídicas, para la inviolabilidad de su domicilio, como instrumental del derecho para proteger la libertad, tiene su límite en no ser incompatible con la naturaleza y la especialidad del propio derecho fundamental.

Dicha doctrina constitucional ha venido consolidada por una serie de sentencias posteriores, entre las que podemos destacar las STC 160/1991 de 18 de julio, STC 50/1995 de 23 de febrero; STC 64/1998 de 17 de marzo o STC 69/1999 de 26 de abril. Estas resoluciones interpretan claramente que en lo que respecta a la titularidad del derecho, reconocido en el art. 18.2 de la Constitución Española, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no se circunscribe exclusivamente a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente de las personas jurídicas, si bien con matizaciones relevantes, entre ellas la consideración de la naturaleza y especialidad propia de las actividades o los fines para los que se constituyen dichas personas.

El reconocimiento del derecho no implica, que el mencionado derecho fundamental tenga un contenido absolutamente idéntico con el que se predica de las personas físicas. Puesto que como hemos anticipado, el domicilio constitucionalmente protegido, en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad, lo que se protege no es sólo un espacio físico sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada, lo que indudablemente no concurre en el caso de las personas jurídicas. Sin embargo, las personas jurídicas también son titulares de ciertos espacios que, por la actividad que en ellos se lleva a cabo, requieren una protección frente a la intromisión ajena. En este sentido se reconoce un ámbito de intimidad a las personas jurídicas¹⁴⁰, que sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por servir a la custodia de documentos u objetos propios de la actividad de la sociedad o de su establecimiento y restringidos al conocimiento de terceros.

El Tribunal Supremo ha confirmado esta interpretación de la norma afirmando claramente que el art. 18.2 CE, no circunscribe este derecho a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, con remisión expresa, a la primera sentencia que hemos mencionado STC 17 de octubre de 1985.

De forma que la jurisprudencia reconoce sin lugar a duda este derecho a las personas jurídicas, pero haciéndolo extensible únicamente a los espacios físicos que sean indispensables para el desarrollo de su actividad. Tal limitación es importante a la hora de llevar a la práctica la diligencia de entrada y registro, ya que supone separar aquellos espacios del domicilio de la persona jurídica objeto del registro, que quedan

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 69/1999, de 26 de abril, resolvió que, en estos casos, cabe reconocer un ámbito de intimidad que sólo se extiende a "los espacios físicos que son indispensables para desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que queden reservados al conocimiento de terceros"

amparados por la inviolabilidad del domicilio cuya intimidad es imprescindible para la actividad que desarrolla la persona jurídica, y precisan de autorización judicial, pudiendo excluir la necesidad de autorización judicial previa y presencia de Letrado de la administración de Justicia, en los espacios abiertos al público a los que cualquier persona o cliente puede acceder libremente.

La falta de reconocimiento expreso por la Constitución Española de este derecho ha dado lugar a una discusión en la doctrina, en relación a cuál es el bien jurídico protegido por este derecho fundamental, cuando se trata de personas jurídicas.

Para un importante grupo de autores que han examinado este tema el bien jurídico protegido es la intimidad persona ¹⁴¹, o la libertad de la voluntad ¹⁴², o en suma, «la inviolabilidad del domicilio sería un derecho fundamental derivado del derecho a la vida privada. Un segundo grupo de autores, considera que el bien jurídico protegido es la intimidad personal» ¹⁴³. En ambos casos, se pone de manifiesto que la inviolabilidad domiciliaria y la intimidad son derechos que se encuentran estrechamente relacionados, casi de forma inseparable tratándose de personas físicas, pero pese a ello distintos y autónomos.

El Tribunal Constitucional, por ejemplo, en STC 59/1983, mantiene que la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona, estableciendo expresamente una conexión entre los números 1.º y 2.º del art. 18 de la CE, al mismo tiempo que niega a las personas jurídicas la posibilidad de ser titulares del derecho constitucional a la intimidad y les, reconocen la inviolabilidad del domicilio. No obstante, haciendo una operación integradora, señala que ello no entra en contradicción con el reconocimiento del derecho al domicilio a las personas jurídicas, el hecho de ser

¹⁴¹ COBO DEL ROSAL-VIVES, ANTÓN; en relación con el art. 490 CP, *Derecho Penal (Parte Especial)*, 2.ª ed., 1988. También VICENTE GIMENO SENDRA, VICTOR MORENO CATENA, JOSÉ ALMAGRO NOSETE, VALENTIN CORTES DOMÍNGUEZ. *Derecho Procesal, Tomo II Proceso Penal*, 3.ª ed., 1989.

¹⁴² MUÑOZ CONDE; FRANCISCO; en relación asimismo con el art. 490 CP, *Derecho Penal (Parte Especial)*, 12ª. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

¹⁴³ SERRANO ALBERCA, JOSE MANUEL; *Comentarios a la Constitución*, dir. Garrido Falla, pág. 237, Civitas, 1980.

el titular del derecho a la intimidad una persona individual y confirma la conexión entre el derecho a la intimidad con las personas individuales. Ahora bien, sigue razonando el tribunal que, la protección de la inviolabilidad domiciliaria tiene carácter instrumental respecto al derecho a la intimidad y éste sólo es extensible a la persona humana, por lo que habría que preguntarse acerca del interés tutelado cuando se reconoce a la persona jurídica aquel derecho. En este punto, la doctrina echa en falta un mayor desarrollo en la citada sentencia, ya que la misma no entra en consideraciones que pudieran arrojar más luz sobre esta cuestión, tal vez para dejar la decisión abierta ante futuros casos que pudieran presentar otras peculiaridades.

Desde un punto de vista específico, examinando el derecho a la protección domiciliaria bajo un prisma general, al analizar qué derechos fundamentales pueden reconocerse a las personas jurídicas, autores como Casas Vallés ¹⁴⁴ y Díaz Lema ¹⁴⁵, han hecho sus aportaciones, para intentar dar solución a este problema.

El primero de ellos, en síntesis, entiende que la persona jurídica no tiene intimidad ni posibilidad de crearla, ya que la personalidad de la que deriva no tiene que desarrollarse como en el individuo, bastándole con cumplir sus fines. Sin embargo, ello no trae como consecuencia que la persona jurídica no disponga de un ámbito reservado, de una esfera de privacidad, que estarían amparados en opinión del autor por los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. Díaz Lema, por su parte, analizando la influencia ejercida en este aspecto por el Derecho alemán, y sin dejar de admitir que ha sido la generosa interpretación del TC sobre nuestra Ley Fundamental, la que ha permitido la admisión de las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales, concluye que «...únicamente los derechos fundamentales de ejercicio corporativo son susceptibles de amparo constitucional, porque -y en la medida en que- se esté preservando los derechos de los miembros de la Corporación». Solamente cuando el derecho individual sea adecuado para el ejercicio

¹⁴⁴ CASAS VALLÉS, RAMÓN; “Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad”. *Revista jurídica de Catalunya*. Vol. 86, Nº 1, 1987, págs. 169-198

¹⁴⁵ DÍAZ LEMA, JOSE MANUEL; “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?”. *Revista de administración pública*. Nº 120, 1989, págs. 79-126.

colectivo a través de la persona jurídica y de ello no resulte una imposibilidad lógica, podría trasplantarse a esta última. Según este autor, encontramos un caso paradigmático si analizamos el derecho constitucional de huelga, este derecho es indiscutiblemente de titularidad individual según reconocen la generalidad de la doctrina y el propio TC (STC 8 abr. 1981) pero su configuración como derecho de la personalidad al mismo tiempo obliga, a su ineludible ejercicio de forma colectiva.

Analizado lo anterior debemos sacar en conclusión que durante la práctica del registro domiciliario de personas jurídicas habrá que aplicar todas las garantías propias de la inviolabilidad del domicilio, a aquellos espacios que son necesarios para la actividad de la persona jurídica y a aquellas dependencias en las que se desarrollan actividades que afectan al derecho a la intimidad de las personas que trabajan o desarrollan la actividad propia de la persona jurídica, es decir despachos, oficinas o dependencias a las que el público o los clientes no tienen acceso libre.

Esta interpretación sería más la ajustada a la doctrina constitucional puesto que aunque la persona jurídica no tiene entidad moral, las personas que desarrollan su actividad dentro de la misma sí que la tienen y como personas físicas al servicio de la actividad de la persona jurídica realizan actos que afectan a su intimidad; es decir, serían moradores efectivos de esos espacios privados propios de la persona jurídica, en los que tienen sus efectos personales, la documentación de la empresa o efectos de cualquier tipo cuyo conocimiento e intervención puede afectar a la persona jurídica y a su propia persona.

Si ponemos en relación todo lo anterior con la realidad actual y la última regulación del registro domiciliario en la LECrim¹⁴⁶, a la que hemos hecho referencia en el capítulo anterior, parece habitual que cualquier persona jurídica independientemente del volumen de actividad que pueda tener, dispondrá en su domicilio de equipos informáticos que contendrán información relevante para la empresa. Parece claro que dicha información que pueda encontrarse dentro de los equipos de información masiva de datos, deberá entenderse protegida en los mismos términos que cuando los mismos se encuentran en el domicilio de las personas físicas. Habrá que reconocer respecto al

¹⁴⁶ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

conjunto de recursos necesarios para encontrar, manipular, gestionar la información, a través medios informáticos como ordenadores, teléfonos móviles, equipos o soportes electrónicos mediante programas informáticos con la ayuda de las redes necesarias para convertirla, almacenarla, administrarla y transmitirla, una protección similar a la que tiene lugar cuando se trata del domicilio de una persona física.

Como hemos visto, el punto primero del art. 588 sexies c), del Capítulo VIII, de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a la intervención de los ordenadores y dispositivos informáticos del sospechoso en un registro judicial y establece que cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos y al hacerlo no distingue si se trata de persona física o jurídica.

Teniendo en cuenta, la nueva regulación y la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, en esta materia, respecto a las personas jurídicas, si se trata de espacios limitados al público, será imprescindible que la resolución que autoriza la entrada cumpla con los extremos indicados, para proteger el derecho al propio entorno virtual de la persona jurídica. La simple incautación de cualesquiera dispositivos informáticos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el registro domiciliario de una persona jurídica, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente o se facilite de forma voluntaria por el titular, que en este caso será el usuario del equipo.

Llegados a este punto, desde el análisis de la atribución de la titularidad de estos derechos a la persona jurídica, debemos afirmar que el contenido del derecho al entorno virtual, que hemos visto para la persona física también es propio y predicable de la persona jurídica. Este derecho se integraría sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales reconocidos a la persona jurídica, toda la información en formato electrónico que afecta a la persona jurídica y que a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario de las nuevas tecnologías, actuando en

la actividad que desarrolla para la persona jurídica, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos, debe ser protegido en la medida de lo posible y en tanto en cuanto sea compatible con la naturaleza de la persona jurídica. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional de ese entorno digital que también se reconoce a la persona jurídica en cierta medida, frente a la necesidad del Estado de invadir, en sus tareas de investigación y castigo de los delitos. Resulta así la exclusión de injerencias, sin la preceptiva autorización judicial, en el entorno virtual de la persona jurídica. La exigencia de esta garantía constitucional para el sacrificio de los derechos al secreto de las comunicaciones no supone ninguna limitación diferente cuando se trata de derechos que corresponden a la persona jurídica.

3.4 La distinción entre el titular del derecho y el investigado en la causa.

Al estudiar quien es titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio, resulta imprescindible distinguir entre el titular del domicilio y el investigado en el procedimiento judicial en que se acuerda la entrada y registro. Según las circunstancias, la titularidad del domicilio y la condición de investigado pueden coincidir o no en la misma persona, principalmente porque pueden vivir personas en el domicilio del investigado que no sean objetivo de la investigación judicial o policial.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, es poco clarificadora a la hora de determinar el sujeto pasivo de la diligencia de entrada y registro, empleando términos vagos cuando habla de la persona a quien debe notificarse el auto habilitante acordado por la autoridad judicial, haciendo referencia únicamente a la persona del «interesado» o «particular», sin concretar a quién se refiere, si al titular del domicilio o al investigado por la comisión del hecho delictivo.

En el art. 566 primer párrafo, la LECrim establece que «si la entrada y registro se hubieren de hacer en el domicilio de un particular, se notificará el auto a este; y si no fuere habido a la primera diligencia en busca, a su encargado». Son, pues, términos muy vagos que sólo consiguen inducir a confusión puesto que no aclaran quien es el titular de la morada, y sin aclarar este concepto, establecen la obligación de notificar el auto al particular o en su defecto al encargado, si no fuere tampoco habido el encargado, se

debe notificar a cualquier otra persona mayor de edad que se encuentre en el domicilio, prefiriendo para esto a las personas que forman parte de la familia del interesado. Se debe hacer constar la notificación por diligencia, con asistencia de dos vecinos, los cuales deberán firmar la diligencia de notificación.

No obstante, debemos tener en cuenta que esta última exigencia contradice frontalmente la reforma operada en 2009 por la Ley Orgánica del Poder judicial ¹⁴⁷, en relación a la actuación del Letrado de la Administración de Justicia (antes de la modificación por la LO 7/ 2015, Secretario judicial) en este acto. El LAJ no necesita actualmente en el ejercicio de su función de dar fe, la presencia de testigos para dejar constancia de las actuaciones que realiza, según establece expresamente la reforma de 2009. Más adelante examinaremos con más detalle esta cuestión.

En cuanto a la forma de practicar la notificación, lo normal será la entrega de un testimonio del auto que acuerda la entrada y el registro al morador. Si el morador coincide con el investigado no habrá problema, pero en otro caso puede haber confusión. Cuando el morador no es investigado, sufre la injerencia en su intimidad consecuencia del registro. Ello hace necesario notificar el auto que lo acuerda para legitimar la injerencia, pero carece de sentido notificarle dicha resolución para preservar su derecho de defensa, puesto que no forma parte de la causa penal.

La cuestión es más compleja cuando se ha declarado el secreto de actuaciones; en este caso se debe notificar exclusivamente la parte dispositiva del auto, para evitar perjudicar otros posibles registros a otros investigados. Esta forma de notificar pudiera ser también la apropiada cuando se trata de terceros moradores ajenos a la casusa criminal, parece que les bastaría con ser notificados de la parte dispositiva del auto en que se acuerda, sin necesidad de conocer el resto de datos, la mayoría de carácter personal y relacionados con la investigación que pueden aparecer a lo largo del Auto que acuerda la entrada.

¹⁴⁷ Se modifica el apartado 1 del art. 453 LOPJ por el art. 1.17 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre. Corresponde a los Letrados de la Administración de Justicia, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial. En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias. En el ejercicio de esta función no precisarán de la intervención adicional de testigos.

Por lo que se refiere a la distinción entre morador efectivo e investigado, la cuestión se complica si tenemos en cuenta que a nivel doctrinal no existe una postura unánime respecto de dicha cuestión terminológica. Mientras algunos autores hablan de «interesado» en lugar de morador como sujeto pasivo de la medida para referirse al legítimo morador del domicilio ¹⁴⁸, otros autores se mueven en una perspectiva más amplia al interpretar el precepto o mantienen una posición ambigua ¹⁴⁹, sin decantarse especialmente por un término u otro, entendiendo que el interesado puede ser tanto el investigado como un tercero. También hay quienes sostienen la opinión de que «interesado» es igual a imputado ¹⁵⁰ lo que hoy en día tras la reforma operada en 2015 nos llevaría a emplear el termino de investigado. Sin entrar en discusiones doctrinales, parece que con el objetivo de clarificar quién es verdaderamente el sujeto pasivo de la diligencia de entrada y registro, sería conveniente que el legislador recogiera en el precepto la distinción entre el morador interesado y el sujeto pasivo de la medida, reconociendo la posibilidad de que dichas figuras recaigan sobre personas diferentes, en aquellos casos en los que el presunto autor del delito sea una persona distinta a la del titular del domicilio a registrar.

El concepto de «interesado», parece abarcar tanto al titular del domicilio como al imputado o investigado. Desde un punto de vista práctico el titular del domicilio podría ser calificado como «interesado» en la práctica de la diligencia de entrada y registro puesto que la misma se va a desarrollar en el espacio físico que constituye su morada, y, por tanto, afectará a su derecho a la intimidad. De igual modo, el concepto de «interesado» podría aplicarse al investigado, pues con la diligencia de entrada afectará a su derecho a la presunción de inocencia siempre que resulte positiva.

¹⁴⁸ CUCHI DENIA, JAVIER MANUEL; «*La diligencia judicial de entrada y registro: presupuestos constitucionales a la luz de la jurisprudencia*», en *Revista Jurídica Diario LA LEY*, núm. 7354, año 2010.

¹⁴⁹ ARAGONESES MARTÍNEZ, SARA; *Derecho Procesal Penal*, ed. Universitaria Ramón Areces, 2008, pág. 376.

¹⁵⁰ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTIN JESÚS; *Derecho Procesal Penal*, ed. Thomson Reuters, 2009, pág. 299.

De lo anterior se deduce la importancia de separar estos dos conceptos. Cuando la condición de titular del domicilio, y de imputado no recaiga sobre la misma persona, la diligencia de entrada y registro deberá ser notificada tanto al titular del lugar cerrado como al imputado por cuanto quedan afectados derechos fundamentales de ambos. Así, mientras que al primero se le afecta el derecho a la inviolabilidad del domicilio art 18. CE, al segundo se le afecta el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el art. 24. 2, esto es, la posibilidad de estar presente en todas las diligencias que se practican en el proceso penal para poder ejercitar su defensa.

Además de lo anterior, y al margen de tener la obligación de notificar el auto a ambos sujetos, desde el punto de vista objetivo, la persona cuya actuación justifica adoptar la resolución judicial y sobre la que recae la misma es el investigado, siendo éste el principal sujeto pasivo de la medida. En aquellas ocasiones en que el titular del domicilio como tal, es decir el titular registral, no sea el morador efectivo, será obligado localizar al morador efectivo y si hubiere varios moradores puede resultar que alguno de ellos no sea investigado; a estos habrá que notificarles la resolución porque el auto infringe su derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero esta notificación podría no ser suficiente para garantizar los derechos y garantías consagrados para la defensa del investigado en el proceso penal, al tiempo que supone notificar una resolución judicial, con los datos contenidos en la misma a una persona que no es parte en el proceso judicial.

A pesar de la discusión doctrinal, la jurisprudencia es clara en lo que se refiere a la práctica de esta diligencia. El interesado a efectos de la entrada y registro es el afectado por el derecho a la intimidad.¹⁵¹ Esto nos lleva a plantearnos una última posibilidad bastante factible en la realidad; que no coincida en la misma persona ni el titular del derecho, ni el morador efectivo, ni el investigado en la causa, existiendo tres personas diferentes que resultan afectadas por la medida.

¹⁵¹ Así lo reconoce entre otras la STS 265/2016 de 4 de abril

Una situación aún más compleja, se puede dar conforme a lo previsto en el art. 553 LECrim., teniendo en cuenta que los agentes de policía pueden proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas o cuando sean sorprendidas en caso deflagrante delito. Si un delincuente perseguido por los agentes de la autoridad, se oculta o refugia en una casa, así como en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis (persona integrada en banda armada o grupo terrorista), cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, los agentes pueden proceder al registro de un domicilio ajeno y a la ocupación de los efectos e instrumentos que hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

Esta situación sería diferente a la que hemos analizado anteriormente. Si el investigado se mete en casa ajena durante la persecución, necesariamente el morador será una persona diferente, pero se aplica un supuesto especialmente previsto por la ley. La entrada quedaría amparada por venir el límite a la inviolabilidad del domicilio expresamente previsto en la ley, sin necesidad de autorización judicial previa, el titular del derecho no va a coincidir y no hay notificación de la resolución judicial, pues no existe Auto habilitante, si bien si existe la obligación para los agentes actuantes de dar cuenta inmediatamente al juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, deben indicar las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos. El concepto de «sujeto pasivo de la medida» aquí será exclusivamente el investigado, en cuanto persona sobre la que recae la investigación policial y, por esta razón, la titularidad del derecho no se cuestiona en estos casos, porque será obligatoriamente circunstancial y los agentes actuarán amparados en la norma expresa prevista para este supuesto. Resulta curioso que en cambio, a *sensu contrario*, la jurisprudencia ha establecido que no será válido el consentimiento del imputado no morador, (por ejemplo en STS 154/2008 de 8 de abril).

4. La inviolabilidad del domicilio como derecho relativo y limitado

4.1. La distinción entre la entrada y el registro

Venimos señalando desde el comienzo del presente estudio que los derechos fundamentales no son, en líneas generales y por definición, derechos absolutos e ilimitados, sino que pueden entrar en conflicto con otras libertades y ser sometidos a restricciones y limitaciones, así pues, 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. La propia norma constitucional configura dicho derecho fundamental como un derecho relativo y limitado, y ello en la medida en que la protección que la Constitución dispensa a este espacio vital puede ceder en determinados supuestos --consentimiento del titular, resolución judicial y flagrante delito--, previsión constitucional que tiene un carácter rigurosamente taxativo como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la consecuente interdicción de la entrada y registro en él art. 18.2 CE, no es sino una manifestación de la norma precedente que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar en el art. 18.1 CE.

Esta manifestación no se concibe como un derecho absoluto, sino que viene configurada con atención a otros derechos, de suerte que, como hemos dicho, los límites al ámbito fundamental de privacidad tienen un carácter rigurosamente taxativo. La diligencia de entrada y registro se caracteriza por ser una actuación del proceso penal, practicada dentro de una investigación penal, en la fase de instrucción y con el auxilio de los agentes de la policía judicial, en ella se llevan a cabo dos actos sucesivos, el primero de ellos, la entrada en un domicilio ajeno, es imprescindible para acto seguido y una vez asegurado el domicilio poder realizar el registro de todo aquello que se encuentra en el interior del domicilio que pueda ser relevante para la investigación del delito objeto del procedimiento penal. Por supuesto, será el también auto habilitante el que además de autorizar la entrada determine los efectos que pueden ser intervenidos, si fuera necesario para la investigación, custodiados y posterior aportados como piezas de convicción.

Lo anterior nos lleva a distinguir tres momentos sucesivos dentro de la práctica de la diligencia, el momento de la entrada, el momento del registro y finalmente la intervención de los efectos que fueran relevantes en la investigación para su análisis por los agentes actuantes y su posterior aportación como pieza de convicción, quedando los agentes obligados a custodiar los efectos durante el análisis cumpliendo con los protocolos existente según el tipo de efectos intervenidos, todo lo practicado durante estas tres fases deberá ajustarse estrictamente a lo establecido en el Auto habilitante.

Dejando a un lado el análisis de la entrada y registro en edificios y lugares públicos así como las disposiciones particulares sobre la entrada y registro en domicilio privado relativas al Palacio Real¹⁵², representaciones diplomáticas y consulares, y buques mercantes, en los que existen otro tipo de intereses protegidos y sin perjuicio del análisis más detenido que luego afrontaremos sobre el delito de allanamiento de morada, por entrada hay que entender la penetración en la morada ajena introduciéndose en ella, la doctrina mayoritaria entiende, que para hablar de la consumación del comportamiento antijurídico atentatorio contra la inviolabilidad del domicilio, es necesario que la penetración o entrada en la morada ajena sea total y no sólo parcial.

En la práctica, la entrada debe coincidir con total exactitud con lo establecido el auto que la acuerda. El domicilio aportado en sus oficios por los agentes actuantes al solicitar la entrada debe coincidir exactamente con la morada del investigado. Si hubiera el más mínimo error al respecto habrá que corregir el auto, para evitar el riesgo de entrar en una casa diferente, en la que no se encontrará ningún efecto relacionado con la investigación y se violaría de forma injustificada el domicilio de otra persona.

¹⁵² En líneas generales podemos decir que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, junto a las normas que regulan la entrada y registro en un domicilio, se contemplan también los requisitos que deben cumplirse para la entrada y registro en determinados lugares, como en los lugares religiosos, en donde bastará pasar recado de atención (art. 549), lo que se contradice con el acuerdo suscrito por España con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, que establece que los lugares de culto son inviolables; del mismo modo, en las cámaras legislativas es preciso el permiso de su presidente (art. 548); en el palacio del Rey se requiere licencia real (art. 555); los domicilios ocupados por representantes de naciones extranjeras acreditadas en España precisan licencia del responsable de la misma (art. 559), debiendo tenerse en cuenta, a estos efectos, que el Convenio de Viena de 24 de abril de 1963, ratificado por España el 3 de febrero de 1970, regula la inviolabilidad de los locales consulares; y por último, para el registro de buques extranjeros es precisa la autorización del capitán, y si éste la denegare, es precisa la autorización del Cónsul de su nación (art. 561).

4.2 La intervención de efectos dentro del domicilio

El registro de los efectos dentro de la vivienda, constituye una verdadera diligencia de investigación, a diferencia de la diligencia de entrada, que viene a ser una diligencia instrumental de ésta. En muchos casos puede ser una verdadera diligencia de preconstitución de prueba: los agentes deben examinar los efectos de todo tipo que encuentren, en el domicilio, relacionados con el delito investigado, que puedan servir para determinar el autor del delito, las circunstancias de su comisión y el resultado del mismo. Esta diligencia, para algunos autores¹⁵³, viene a ser la conjunción las diligencias que la ley regula con la denominación del cuerpo del delito en los arts. 334 a 336 de la LECrim.; es decir, la recogida y el aseguramiento de las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del investigado, o en otra parte conocida como puede ser su domicilio.

La ley establece que, el Letrado de la Administración de Justicia extenderá diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren los efectos, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias del hallazgo, esta diligencia debe dirigirse a la búsqueda en un domicilio de efectos, que puedan constituir medios de prueba, recogiendo vestigios, que puedan servir como piezas de convicción dentro del proceso penal, como por ejemplo el arma con el que se ha cometido el delito o la ropa que llevaba su autor al cometer el delito. La diligencia será firmada por la persona, moradora, en cuyo poder fueren hallados, notificándose a la misma el auto en que se mande recogerlos. Si el investigado se niega a firmar el Letrado de la Administración de Justicia hará constar en el acta que estando presente el investigado se niega a firmar la diligencia, dando fe de ello.

¹⁵³ DE LLERA SUAREZ BARCENA, EMILIO; *Derecho procesal penal*. Tirant lo Blanch, 1997

Si fuera necesario se puede practicar también durante el registro la diligencia de inspección ocular propiamente dicha, prevista en los arts. 326 y 333 de la LECrim, como diligencia de inspección ocular o reconocimiento judicial. Para ello, antes de intervenir los efectos se procede a reconstruir la escena del delito, siempre que este se haya cometido propiamente en el domicilio registrado y su escenificación pueda contribuir a aclarar los hechos acaecidos, tal y como establece la ley. Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto la inspección ocular del lugar y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho. Como indican algunos autores¹⁵⁴, en esta fase de la investigación dentro del proceso penal, se persigue la comprobación de cualquier hecho que revista los caracteres de delito a fin de garantizar la satisfacción del interés público en la persecución de los delitos, resolviendo sobre la apertura o no del juicio oral.

En caso de acordarse la inspección ocular, el acta correspondiente, extendida por el LAJ, hará constar en los autos la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa.

Es importante tener en cuenta la última previsión para estos casos introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Al establecer que cuando se pusiera de manifiesto durante este acto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282, es decir, sin perjuicio de la obligación propia de la policía judicial y de todos los que la componen, de averiguar los delitos públicos que se cometieren en su

¹⁵⁴ MONTERO AROCA, JUAN; «*Derecho Jurisdiccional, III*», *Proceso penal*, 27ª edición, Tirant lo Blanch 2019.

territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro. Por lo que respecta a la forma de dejar constancia de las actuaciones, la ley establece que todas las diligencias comprendidas en este capítulo se extenderán por escrito en el acto mismo de la inspección ocular, y serán firmadas por el Juez instructor, el Fiscal, si asistiere al acto, el Letrado de la Administración de Justicia y las personas que se hallaren presentes.

La última fase de la diligencia siempre que la misma haya tenido resultado positivo será la de intervenir y custodiar los efectos encontrados dentro del domicilio que estén relacionados con el delito cometido. Los efectos que pertenecieran a la víctima del delito serán restituidos inmediatamente a la misma, salvo que excepcionalmente debieran ser conservados como medio de prueba o para la práctica de otras diligencias, y sin perjuicio de su restitución tan pronto resulte posible. La ley establece que los efectos serán también restituidos inmediatamente cuando deban ser conservados como medio de prueba o para la práctica de otras diligencias, pero su conservación pueda garantizarse imponiendo al propietario el deber de mantenerlos a disposición del Juez o Tribunal.

La LECrim establece que sin perjuicio de lo establecido al regular las obligaciones de la policía judicial en el capítulo II bis del título V, los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el artículo 334 se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito. De modo que en función del tipo de efectos intervenidos se procederá a custodiar y conservar los mismos por los agentes actuantes. Es decir conforme a los protocolos existentes en cada caso, las armas de fuego se remiten al organismo encargado de la intervención de armas de fuego, las drogas y sustancias tóxicas se destruirán una vez enviadas las muestras necesarias al Instituto Nacional de Toxicología; el dinero se ingresará por los agentes en la cuenta de consignaciones del juzgado de instrucción competente; las muestras biológicas se remitirán siguiendo el protocolo correspondiente al organismo encargado de analizarlas; finalmente por lo que respecta a los equipos y soportes informáticos vamos a analizar más adelante todo lo relativo a su intervención, análisis y custodia, así como las garantías que deben cumplirse para su intervención.

5. La protección Penal del domicilio

5.1 Antecedentes

Nuestro Código Penal de 1848, en el art. 404 y ss se castigaba al «... que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador...», como señala Rodríguez Devesa¹⁵⁵, desde esa primera introducción del tipo en el Código, la regulación del mismo ha sido prácticamente uniforme hasta llegar nuestro actual Código Penal de 1995, de suerte que desde 1848 y hasta la entrada en vigor del actual Código, se mantuvo casi inmutable el contenido de los arts. 491 y 492 (que se correspondían con los arts. 405 y 406 de aquél Código), pero en relación al concepto de allanamiento de morada, si hubo algunas modificaciones, por las Leyes de 7 de abril de 1952 y de 24 de abril de 1958.

Históricamente nuestros Códigos penales, desde el siglo XIX, encuadraban el delito de allanamiento de morada dentro de los denominados «delitos contra la libertad y seguridad», aunque la mayoría de la doctrina respaldaba esta postura¹⁵⁶, no faltaban autores que discrepaban de la opinión mayoritaria. Autores como Antón Oneca y Rodríguez Muñoz¹⁵⁷ mantuvieron que no era la libertad el bien jurídico protegido, en la medida en que con el allanamiento de morada no resultaba afectada ni la posibilidad de la formación de la voluntad, ni la de la actuación de esta, ni la de la formación de una resolución conforme a motivos propios, ni la libertad en cuanto Estatus.

¹⁵⁵ RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARÍA; *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Ed. Dykinson, 11.ª ed., Madrid, 1988, pág. 322.

¹⁵⁶ PELLISÉ PRATS, BUENAVENTURA; *Nueva enciclopedia jurídica XX.*, pág. 617, se hace eco de la opinión de Cuello Calón, para quien la inclusión de este delito, resultaba justificada, «ya que lo que se tutela es el derecho del individuo a vivir libre y seguro en su morada», o sea, proteger a la morada de los ataques que puedan realizar los particulares.

¹⁵⁷ ANTÓN ONECA, JOSE y RODRÍGUEZ MUÑOZ, JOSE ARTURO; *Derecho Penal. II*, Ed. Gráfica Administrativa, Madrid, 1949, pág. 318.

En la actualidad la Doctrina mayoritaria ve en la intimidad el bien jurídico protegido, sin embargo nuestro vigente Código Penal, rompe con la tradición doctrinal al regular el delito de allanamiento de morada fuera del marco de los delitos contra la libertad, ello no significa, que el derecho a la inviolabilidad domiciliaria no se encuentre en relación con el derecho a la libertad, dando a la inviolabilidad del domicilio un trato diferenciado en consonancia con su conexión a la intimidad y privacidad dentro de una esfera más amplia como es la libertad. La LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal tipifica dentro del Libro II (los delitos y sus penas), en el Título X dedicado los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio dentro del Capítulo II, el allanamiento de morada y del domicilio de personas jurídicas y de establecimientos abiertos al público.

Autores como Sanz Morán¹⁵⁸ ponen de manifiesto la importancia de descartar la inviolabilidad del domicilio como bien jurídico protegido en estos delitos, entendiendo que la inviolabilidad del domicilio es una manifestación del derecho a la intimidad. De este modo los arts. 202 a 204 vienen a proteger el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que, como hemos visto, está consagrado en el art. 18.2 CE, como un instrumento para la protección del más amplio derecho a la intimidad y que se extiende tanto a los particulares, en lo que se refiere a la morada (art. 202), como a las personas jurídicas (art. 203). Además, el art. 204 contempla un tipo cualificado para la autoridad o funcionario público que cometiere estos delitos.

Nuestra opinión coincide con la de la doctrina mayoritaria al entender que el bien jurídico principal que resulta objeto de protección en estos casos es el derecho a la intimidad aunque analizando, la legislación más moderna y las reformas introducidas en la LECrim por la reforma de 2015 así como el concepto moderno consolidado por la jurisprudencia más reciente al configurar la protección del entorno virtual del investigado, ampliando el concepto y entendiendo como bien jurídico protegido la privacidad al existir diferentes y muy variadas injerencias conectadas con el domicilio que se pueden producir mediante el uso de las nuevas tecnologías tal y como hemos puesto de manifiesto al analizar en este trabajo el contenido y la esfera objeto de protección en estos derechos.

¹⁵⁸ SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ; *El Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 16.

Además de los tipos ya indicados, nuestro Código Penal regula en el Título XXI (dentro de los delitos contra la constitución), en su Capítulo V de forma específica, dedicando la Sección 2.^a de este capítulo a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria, la doctrina entiende que en estos delitos existe además un abuso de las funciones conferidas al funcionario público o un mal entendimiento de las mismas, de forma que se añade la protección de un bien jurídico adicional, el de cumplir con la legalidad del funcionario público junto con las demás garantías contra la intimidad, resultando imprescindible al analizar la protección a estos derechos tener en cuenta la regulación del art. 534 CP., al castigar el código en este tipo a la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, y sin respetar las garantías constitucionales o legales entre en un domicilio sin el consentimiento del morador y registre los papeles o documentos de una persona o los efectos que se hallen en su domicilio, a no ser que el dueño haya prestado libremente su consentimiento. Se trata de delitos especiales, su aplicación exige requisitos especiales como lo es que medie la comisión de un delito, solo pueden ser cometidos por un funcionario o autoridad al perseguir la comisión de un delito. El propio tipo penal hace referencia a la infracción de las garantías constitucionales, es decir la falta de autorización judicial por medio de Auto o de algunos de los supuestos en que la constitución permite la entrada sin consentimiento del morador. En conclusión, dentro de la investigación penal, si los agentes entran en el domicilio del investigado sin auto habilitante están cometiendo este delito especial, castigado con penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años y no el genérico del art. 202 CP.

El código penal impone un límite que afecta directamente a la práctica por los agentes de la diligencia de registro, estableciendo que la autoridad o funcionario público que, con ocasión de lícito registro de papeles, documentos o efectos de una persona, cometa cualquier vejación injusta o daño innecesario en sus bienes, será castigado con las penas previstas para estos hechos, impuestas en su mitad superior, y, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años. También indica el precepto que existen límites en relación a la intervención de efectos castigando a los agentes si no devolviera al dueño, inmediatamente después del registro, los papeles, documentos y efectos registrados, las penas serán las de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años y multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderle por la

apropiación. Estos preceptos plenamente vigentes y aplicables, son especialmente importantes, tanto por venir regulados por nuestro código penal, como por ser situaciones que pueden darse precisamente en el contexto de la práctica de la diligencia de entrada y registro domiciliario que estamos analizando.

La elección de la intimidad como bien jurídico protegido tiene consecuencias importantes en la configuración penal para proteger estos delitos. Siguiendo en este razonamiento a Sanz Morán¹⁵⁹, es dudoso hablar de inviolabilidad domiciliaria (aunque lo recoja la rúbrica del título X de nuestro CP). Los auténticos delitos contra la inviolabilidad domiciliaria, en sentido estricto, son los previstos en los artículos 534 y ss CP. Coincidiendo con la opinión de este autor, para nosotros sería necesario separar el allanamiento de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio: éste es un derecho fundamental reprochable a la intervención del Estado, por tanto, frente a la entrada ilegítima del funcionario (art.534 CP) protegido en el art. 18.2 CE. El allanamiento, en cambio, protege la intimidad, (o la voluntad, si se quiere) de las personas físicas frente a la conducta de particulares (el 18.1 de la CE). En el presente trabajo el análisis principal debe dirigirse al art. 534 CP, infracciones penales que se puedan cometer cuando en la investigación se exceden los límites marcados por la ley para proteger los derechos de quienes resultan investigados en relación a la comisión de algún delito.

5. 2. El delito de allanamiento de morada.

Como hemos anticipado este delito no afectaría en principio a la inviolabilidad del domicilio sino a la intimidad del morador. Dispone el art. 202 de nuestro Código Penal que el particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Al examinar este delito, igual que los autores que hemos anticipado Morales Prats¹⁶⁰ y Quintero Olivares, distinguen entre la protección a la persona física y jurídica, señalando que el bien jurídico protegido por este delito es el

¹⁵⁹ SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ; *El Allanamiento de morada...* op cit,

¹⁶⁰ MORALES PRATS, FERMÍN y QUINTERO OLIVARES, GONZALO; *Manual Parte General del Derecho Penal*, 5ª edición, Aranzadi. 2015, pág. 124.

derecho a la intimidad de la morada que encontraría su acomodo constitucional no tanto en el art. 18.2 como en el 18.1 del texto constitucional, propugnando este bien jurídico común protección tanto en el tipo básico como en el tipo cualificado del art. 202 CP, diferenciando el concepto de morada del concepto más restringido de domicilio que es protegido en el caso de las personas jurídicas en el art. 203. No faltan autores que considera que el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y autores como Carbonell Mateu-González Cussac¹⁶¹ señalan que el bien jurídico protegido en el allanamiento de morada es la inviolabilidad del domicilio como una parte de la intimidad de las personas. De modo que hay amplitud y variedad de opiniones en lo que se refiere al bien jurídico protegido en estos delitos.

Al margen del bien jurídico protegido, el tipo básico contiene la acción del particular que, sin habitar en ella, penetra en la morada o se mantiene en ella contra la voluntad de su morador. El sujeto activo del delito puede serlo, tan sólo, un particular, cuando se trate de autoridad o funcionario público, el código regula los tipos especiales, que hemos visto, tanto en el art. 204 CP (delito especial impropio) como en el art. 534 CP (delito especial propio) y el sujeto pasivo contemplado es siempre el morador.

El concepto de morada, en el contexto del delito contra la inviolabilidad del domicilio tampoco es unánime, autores como Muñoz Conde¹⁶² entienden que abarca «el espacio cerrado o en parte abierto, separado del mundo exterior, que evidencia la voluntad del morador de excluir a terceras personas y que está destinado a actividades propias de la vida privada, propia o familiar» con lo que incluiría las dependencias de la misma, tales como, garajes o jardines, siempre y cuando estén directamente conectadas con la morada, esta opinión ha sido recogida por la doctrina jurisprudencial consolidada,

¹⁶¹ CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSE LUIS; «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio» en *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999., pág. 299.

¹⁶² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; *Derecho Penal. Parte Especial*op. cit., pág. 257; estas dependencias quedan fuera del concepto de domicilio constitucionalmente protegido. No obstante, reconoce que la jurisprudencia viene admitiendo el allanamiento de dependencias, con la sola condición de la comunicabilidad interior, al modo del robo cualificado, v. gr. sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1891, 27 de diciembre de 1899, 17 de noviembre de 1911, 25 de marzo de 1946 (referidas a corrales), y de 10 enero 1927 (relativa a un escritorio). No obstante, es evidente que no todas las dependencias de un edificio, pese a tratarse de lugares cerrados y existir comunicación interna con la morada, constituyen morada stricto sensu.

así en la STS del pleno de 15 de diciembre de 2016, los garajes tienen la consideración de casa habitada siempre que exista contigüidad con la vivienda, por tanto, la entrada en las dependencias de una morada, cuando las mismas están directamente conectadas con aquella sería también constitutivo de un delito de allanamiento de morada del art. 202, concurriendo los restantes elementos del tipo. Con independencia de los diferentes criterios que puedan seguir los diferentes autores, como ya hemos señalado al tratar el concepto de domicilio, la doctrina y la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo afirman con rotundidad que este espacio viene constituido por cualquier lugar separado del mundo exterior que sea apto para que la persona pueda desarrollar actividades propias de la vida privada, propia o familiar, resulta irrelevante el título en base al cual el morador ocupa la morada y prevalece, en caso de conflicto, la voluntad del efectivo morador.

Al analizar el tipo delictivo básico, debemos partir de que el mismo pivota sobre dos elementos nucleares de carácter alternativo: la conducta activa consistente en entrar en morada ajena contra la voluntad de su morador y la conducta omisiva consistente en mantenerse en morada ajena contra la voluntad del mismo. La entrada en la morada ajena supone, como ya adelantamos, la penetración corporal en la misma, siendo precisa, en cualquiera de los dos casos contemplados por el tipo, la voluntad contraria del morador. Esta voluntad contraria puede ser manifestada expresa o tácitamente, de suerte que, si existe voluntad acorde por parte del morador, ya sea a la entrada, ya al mantenimiento, no existirá allanamiento de morada.

Una cuestión interesante es la determinación de en qué casos concurrirá dicha voluntad contraria tácita, en este sentido, el Tribunal Supremo, admite la existencia de una presunción contraria al permiso mientras dicho permiso no se haya obtenido de forma expresa, pero el precepto exige la voluntad contraria del morador como elemento del tipo, de manera que necesariamente debe existir esa voluntad contraria, resulta necesaria la existencia de la voluntad contraria del morador, de manera que la misma sea expresa o manifiesta o bien se pueda inferir necesariamente de su actitud. En este sentido, algún autor llega a decir que «si se encuentra abierta una puerta lo natural será

que se pueda entrar, si no consta prohibición; en cambio, si la puerta está cerrada, deberá entenderse que hay oposición y por lo tanto no debe entrarse, si no hay permiso para ello»¹⁶³.

Señala Pellisé Prats ¹⁶⁴ que por entrada hay que entender, según el Diccionario de la Real Academia, «pasar de fuera a dentro», es decir, introducirse. Carbonell Mateu-González Cussac ¹⁶⁵ admite la consumación incluso con la penetración parcial del cuerpo, por ejemplo, la entrada de la cabeza a través de una ventana, justificando dicha conclusión en el hecho de que tendría lugar la violación de la intimidad del sujeto pasivo. Para Quintano Ripollés¹⁶⁶ la entrada parcial del cuerpo, con intromisiones como asomarse al alféizar de una ventana, o la intromisión de los brazos a través de las rejas o actos análogos, no son suficientes para integrar el delito de allanamiento de morada, al menos en cuanto delito consumado.

La entrada no corporal, por medio de aparatos, como por ejemplo teleobjetivos, parece atípica, tradicionalmente se consideraba atípica, sin embargo, ya hemos visto en el capítulo primero como la jurisprudencia reciente, a la hora de apreciar la legitimidad o no de la prueba obtenida en una investigación, ha reconocido la existencia de vulneración del derecho cuando se utilizan en la intromisión artefactos técnicos que proporcionan una ventaja que el morador no puede controlar. En cualquier caso, debemos reconocer que existen supuestos en el límite del derecho que son problemáticos y habrá que distinguir la interpretación efectuada para determinar si la

¹⁶³ La doctrina discute la necesidad de la punición expresa de la conducta omisiva, por cuanto la sanción de la misma podría reconducirse perfectamente al delito de coacciones.

¹⁶⁴ PELLISÉ PRATS, BUENAVENTURA; *Nueva enciclopedia jurídica*..... op. cit., pág. 620.

¹⁶⁵ CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSE LUIS; *Derecho Penal. Parte Especial*..... op. cit., pág. 300.

¹⁶⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO; *Compendio de derecho penal. Parte especial*. Editoriales de Derecho Reunidas.1958, pág. 973

conducta es delictiva o si se trata de resolver sobre la legalidad al obtener un medio de prueba.

Por otra parte, como ya hemos examinado, en caso de varios titulares del derecho, es decir varios moradores, puede plantearse con facilidad conflicto entre los titulares a la hora de permitir unos y prohibir otros la entrada, cuestionándose, en última instancia, a quién pertenece el derecho o quién está, en última instancia legitimado para permitir o prohibir la entrada. Autores como Jorge Barreiro¹⁶⁷, examinan la existencia de una relación jerarquizada, como acontece en los establecimientos o lugares de trabajo, entendiéndose que en este caso debe prevalecer la opinión del director o mando. La opinión de Binding¹⁶⁸, como sabemos es que él que prohíbe es de mejor derecho, de suerte que en el caso de que un cotitular permita la entrada y otro la niegue, prevalecerá la voluntad del que niega¹⁶⁹, esta posición sería la más acorde con la interpretación de los derechos fundamentales largamente consolidada tal y como hemos expuesto en el primer capítulo, pues cuando se trata de la defensa de un derecho fundamental hay que conceder la opción más amplia de protección extendiendo el derecho en su máxima amplitud.

Ahora bien, a la hora de analizar los supuestos de entrada cuando uno permite la entrada pese a que otro la prohíbe, para valorar la existencia de un allanamiento de morada se debe exigir que la negativa del titular tenga como base, no un mero capricho personal, sino la violación real, efectiva y clara de su derecho a la intimidad como consecuencia de la entrada en el domicilio, manifestada por una actitud firme y decidida por parte del morador, evidenciando su voluntad de impedir la entrada, siendo que esa

¹⁶⁷ JORGE BARREIRO, AGUSTÍN.: *El allanamiento de morada*, Tecnos, Madrid.1987.Pág77

¹⁶⁸ RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARÍA: *Derecho Penal. Parte Especial* op. cit., pág. 324, se remite a BINDING, en su *Lehrbuch*, I (1902): «*melior est conditio prohibentis*».

¹⁶⁹ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1980.

negativa será determinante de cara a su eventual exculpación o la disminución de su responsabilidad penal. Por último, como señala Muñoz Conde¹⁷⁰, la voluntad viciada por el engaño debe estimarse como contraria y la entrada como allanamiento¹⁷¹.

El tipo cualificado del delito, se contempla en el número 2 del art. 202. En este precepto cuando un particular, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, mediando violencia o intimidación. Si la violencia o intimidación no son empleadas como medio para entrar o mantenerse en la morada, no entrará en juego el tipo cualificado, sin perjuicio del castigo de la citada violencia o intimidación de concurrir algún tipo penal diferente al aquí analizado. Para Serrano Gómez¹⁷² será habitual encontramos con un concurso de leyes con el delito de coacciones, pero es evidente que vendrá en aplicación el art. 202.2 por tratarse de una ley especial. Se trata un delito esencialmente doloso, exigiendo que la acción tenga lugar con conocimiento por parte del sujeto activo de que se entra o permanece en morada ajena contra la voluntad de su titular. También puede ser admisible, la presencia de error, que podrá ser tanto de tipo como de prohibición si se cumplen los presupuestos necesarios para ello.

Teniendo en cuenta la regulación del error en nuestro código, resulta que, en el primero de estos casos, si se trata por ejemplo del error sobre el carácter de «morada ajena», (un sujeto entra un domicilio, pero se equivoca de número y entra en el de al lado) al tratarse de un error de tipo invencible, el comportamiento devendría impune, dado que no existe modalidad imprudente de este delito. Sin embargo, los supuestos de error de prohibición vencible darán lugar a la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados, conforme contempla el art. 14.3 del Código Penal.

¹⁷⁰ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; *Derecho Penal. Parte Especial*op. cit., pág. 259.

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1988.

¹⁷² SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; *Derecho penal parte especial.*, Dykinson, 2009., pág. 257.

Como hemos anticipado, a pesar de que en el Código Penal vigente no contiene un precepto¹⁷³ como el art. 491 del Código Penal anterior (Texto Refundido de 1973)¹⁶⁸, y al que ya nos hemos referido, como supuesto de estado de necesidad específico, nuestro Código Penal vigente contempla el estado de necesidad genérico en el tipo previsto el art. 20 CP ¹⁷⁴, de manera que cabe la posibilidad de que concurra esta causa de justificación que determine el carácter no antijurídico del comportamiento del sujeto. En este sentido, como señala Muñoz Conde¹⁷⁵, cabría la justificación de la entrada en un domicilio ajeno para evitar un mal grave para sí mismo¹⁷⁶, a los moradores o a un tercero, o hacerlo para prestar algún servicio humanitario o a la Justicia, debiendo proceder, en cualquier caso, a una ponderación de los intereses en conflicto y a la comprobación de hasta qué punto la acción emprendida es la forma adecuada de solucionar el conflicto.

¹⁷³ El art. 491 del derogado Código Penal, que disponía que no vendría en aplicación el art. 490 al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio humanitario o a la Justicia, ha sido considerado innecesario por múltiples autores. Serrano Gómez y en el mismo sentido Quintano Ripollés, «Comentarios...», op. cit., págs. 357 y ss., para quien el art. 491 no es sino la resolución normal de un caso de estado de necesidad; en el mismo sentido SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *Derecho Penal Español*, Ed. Reus, Madrid, 1942, t. II, pág. 312; en el mismo sentido PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal*, Barcelona, 1946, t. II, pág. 476.

¹⁷⁴ Dispone este precepto que: «Art. 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».

¹⁷⁵ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; *Derecho Penal. Parte Especial*op. cit., pág. 260.

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, JOSE MARÍA; *Derecho Penal. Parte Especial* op. cit., pág. 325 admite la exclusión de la antijuridicidad por penetrar en la vivienda en ejercicio de legítima defensa.

Respecto a la consumación, el delito se consuma con la penetración instantánea en la morada o con la permanencia en la misma desobedeciendo la orden de salida durante un tiempo prudencial, si transcurre el tiempo necesario para salir de la vivienda y esto no se produce contra la voluntad de su morador, siendo admisibles, al menos teóricamente, formas imperfectas de ejecución. Es admisible la hipótesis de considerar al mismo como un delito permanente si la situación antijurídica se prolonga en el tiempo por voluntad del sujeto activo, que, por ejemplo, no abandona la morada durante determinado período temporal.

En cuanto a la tentativa, resulta complicado imaginar formas imperfectas de ejecución, sin embargo Serrano Gómez ¹⁷⁷, se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1989 que estimó concurrente una tentativa de allanamiento de morada en un supuesto en el que el sujeto activo con intención de entrar en la vivienda de su antigua amante --quien se negaba a abrirle la puerta-- derribó la misma con una patada, sin llegar a penetrar en la casa y Quintano Ripollés, cita la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1873, en un caso en el que se estimó la tentativa de allanamiento de morada, consintiendo la acción consistente en llamar ruidosamente a la puerta con amenazas de derribarla sin no se le abría y al caso. Un supuesto más frecuente también de tentativa, es aquel en que se intenta engañar al morador para que abra y permita acceder a la vivienda, sin conseguirlo. Por ejemplo, cuando el sujeto activo se hace pasar por Guardia Civil o policía para lograr que le abran la puerta, pero se descubre el engaño, o caos en que se intenta violentamente derribar la puerta sin conseguirlo.

En cuanto, al concurso, este delito aparece habitualmente formando un delito complejo con otros delitos, como el robo con fuerza en las cosas, de suerte que, en estos casos, como señala Muñoz Conde, pierde su sustantividad, que se recobra si el sujeto activo desiste voluntariamente del delito fin, y ello en la medida de lo dispuesto en el art. 16.2 del Código Penal. Cabe también, por aplicación de las reglas del concurso de leyes que se castigue por el delito de allanamiento de morada, si éste delito es más grave que el que se pretendía cometer y se pueden dar supuestos de concurso real o medial entre el delito de allanamiento de morada y otros, como lesiones, agresiones sexuales, etc.

¹⁷⁷ SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; *Derecho penal parte especial.*, Dykinson, 2009., pág. 257.

5.3. El allanamiento del domicilio de personas jurídicas.

Es preciso tener en cuenta, que cuando se trata de las personas jurídicas. El TC reconoce¹⁷⁸ la inviolabilidad de su domicilio, no se puede hablar de su intimidad, pero si de la existencia de espacios reservados frente a terceros que permiten el ejercicio de la actividad que sea propia de la persona jurídica, así como la necesidad de proteger la intimidad de las personas físicas que integran la persona jurídica y desarrollan en ella aspectos de su vida privada. Señalan algunos autores ¹⁷⁹, que en los supuestos contemplados por nuestro CP, al castigar estos delitos, si bien el sujeto pasivo no habita en los lugar que es objeto de protección, ejerce en el gran parte de su vida, y guarda innumerables efectos que desvelan aspectos de su personalidad o incluso secretos, siendo en definitiva susceptibles de conformar la intimidad de las personas en su aspecto de inviolabilidad del domicilio.

En este sentido, el art. 203 del Código Penal señala que será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura¹⁸⁰ y con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público. El art. 203 presenta un tipo básico, en el número 1, y un tipo cualificado en el número 3, referidos ambos, como vemos, a un concepto amplio del espacio destinado al desarrollo de las actividades profesionales.

¹⁷⁸ Sirve de referencia STC 137/1985 de 17 de octubre

¹⁷⁹ CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC; *Derecho Penal. Parte Especial*..... op. cit., pág. 303.

¹⁸⁰ SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; *Derecho penal parte*op. cit., pág. 260, la referencia a «fuera de las horas de apertura» no ha de entenderse referida tanto al hecho objetivo de que la entrada tenga lugar fuera de las horas en que administrativamente el local en cuestión podría permanecer abierto al público, como al hecho de que, efectivamente, en ese momento, el local no esté abierto al público. De manera que no se comete el delito con la entrada, contra la voluntad del titular, aún cuando objetivamente la misma tenga lugar fuera de las horas de apertura oficialmente establecidas, siempre que el local en cuestión, con infracción de aquella normativa, se encuentre efectivamente abierto al público.

El tipo básico consiste en la entrada, contra la voluntad del titular, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura. A diferencia de lo que sucedía con el tipo básico cuando se trata de una persona física, en este caso la conducta consistente en mantenerse contra la voluntad del titular, si la entrada se produce fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público. En ambos casos se castiga la entrada y la permanencia, si bien la diferencia es que en el art. 203, la permanencia tiene menos pena.

Hasta el año 2015 era una conducta tipificada como falta, pero actualmente tras la reforma¹⁸¹ operada en el código penal al suprimir las faltas recogidas tradicionalmente en el libro III, se suprimieron infracciones penales que no quedaron recogidas como delito leve, destipificando en el código algunas conductas, entre ellas, la antigua falta tipificada en el art. 635CP. Por tanto, la entrada en dichos lugares, dentro de las horas de apertura al público, aun contra la voluntad del titular, resulta atípica y por ende, impune, ya que resulta imposible atentar contra la intimidad de la persona en cuestión, cuando el lugar está abierto al público dentro de las horas de apertura, siendo irrelevante a estos efectos la reserva del derecho de admisión. El tipo cualificado consiste en entrar o mantenerse contra la voluntad del titular en el domicilio de una persona jurídica, pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público, mediando violencia o intimidación.

La reforma¹⁸² del año 2015 añade un supuesto más en el apartado 2 del art 203 al castigar con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona Jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

¹⁸¹ El libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dedicado a las faltas y sus penas, en quedo derogado por la disposición derogatoria única.1 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁸² En el art. 203 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se enumera el apartado 2 como 3 y se añade un 2 por el art. único.111 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Por otra parte, en relación con la ejecución de actos administrativos y labores de control e inspección de los agentes de la Administración, el art. 91.2 LOPJ 6/1988, de 13 de julio, Ley Orgánica del Poder Judicial, establece con nítida claridad, que corresponde a los Juzgados de lo contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración, siendo predicable ello tanto para los supuestos de domicilios de personas físicas como de personas jurídicas.

5.4 El allanamiento cometido por la autoridad o funcionario público.

El código castiga especialmente a la autoridad o funcionario público, como podría ser el agente de policía que allana la morada ajena, en el tipo previsto en el art. 204 del Código Penal se establece un tipo cualificado por razón del sujeto activo del delito, al castigar con la pena prevista respectivamente en los mismos, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquier allanamiento de los descritos en los dos artículos anteriores, en este precepto se contempla como supuesto, un delito especial impropio, en el que la actuación del funcionario o autoridad sea una actuación similar a la de un particular, prevaleciéndose de la función pública¹⁸³. Se trataría de una conducta pluriofensiva, lesionando no sólo la inviolabilidad domiciliaria sino también la legalidad y el especial cumplimiento de la ley que conlleva el ejercicio de la función pública.

¹⁸³ Para SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; *Derecho penal parte* op. cit., pág. 261, se podría haber prescindido perfectamente de este precepto, toda vez que con la agravante 7.^a del art. 22 sería suficiente.

No obstante cuando se trate de una extralimitación que tiene lugar con ocasión de la investigación de un delito, el tipo que entrará en juego no será el del art. 204 del Código Penal, sino el del art. 534.1.1.º repasamos en el siguiente epígrafe. En relación al estudio de la inviolabilidad del domicilio que estamos efectuando, no hay diferencia con lo ya expuesto, la diferencia es la condición especial que tiene sujeto activo de la conducta, pues se trata de un funcionario público, y supone una pena superior que lleva aparejada inhabilitación por ser doble la lesión del bien jurídico protegido. Precisamente este delito es el que se comete en aquellos casos en que el agente de la autoridad en el marco de una investigación y sin la procedente autorización judicial, accede a una morada ajena en busca de evidencias o efectos sin contar con ningún tipo de autorización judicial ni causa legal que le habilite para ello.

5.5. Delitos contra la inviolabilidad del domicilio, mediando causa penal.

El tipo que más nos interesa por su incidencia en relación con el registro domiciliario es el previsto en el art. 534 que contempla tres posibles delitos en que puede incurrir la autoridad o funcionario público que en el curso de una investigación penal por delito no respete las garantías constitucionales o legales. Estos tipos castigan la entrada en el domicilio sin habilitación, así como los posibles excesos que pudieran darse durante la práctica del registro domiciliario.

El bien jurídico protegido en todas las infracciones contenidas en el art. 534 es el respeto de las garantías constitucionales o legales por parte de la autoridad o funcionario público. Se trata, en definitiva, y como hemos señalado, de un delito especial propio, que sólo comprende como posibles sujetos activos a los funcionarios o autoridades relacionadas con la Administración de Justicia criminal, no a cualquier otro funcionario o autoridad ¹⁸⁴, ello porque se establece como presupuesto el hecho de mediar causa por delito, es decir se castiga al funcionario o autoridad que en la investigación criminal practica la entrada y registro del domicilio de la persona investigada sin la pertinente autorización judicial.

¹⁸⁴ SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; *Derecho penal parte*op. cit., pág. 913.

En primer lugar, el CP, castiga con las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, y sin respetar las garantías constitucionales o legales allana morada ajena. Debemos recordar en este punto todo lo dicho anteriormente respecto al concepto de morada ajena a efectos de su protección penal. El art. 18.2 CE limita las posibilidades a la existencia del consentimiento del titular, o en caso contrario a la existencia de la preceptiva autorización judicial, salvo en los casos de flagrante delito, si bien también hemos visto como existen excepciones derivadas de los estados de excepción y de sitio, así como con relación a la investigación relativa a bandas armadas o elementos terroristas, o por la concurrencia de un estado de necesidad justificante.

Nuestro CP no se limita a sancionar la entrada por parte de la autoridad o funcionario público, en causa por delito, en un domicilio sin respeto a las garantías constitucionales, sino que también sanciona al que tiene lugar cuando no se respeten las garantías legales, por lo que hay que tener en cuenta, todas las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la conducta del funcionario que pretenda evadirlas podría ser castigada como delito. La conducta aquí tipificada, consiste estrictamente en la entrada, no se contempla el mantenimiento contra la voluntad del titular. De ello hay que deducir que el legislador no ha querido dispensar un tratamiento uniforme a ambos comportamientos, por lo que la conducta del funcionario o autoridad que en causa criminal por delito haya entrado lícitamente en el domicilio de una persona y luego se mantenga en su interior contra la voluntad del titular será castigado en el tipo del art. 542.

En segundo lugar, está la previsión contemplada en el número 2.º del apartado 1 del art. 534, que castiga a la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito y sin respetar las garantías constitucionales o legales registre los papeles o documentos de una persona o los efectos que se hallen en su domicilio, a no ser que el dueño haya prestado libre e inequívocamente su consentimiento ¹⁸⁵.

¹⁸⁵ PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO; *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, t. II*, COBO DEL ROSAL (Director.), pág. 799, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado con reiteración que la «renuncia a un derecho garantizado por el Convenio debe probarse inequívocamente» (caso Neumeister, de 7 de mayo de 1974; caso Colozza, de 12 de febrero de 1985).

Si no devolviera al dueño, inmediatamente después del registro, los papeles, documentos y efectos registrados, las penas serán las de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años y multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderle por la apropiación. Tal y como hemos argumentado para el precepto anterior, en este caso sucede lo mismo, parece clara la diferenciación entre el acto de entrada y el registro que se tipifican aquí por separado por el código penal, aun cuando en muchos casos se trate de actos que se producen simultáneamente.

Debemos remitirnos aquí a lo ya expuesto respecto a la existencia o no el consentimiento válidamente prestado por el titular¹⁸⁶, pues existe una presunción de intimidación implícita por la situación prevalente en que se encuentra el funcionario respecto al particular en su domicilio, señalan algunos autores¹⁸⁷, que el titular del domicilio debe conocer que puede oponerse a la entrada del agente en el domicilio sin la pertinente autorización judicial, de ahí que quien solicita el permiso debe instruir a la persona a quien se lo pide que no está obligada a concederlo. La apropiación o sustracción de efectos que se encuentren en el domicilio, sin cumplir las garantías constitucionales podrá dar lugar, al amparo de la previsión del último párrafo del presente número, a un delito de robo si se empleare violencia o intimidación, o a un delito o falta de apropiación indebida, dependiendo del valor de lo sustraído, que resultarán punibles independientemente del castigo del art. 534.1.2.º, en concurso real siempre y cuando exista el ánimo de lucro o apropiación de los mismos. En el caso de que el ánimo que guíe al agente sea la de la aportación de los mismos a la causa criminal no existirá delito contra el patrimonio.

¹⁸⁶ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; *Derecho Penal. Parte Especial*op. cit., pág. 827.

¹⁸⁷ SERRANO GOMEZ, ALFONSO; *Derecho penal parte*op. cit., pág. 915.

El art. 534 CP., en su número 2 contempla también una previsión importante a la hora de llevar a cabo la diligencia de entrada y registro acordada por el correspondiente auto habilitante, pues establece que aunque la entrada sea legítima, se castigará a la autoridad o funcionario público que, con ocasión de lícito registro de papeles, documentos o efectos de una persona, cometa cualquier vejación injusta o daño innecesario en sus bienes, será castigado con las penas previstas para estos hechos, impuestas en su mitad superior, y, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años». Este precepto actúa como límite en la práctica de la diligencia de registro domiciliario, para evitar excesos e impedir que la entrada pueda ser utilizada por los agentes para castigar o presionar al investigado, causando en sus bienes daños innecesarios al practicar y registrar los efectos en busca de pruebas.

Por vejación ha de entenderse cualquier maltrato o humillación de obra o de palabra, de suerte que, si dicho maltrato de obra o de palabra o los daños causados son constitutivos de un delito, nos encontraremos en presencia de un concurso ideal de delitos, o incluso ante un concurso real, dependiendo de la índole de los mismos y de las circunstancias en que se hayan producido las vejaciones y los daños. Debemos aquí adelantar para este supuesto la importancia y la necesidad de asistencia letrada al investigado durante la práctica del registro siempre que el investigado lo solicita y en todo caso cuando el investigado se encuentra detenido, cuestión que analizaremos detalladamente en el siguiente capítulo.

6. La inviolabilidad del domicilio virtual del investigado y la diligencia de entrada y registro.

En el presente estudio partimos del derecho a la inviolabilidad del domicilio, como aquel que tiene por objeto proteger un ámbito de privacidad proyectado sobre un determinado espacio físico, la morada, cuyo titular se reserva y excluye del conocimiento ajeno, salvo que medie el consentimiento o la correspondiente autorización judicial. Así se define de forma clásica, entre otros, como hemos visto, por el Tribunal Constitucional. Pero esta visión tradicional del concepto, en nuestra opinión, requiere una interpretación moderna del concepto de domicilio, incluyendo la perspectiva aportada por los avances tecnológicos y la aparición de las TIC.

Como consecuencia de la globalización del comercio y las comunicaciones, es indudable la existencia dentro del domicilio de equipos informáticos que permiten acceder a información localizada físicamente en cualquier parte del mundo, la conexión a través de internet desde el domicilio de alguna forma se combina con la protección que su inviolabilidad brinda al titular de este derecho y le permite acceder a cantidades masivas de datos guardados en el propio domicilio o en servidores localizados en cualquier en el otro extremo del mundo. Esto ofrece una nueva perspectiva del domicilio y de los efectos que se pueden intervenir durante un registro en relación a un delito: todo tipo de documentos digitales y una amplia variedad de información diversa a la que el accede el titular por medio de la IP correspondiente, dejando su huella digital localizada en el domicilio registrado. Una dirección IP podría ser cualquier combinación dentro de los millones de combinaciones que se pueden generar con esta numeración, la compañía que proporciona e instala el acceso a internet dispone del número correspondiente de IP y su localización, por lo tanto, será conocedora del domicilio o el lugar donde se produce la conexión pudiendo poner en relación una dirección de IP con un domicilio.

Si dentro del domicilio existen varios equipos y una red propia de conexión será posible conocer desde cual se ha efectuado la conexión, de modo que, en función de la IP, indudablemente unida al concepto del domicilio, podríamos hablar de domicilio virtual asociado a un lugar físico que refleja una información decisiva para la investigación y para las fuentes de pruebas que pudieran ser halladas en la causa criminal. Nuestra vigente Ley de enjuiciamiento Criminal, en su última reforma ha previsto la existencia de estos equipos y conexiones, durante una entrada y registro domiciliario, señalando que la simple incautación de cualquiera de estos dispositivos, durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente.

La nueva regulación permite incluso realizar registros remotos, una entrada y registro virtual, sin necesidad de acceder al domicilio físico, al establecer el artículo 588 septies a). de nuestra LECrim, que el juez competente podrá autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento del titular o usuario mismo, el contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema

informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos y su base de datos, pero debemos tener en cuenta que solo existe esta posibilidad cuando se trata de determinados delitos, concretamente cuando se trata de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos de terrorismo, delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa, a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación, por lo tanto, en el resto de delitos será necesario acceder al domicilio físico para poder acceder a dicha información a través de los equipos que se hayan en el domicilio y en su caso a través de la conexión por medio de la IP correspondiente accediendo a los mismos o al servidor en que la información pudiera estar almacenada.

Hoy en día debemos ser conscientes de la importancia de la información que se puede intervenir en estos equipos y debemos plantearnos que la conexión a internet permite acceder a información almacenada fuera del domicilio, en servidores externos, existiendo el riesgo inherente de que dicha información pueda ser modificada desde otros equipos también conectados al servidor externo desde otro domicilio diferente, por terceras personas todavía ajenas a la investigación durante la práctica del registro, alterando o borrando el contenido que pudiera hallarse en los equipos de almacenamiento masivo de datos. Ello hace necesario que, al comenzar la entrada y el registro domiciliario se desconecten los equipos que se encuentran en el domicilio o se pongan en modo vuelo, para garantizar que la información contenida en los discos duros no sea modificada o borrada, será imprescindible apagar y desconectar de la red los equipos al comenzar el registro domiciliario y poner los teléfonos móviles en modo vuelo, este debería ser el primer paso una vez se haya asegurado la vivienda para practicar la entrada. Sin embargo, esto supone al mismo tiempo la imposibilidad de acceder a la información contenida en servidores externos, al menos en ese primer momento, resultando complicado garantizar ambas finalidades durante la práctica de la diligencia y siendo que ambas pueden ser importantes para la investigación, al facilitar a los agentes la averiguación las circunstancias del delito, de sus autores y la creación, conservación y recogida de fuentes de prueba.

En estos casos una infracción de lo establecido en los arts. 18.1 y 18.3 CE (derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones), derivaría en una afectación del derecho a un proceso con todas las garantías y la nulidad de una de estas pruebas

arrastraría la invalidez de las posteriores que traen causa de aquélla. Consolidadas Sentencias del Tribunal Supremo como la STS 786/2015, de 4 de diciembre han abordado este asunto en que se pueden plantear diversas circunstancias, por ejemplo, en relación al acceso a mensajes contenidos en correos electrónicos ya recibidos y guardados en el correspondiente archivo dentro de un equipo informático, poniendo de relieve que en el ordenador coexisten de forma indudable, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos cuyo contenido también puede albergar, normalmente albergará- información íntimamente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, las irregularidades que pudieran afectar a la entrada y registro afectarán también como luego veremos a la validez de las pruebas que pudieran obtenerse de los equipos intervenidos.

La STS 786/2015, de 4 de diciembre es especialmente relevante por ser una de las primeras en aplicar el nuevo régimen legal. En ella, como luego examinaremos en profundidad, la sala segunda reconoce la necesidad de que exista una resolución jurisdiccional habilitante para la invasión del derecho al entorno digital de todo investigado, además esta resolución ha de tener un contenido propio, explicativo de las razones por las que, además de la inviolabilidad domiciliaria, se alza la intimidad reflejada en el ordenador.

No se admite el sacrificio de los derechos proclamados en los apartados 3 y 4 del art. 18 de la CE a partir de una legitimación derivada, de suerte que lo que justifica un sacrificio se pueda ampliar hasta validar implícitamente otra restricción. Esta idea tiene ya un reflejo normativo en el art. 588 sexies a) 1º de la LECrim , según el cual "cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos". Además añade el apartado 2º del mismo precepto que "la simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio

de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente", existiendo diferentes supuestos que analizaremos más adelante.

El legislador pretende con la nueva regulación, es que el Juez de instrucción exteriorice de forma fiscalizable las razones que justifican la intromisión en cada uno de los distintos espacios de exclusión que el ciudadano define frente a terceros. No venía siendo este el criterio anterior, así numerosas resoluciones de las que puede servir de ejemplo la STS 691/2009, hacían extensiva la habilitación judicial concedida para la intromisión domiciliaria a la aprehensión de todos aquellos soportes de información que pudieran encontrarse en el interior de la vivienda.

La doctrina moderna y los nuevos preceptos introducidos en la ley impiden considerar que el acceso a estos equipos o su contenido está legitimado por la autorización general para registrar el domicilio, otorgada por el Juez a los agentes para entrar y registrar el domicilio. Parece indudable que el legislador establece la restricción constitucional de cada uno de los derechos afectados para que sea ponderada individualmente por el órgano jurisdiccional, que ha de exteriorizar y motivar las razones de su sacrificio. Si bien desde el punto de vista formal, no existe ningún obstáculo para que sea una misma resolución la que incorpore el juicio ponderativo del que derivar la legitimidad del sacrificio de los distintos derechos afectados no siendo imprescindible dos autos diferentes para ello.

La jurisprudencia consolidada establece que, no siempre que hay afectación de un derecho fundamental es ineludible una habilitación jurisdiccional, sirva de ejemplo la STS 777/2013, de 7 de octubre, plantea la cuestión de forma explicativa y responde directamente a una cuestión concreta, la necesidad o no de que toda medida que afecte o pueda afectar a un derecho fundamental sea siempre acordada por un Juez, entendiendo la mencionada sentencia que la respuesta no puede ser rotundamente afirmativa, por más que en ocasiones se puedan encontrar aseveraciones en ese sentido. Indudablemente habrá casos en que puede intervenir la Policía de propia autoridad, si concurre un consentimiento libre (por ejemplo, en una exploración radiológica cuando existen indicios de un delito contra la salud pública), no será necesario la autorización judicial habilitante, incluso podrá actuar coactivamente la policía o la Guardia civil realizando cacheos externos. No puede proclamarse el monopolio jurisdiccional como indispensable en toda afectación de un derecho fundamental, la detención policial es

igualmente prueba clara de ello, las fuerzas y cuerpos de seguridad pueden y deben proceder a la detención de una persona cuando se dan los supuestos previstos en la ley para ello. El requisito general de autorización judicial previa, no solo queda excepcionado cuando la ley autorice a la policía expresamente a una actuación concreta, hay actuaciones como la toma de huellas dactilares según STS de 12 de abril de 1992, que son admisibles sin necesidad de una previa validación judicial ni de una ley específica habilitante.

Aunque no siempre que hay afectación de un derecho fundamental es ineludible una habilitación jurisdiccional, de la regulación y la doctrina expuesta se deduce que, será necesaria la previa autorización judicial cuando la Constitución o las Leyes así lo exijan, y en lo que respecta a nuestro objeto de estudio la entrada y registro domiciliario y el acceso a equipos informáticos resulta que la ley así lo exige expresamente, pues como hemos dicho la reforma efectuada por el legislador en 2015 y la interpretación efectuada al respecto por el Tribunal Supremo, dejan claro que en el momento actual será necesario una resolución judicial expresa e independiente de aquella que acuerda la entrada y registro en el domicilio, que permita acceder a información de cualquier tipo que se pueda guardar o contener en los equipos o soportes informáticos de cualquier tipo que pudieren ser intervenidos en el registro domiciliario, en caso contrario si se accede sin la preceptiva habilitación judicial se estará vulnerando el derecho fundamental.

Cabe preguntarnos llegados a este punto, si en caso de flagrante delito por aplicación de lo previsto en el artículo 18 CE se podrá acceder a los equipos informáticos que se hallan en el domicilio, en nuestra opinión si se da este supuesto siguiendo la argumentación utilizada por la sala, parece que si el auto habilitante extiende la autorización a entrar en el domicilio cuando hay motivos para ello permitiendo acceder a los equipos, la existencia de evitar el delito flagrante también debería extender la habilitación además de para acceder al domicilio para poder acceder al contenido de los equipos que se encuentran en él cuando fuera necesario para evitar un delito flagrante.

Por otra parte, la intervención de los dispositivos de almacenamiento masivo en un registro domiciliario, además afectar al derecho a la intimidad del art. 18.1 CE e, incluso, al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) podría vulnerar el

derecho a la autodeterminación informativa del art. 18.4 CE. Esta diligencia de investigación, que practica la intervención de equipos de almacenamiento masivo de datos, resulta ser la que más afcción provoca en los datos de carácter personal, puesto que se accede a dispositivos electrónicos donde se contiene una enorme cantidad de datos personales protegidos por el art. 18.4 CE. Ya desde la Sentencia del TS 342/2013, de 17 de abril, F. J. 8, se pone de manifiesto esta circunstancia y la necesidad de autorización judicial habilitante que justifique el sacrificio del titular del dispositivo a la protección de sus datos personales.

Por ello la doctrina¹⁸⁸ se empieza a cuestionar la repercusión que pueda tener en el proceso penal la vulneración del derecho a la protección de los datos personales del sujeto investigado. De esta manera, se ponen de manifiesto las consecuencias que en el proceso penal debe tener la obtención de manera ilícita de datos personales del investigado a los efectos de la valoración de la prueba. Así, sobre las consecuencias jurídicas del tratamiento ilegal de datos personales del imputado «obtenidos con motivo de una investigación penal anterior e incluidos en una base de datos para su utilización en otros procesos penales». Incluso, se podría ir más allá cuestionando el tratamiento jurisdiccional que se otorga a los datos personales en el período que transcurre entre la obtención y la celebración del juicio oral. Parece que la doctrina se empieza a plantear

¹⁸⁸ GUTIERREZ ZARZA, ÁNGELES; «La protección de datos personales como derecho fundamental del imputado, ¿también en el ámbito del proceso penal?», *La Ley penal*, núm. 71, mayo 2010, Protección de Datos en el Proceso Penal, p. 4, que entiende que la protección de los datos personales debe formar parte del conjunto de principios y derechos del proceso penal.

desde esta perspectiva la necesidad de garantizar la integridad de los datos durante la toda la tramitación del proceso penal¹⁸⁹.

Podemos decir que, no existe aún pronunciamiento jurisprudencial claro sobre las consecuencias de la valoración de la prueba, cuando la misma se obtiene vulnerando este derecho de protección de datos de carácter personal. En las sentencias que hemos analizado, como la STS 342/2013 o STS 777/2013 en que se trata la posible ilicitud a efectos probatorios se contempla de manera unitaria, sea cual sea el formato en que los datos se contengan, y se opta por la necesidad de protección del derecho al entorno virtual o digital al considerarlo con un plus de protección mayor que si se contemplan de manera unitaria los derechos fundamentales contenidos en el art. 18 CE. Pero, el acceso, a efectos probatorios, de los datos personales en el entorno virtual, que revelan el perfil personal del investigado, se va a convertir en uno de los retos que deberán afrontarse próximamente desde el ámbito de las garantías procesales.

¹⁸⁹ DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN; «Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015», *Diario La Ley*, núm. 8693, Sección doctrina, 2 de febrero de 2016, pág. 3, destaca el problema de la manipulación de los datos: «los datos pueden ser fácilmente modificados, sobre-escritos o borrados, lo que determina un peligro evidente de manipulación de las pruebas. De esta forma resulta necesario utilizar técnicas que permitan obtener dichos datos y garantizar su autenticidad e integridad durante la tramitación del proceso (cadena de custodia).» Las consecuencias en el proceso penal de los datos personales obtenidos violentando este derecho fundamental también lo pone de relieve FRÍAS MARTÍNEZ, Emilio, «Protección y tratamiento de datos personales por el Ministerio Fiscal», *La Ley penal*, núm. 71, mayo 2010, Protección de datos en el proceso penal, p. 7, quien no duda de la ilicitud de la prueba así obtenida: «Al elevar la protección de los datos de carácter personal a la categoría de derecho fundamental, la ilicitud en la obtención de los mismos tendrá consecuencias directas en la consideración de su valor probatorio, pues indudablemente los datos que hayan sido obtenidos con quebranto del derecho fundamental no podrán ser valorados para desvirtuar la presunción de inocencia».

CAPÍTULO III

LA PRÁCTICA DE LA DILIGENCIA DE REGISTRO DOMICILIARIO

1. Supuestos en que está permitida la entrada y el registro domiciliario

La protección constitucional del domicilio, como hemos analizado en los epígrafes anteriores de este trabajo, defiende los ámbitos en los que normalmente se desarrolla la vida privada de la persona. Existe un nexo evidente entre la norma que prohíbe la entrada y el registro del domicilio -art. 18.2 de la Constitución- y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad en el art. 18.1. El Tribunal Constitucional viene afirmando que la inviolabilidad del domicilio, así como los demás derechos fundamentales consagrados en el art. 18, son manifestaciones concretas de la intimidad y la vida privada sintetizando incluso en ocasiones ambos derechos en la expresión «derecho a la intimidad domiciliaria».

Nuestra Constitución¹⁹⁰, igual que las modernas de nuestra época, no se limita, como sucedía con los primeros textos constitucionales a establecer una mera garantía legal sin imponer límites materiales, sino que determina los supuestos que se exceptúan a la necesidad de autorizar la entrada y el registro domiciliario. En la investigación de causas y procedimientos criminales, es necesario determinar con exactitud el sentido y la dirección de estas limitaciones, para impedir que a través de lo que formalmente se presenta como garantía del Estado democrático se desvirtúe su práctica en favor de la sociedad autoritaria¹⁹¹, la limitación supone la existencia imprescindible de una investigación penal cuya finalidad será siempre esclarecer un delito con una serie de garantías esenciales que corresponden al investigado.

¹⁹⁰ Constitución Española art.18. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

¹⁹¹ MORILLAS CUEVAS, LORENZO; «El art. 20 de la CE y los delitos de desacato», *ADP*, 1981, pág. 334.

La primera posibilidad que vamos a analizar es el registro domiciliario con consentimiento del morador. En este supuesto parece evidente que el consentimiento debe prestarlo «el titular», pero como ya vimos al examinar la naturaleza del derecho a la inviolabilidad del domicilio, el término morador no es equivalente al de dueño, sino a quien habita en el domicilio por virtud de título legítimo¹⁹². Es un caso habitual en la práctica la existencia de una pluralidad de moradores, de forma que todos y cada uno de ellos serían titulares del domicilio, estando legitimados, si son mayores de edad, por cumplir los requisitos necesarios para autorizar la entrada al domicilio. La autorización de uno de ellos por si sola excluirá la violación de la norma, pero al mismo tiempo parece que basta la negativa de uno a consentir para hacer necesaria la habilitación judicial exigida por el art. 18.2 de la Constitución. Lo que no será en ningún caso necesario es la autorización conjunta de todos y cada uno de los moradores. Podríamos hablar de una especie de solidaridad activa y pasiva; todos pueden consentir, pero también todos pueden denegar.

De esta forma «El régimen de la autorización para entrar en el domicilio sería semejante al que establece el art. 1693 del Código Civil para la administración de la sociedad cuando son varios los socios encargados de ella, pero no se han concretado las funciones de cada uno, ni se ha expresado que no pueden obrar los unos sin el consentimiento de los otros»¹⁹³.

¹⁹² GARCÍA VICTORIA, AURORA; *El derecho a la intimidad en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978*, Aranzadi 1983, págs. 70-71.

¹⁹³ CASAS VALLES, RAMÓN; «Inviolabilidad domiciliaria..... op. cit., pág. 197. Siguiendo la solución propuesta por el art. 1693, cada uno de los moradores mayores de edad podría autorizar la entrada en el domicilio común, pero -al propio tiempo- cualquiera podría oponerse a la autorización dada por otro antes de que hubiese producido efecto legal.

Al mismo tiempo hay que tener en cuenta que el consentimiento puede ser expreso ¹⁹⁴ o tácito¹⁹⁵. La persona que lo preste debe tener pleno conocimiento su derecho a negarse a autorizar la entrada sin autorización judicial, y a conocer el motivo que lleva a solicitar el registro. Ello implica poder conocer la finalidad del registro, con algunas limitaciones; por ejemplo, cuando la casusa sea declarada secreta, el carácter reservado de las actuaciones, obliga a notificar al investigado únicamente la parte dispositiva del auto para evitar frustrar la finalidad del registro.

Faltaría el debido consentimiento cuando sea obtenido media el engaño por parte del funcionario actuante. Como luego veremos, la interpretación de su concurrencia parece que debe hacerse restrictivamente y de la forma más favorable para el titular del derecho fundamental. No obstante, en caso de error no provocado por el agente, la entrada será legítima; lo decisivo en la valoración del conocimiento es que no haya una voluntad contraria, siendo bastante que el titular haya podido oponerse, manifestando su oposición a permitir la entrada y no la haya hecho.

¹⁹⁴ El Tribunal Constitucional en sentencia 22/1984 de 17 de febrero de 1984, al resolver lo que ella misma denomina «colisión entre la inviolabilidad del domicilio reconocido en el art. 18 de la Constitución y los actos de ejecución llevados a cabo en un procedimiento administrativo por la Administración municipal en virtud de la llamada potestad de autotutela o de ejecución de sus propias decisiones» (Fundamento Jurídico tercero), afirma, no obstante, para esos supuestos no extrapolables al ámbito penal, que en el texto constitucional, la norma de interdicción de entrada y de registro sólo admite unas excepciones muy determinadas, y una de ellas es el consentimiento del titular, que según el texto del precepto no necesita ser expreso.

¹⁹⁵ En favor de exigir que sea «expreso» el consentimiento, se pronuncia SUAREZ ROBLEDANO, JOSE LUIS; en «La salvaguarda y el control judicial de la inviolabilidad del domicilio, del control de la intervención de las comunicaciones y del secuestro de las publicaciones», en *Anuario de Derecho Penal*, núm. 36, semana 28 septiembre-4 octubre 1987, pág. 1683.

El supuesto de la prestación del consentimiento para registrar un domicilio es relativamente frecuente. El consentimiento válido acelera la práctica de la diligencia de investigación al no tener que esperar a que se dicte el auto acordando la entrada y el consiguiente mandamiento, eludiendo además la posibilidad de obtener una negativa a la autorización del registro que podría alertar al delincuente, concediendo al investigado un tiempo precioso para ocultar o hacer desaparecer el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, hasta la obtención del mandamiento judicial ¹⁹⁶.

En la otra cara de la moneda, el investigado conoce los efectos inculpatórios que guarda en su domicilio y si no hay nada que comprometa su legalidad le conviene consentir para evitar que las diligencias policiales se conviertan en judiciales.

Escenario diferente al de la entrada consentida, es el de la entrada con autorización judicial, a través del mandamiento judicial que hace posible la entrada y registro en un domicilio. Esta opción se basa en la existencia de un procedimiento criminal en el que se investiga la comisión de un delito, sus autores y circunstancias, permitiendo la injerencia en el derecho del investigado en el procesal penal ¹⁹⁷, por la necesidad de identificar y, en su caso, recoger lo que interese a la instrucción penal, sin que sea oponible frente a tal pesquisa legítimamente ordenada, privacidad o secreto alguno inherente al domicilio del investigado, que impida las actuaciones necesarias conforme a lo previsto en el art. 552 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁹⁶ Téngase en cuenta el derecho del detenido a efectuar llamadas desde la reforma introducida en 2015 en la LECrim., art. 520. 2. F) Derecho del detenido a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se realiza en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.

¹⁹⁷ Tribunal Constitucional, sentencia 23 de septiembre de 1987: En los supuestos de que la ejecución de los actos de la Administración exijan la entrada en domicilio, en los que el Juez de instrucción actúa como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que *prima facie* parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejercitar las resoluciones administrativas.

La tercera opción sería la entrada para impedir un delito flagrante, pero en este caso la finalidad perseguida es distinta; no se busca constituir fuentes de prueba, sino evitar un delito que se está cometiendo en ese preciso instante. El art. 18 CE, señala expresamente como límite a la inviolabilidad del domicilio, la comisión de un delito flagrante en su interior.

Al configurar el delito flagrante nos encontramos con que en la actualidad no existe ninguna infracción penal que contenga en su estructura un elemento del tipo que haga referencia a la flagrancia. La flagrancia se exigía antiguamente por ejemplo para construir el tipo privilegiado del uxoricidio por adulterio o del homicidio in “*rebus veneris*”.¹⁹⁸ Así era por ejemplo en el Código Penal español de 1870, en un tipo penal que fue suprimido posteriormente en el Código de 1932; una configuración que resulta retrograda hoy en día, pero interesante por lo que se refiere al concepto de flagrancia. En aquel momento el Tribunal Supremo puntualizaba la condición de flagrancia diciendo que si no se la sorprendiere, cualquiera que sea la conducta de la mujer y aun estando probada su infidelidad, existe uxoricidio cuando se la mata.

Hoy día, la flagrancia no tiene naturaleza jurídica penal sustantiva pero la calificación de «delito flagrante», en la actualidad, es tomada en cuenta desde el punto de vista procesal en algunos preceptos de la Ley. Así por ejemplo al contemplar la posibilidad de que cualquier persona pueda detener al delincuente *in fraganti* según el art. 490.2 de la LECrim, o que el particular que intente querellarse por el delito flagrante pueda acudir al juzgado más próximo, o a cualquier funcionario de policía, a fin de que se practiquen las primeras diligencias para hacer constar la verdad de los hechos así como para detener al delincuente en el momento de comisión del delito.

Conforme al art. 795 de la LECrim, la flagrancia también es uno de los requisitos establecidos en la LECrim, para aplicar el procedimiento de enjuiciamiento

¹⁹⁸ El antiguo art. 428 rezaba: «El marido que sorprendiere en adulterio a su mujer...».

rápido de determinados delitos. Se considerará delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acaba de cometer cuando el delincuente es sorprendido en el acto y se entenderá sorprendido en el acto, no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en el mismo. La doctrina consolidada¹⁹⁹ considera que existe la flagrancia delictiva cuando el delincuente es sorprendido en el mismo momento de la comisión del delito o cuando lo acaba de cometer.

En nuestro derecho procesal, la flagrancia no influye en la gravedad del acto, ni en la culpabilidad de su autor, sino en la certidumbre de su existencia. Afecta sólo a la posibilidad de proceder contra el mismo, o sea, al modo operativo que se sigue para su persecución o castigo. Su alcance debe ser interpretado como excepción procesal, es decir de forma rigurosa²⁰⁰, valorando su existencia como circunstancia que facilita la prueba del hecho delictivo y justifica la aplicación de un procedimiento más rápido y urgente.

¹⁹⁹ STS 511/1999 «Se considerará delito flagrante el que se estuviere 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* aquél a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él».

²⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 159/1981, de 20 de enero de 1986, reiterada en resoluciones posteriores; «Dentro de los denominados delitos flagrantes, la doctrina viene distinguiendo los conocidos como delitos testimoniales caracterizados no tanto por la abreviación de los trámites establecidos por su enjuiciamiento (art. 779.1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sino por la presunción de credibilidad en cuanto a su existencia por cuanto es característica de los mismos la inseparable percepción directa de los agentes de la Policía Judicial de los hechos cometidos o acabados de cometer, distinción que encuentra también su matización dentro de los dos supuestos establecidos en el art. 297 de la Ley Procesal»

En la misma línea dentro de la legislación comparada se recogen en muchos casos procedimientos especiales acelerados para el enjuiciamiento de determinados delitos flagrantes, así se contempla el delito flagrante de manera específica en las legislaciones de nuestro entorno, como, por ejemplo, en la regulación procesal francesa dentro del art. 53 del Code de Procédure Penale ²⁰¹, o en la Italiana en el art. 237 del Codice di Procedura Penale estableciendo procedimientos especiales para procesar el delito flagrante.

En otras ocasiones, la flagrancia del delito puede jugar como excepción a ciertos privilegios procesales; por ejemplo, los que se conceden a los parlamentarios del Congreso y del Senado²⁰². El art. 751 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regula «el modo de proceder cuando fuere procesado un Senador o Diputado a Cortes», permitiendo excepcionalmente la posibilidad de su detención cuando sea detenido *in fraganti*. En el fondo de las limitaciones a estos privilegios parlamentarios, encontramos

²⁰¹ «Se considera delito flagrante el que se está cometiendo o se acaba de cometer. Hay, también, comen o delito flagrante, cuando, en un momento muy próximo a la acción, la persona sospechosa sea perseguida por el clamor público o se la encuentre en posesión de objetos, o presente signos o indicios que hagan pensar que ha participado en un crimen o en un delito. «... aquél que se está cometiendo... Se halla en estado de flagrancia el que es capturado en el acto de cometer el delito... Se considera en situación de flagrancia el que, inmediatamente después del delito, es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido por el delito o por otras personas, o bien es sorprendido con cosas o indicios de los que resulte que ha cometido el delito poco antes».». En nuestro ordenamiento por lo que se refiere al concepto de flagrancia delictiva, también puede servir de referencia la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1988, pág. 309, «debe darse tal consideración a aquel (delito) que se estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando sea sorprendido su autor (también lo recoge así el art. 779 de la LECrim).

²⁰² El art. 71.2 CE, dispone que «durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito», hay que decir que este precepto ha sido recientemente cuestionado precisamente por recoger privilegios para los miembros de las cámaras. Lo mismo sucede respecto de los parlamentarios de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, por ejemplo, en el art. 26 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, Ley Orgánica 7/1981 de 30 de diciembre, establecen que «los miembros de la Junta General del Principado durante su mandato no podrán ser detenidos ni retenidas por los actos delictivos cometidos en el territorio de Asturias, sino en caso de flagrante delito». ,

la misma fundamentación que permite la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio; la necesidad de impedir el delito cuando existe la posibilidad de hacerlo en el mismo momento en que se está cometiendo para evitar la lesión del bien jurídico.

La flagrancia se contempla expresamente como límite a la inviolabilidad del domicilio en el art. 18 de nuestra Constitución. El domicilio es inviolable salvo en caso de flagrante delito y a las limitaciones ya vistas debemos añadir la suspensión que comporta la declaración del estado de excepción o de sitio prevista en el art. 55 CE y en la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, así como las que de forma individual se establezcan por la ley para las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas; entre ellas la introducida por la Ley Orgánica 4/1988 de 25 de mayo, que dio lugar a la reforma del art. 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁰³.

Se trata de excepciones de carácter taxativo; así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en su STC 22/1984 de 17 de febrero, aludiendo al estado de necesidad como posible causa habilitante de una intromisión domiciliaria al margen de los tres supuestos típicos del art. 18 que hemos mencionado, señalando admisibles limitaciones adicionales derivadas de la concurrencia de otros fines sociales, siempre que estén constitucionalmente protegidos y su prioridad resulte de la propia Norma Fundamental o por la eficacia de causas de justificación que puedan autorizar intromisiones domiciliarias. El Tribunal Supremo admite igualmente excepciones tasadas y justificadas en su sentencia de 13 de septiembre de 1988, al reconocer que excepcionalmente, la policía, sin mandamiento judicial, puede practicar la entrada cuando existe mandamiento de prisión, en los casos de delito flagrante y cuando en una persecución policial el inculpado se oculta en alguna casa, siendo en todo caso necesaria la presencia de dos testigos (ante la ausencia del LAJ), supuestos que como sabemos no pueden ser ampliados a otros similares por medio de interpretaciones analógicas del texto por tratarse de limitación a derechos fundamentales, tal y como luego vamos a analizar.

²⁰³ Así lo venía recogiendo la doctrina desde de la sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987 de 16 de diciembre, autorizando en estos casos a los agentes actuantes para registrar los efectos e instrumentos que fueran ocupados dando cuenta inmediata al Juez competente del registro efectuado, con indicación de las causas, los resultados obtenidos, las personas que habían intervenido y demás incidencias

2. El registro voluntario del domicilio

El primer supuesto que procede analizar es el de la intromisión en domicilio ajeno con consentimiento voluntario de su morador.

Hemos anticipado que será admisible el consentimiento expreso y el consentimiento tácito, pero examinando de una forma más precisa este supuesto debemos partir del art. 551 LECrim., en el que textualmente se indica; «Se entenderá que presta su consentimiento aquél que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el art. 6 de la Constitución²⁰⁴ del Estado». Se trata de un artículo muy criticado por la doctrina debido a su falta de precisión y especialmente la referencia a la falta de invocación de la inviolabilidad domiciliaria por parte del investigado, como justificación legal para entender la entrada autorizada por el morador.

Como refleja el mencionado precepto, la Constitución española de 1876 era la norma fundamental imperante en el momento en que comienza a desplegar su vigencia nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta Constitución que partió de un borrador constitucional desarrollado por un grupo de seiscientos notables, antiguos senadores y diputados de anteriores legislaturas, designados por Cánovas del Castillo, podemos decir que fue avanzada para su época, en lo que se refiere a protección de algunos derechos fundamentales y en su artículo sexto ya reconocía el derecho a la inviolabilidad del domicilio, tanto a los españoles como a los extranjeros residentes en España.

²⁰⁴ La referencia de la LECrim al art 6 de la Constitución del Estado debe entenderse hoy referida al actual art. 18.2 CE. De nuestra Constitución vigente.

El problema principal de nuestra norma procesal vigente al regular la práctica del registro voluntario, radica en que, al contemplar el consentimiento para practicar la entrada, utiliza algunos términos vagos e imprecisos, manifestando que «se entenderá que presta su consentimiento aquel que ejecuta por su parte actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto». No aclara el precepto por ejemplo a quién corresponde hacer las manifestaciones correspondientes para que los agentes puedan entrar; es decir, quién debe prestar su consentimiento para que los agentes puedan registrar el domicilio. Y dado que estamos ante un supuesto de «renuncia expresa y voluntaria» respecto de un derecho fundamental, algunos autores ponen de manifiesto la importancia de contar con un precepto en el que se indique expresamente quién es la persona que debe prestar el consentimiento en estos casos. Pese a la conveniencia de contar con un precepto en tal sentido, lo cierto es que en la actualidad la doctrina jurisprudencial es unánime al señalar la legitimidad de la entrada y registro cuando el consentimiento es prestado por el morador del domicilio. Por tanto, siguiendo los planteamientos efectuados en el capítulo anterior al analizar la naturaleza de este derecho, el titular sería quien despliega su vida íntima en el domicilio y por ende a quien la norma fundamental protege.

Algunos autores²⁰⁵ consideran conveniente una redacción que expresamente contemple, como requisito previo a la obtención del consentimiento, la obligación de informar al titular del domicilio y la posibilidad de negarse a prestar tal consentimiento. De este modo se evitarían posteriores alegaciones por las partes procesales, en particular por el acusado, acerca de si el consentimiento prestado se obtuvo de forma legítima o no, en clara referencia a aquellos supuestos en los que se solicita la nulidad de la diligencia alegando que el consentimiento se ha prestado mediando error y que el investigado se encontraba intimidado por la situación u otro tipo de vicio.

²⁰⁵ Así por ejemplo ALONSO PÉREZ, FRANCISCO; «El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro» en *Revista La Ley*, núm. 7, 2002, pág. 1967-1972.

En la práctica, en muchas ocasiones es el propio investigado detenido, quien una vez consciente que los agentes conocen la existencia y ubicación del domicilio, se ofrece a colaborar, sabedor de que no existe ningún efecto que pueda servir de prueba contra él para la condena por un delito grave y por ello consiente la práctica de la diligencia de entrada en su domicilio. En este caso será imprescindible la presencia del abogado cuando el investigado este detenido, pero no del Letrado de la Administración de Justicia, siempre que el investigado consienta la entrada voluntariamente con el asesoramiento de su abogado.

En todos los casos en que la entrada y registro se produce mediante el consentimiento del morador, aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal no hace diferenciación alguna, podemos distinguir a efectos de su exposición, según se trate de consentimiento expreso o tácito.

2.1 El consentimiento tácito

Como hemos visto, en principio el consentimiento debe ser expreso, se admite también el consentimiento tácito, por actos concluyentes del morador, al que alude el art. 551 LECrim.²⁰⁶:«Se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el art. 6.º de la Constitución del Estado».

²⁰⁶ Art. 551 Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 6.º de la Constitución del Estado(*).(*)Actualmente art. 18.2 de la Constitución Española.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria, interpreta que este consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios, tanto de no oposición como de colaboración. En caso de duda sobre el consentimiento presunto, hay que resolver en favor de la no autorización, siguiendo el criterio declarado por el Tribunal Constitucional, interpretando siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona²⁰⁷; en este caso el derecho fundamental objeto de protección es el que corresponde al titular de la morada.

Algunos autores²⁰⁸ al analizar este tipo de consentimiento que permite acceder a los agentes al domicilio sin autorización judicial, señalan que la Constitución no se pronuncia respecto, ni exige necesariamente la existencia de consentimiento expreso, por lo que parece lo más acorde centrar esta cuestión en que el consentimiento o la conformidad del particular debe ser concluyente e inequívoca conforme al art. 551 LECrim. Para lo cual es imprescindible una solicitud clara y no engañosa²⁰⁹, aunque el consentimiento sea prestado de forma tácita. Sin que sea admisible, cuando no existe una petición expresa²¹⁰, el asentimiento ante los hechos consumados.

²⁰⁷ En este sentido lo hemos argumentado en el primer capítulo de este trabajo.

²⁰⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS; *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado*, 9.ª ed., Colex, Madrid, 1997, pág. 394.

²⁰⁹ Siguiendo la STS de 9 de noviembre de 1994.Rec 1218/1994, el consentimiento prestado por una persona mayor de edad y capaz sólo puede entenderse nulo si concurre alguna de las causas que lo invalidan conforme a derecho (error esencial, violencia o intimidación y dolo grave -art. 1265 y ss. CC-). la validez o no del consentimiento prestado habrá de examinarse caso a caso, para establecer si en el supuesto concreto se han dado o no las condiciones antes citadas viciantes del consentimiento o si éste ha sido válidamente emitido, sin perjuicio de tomar en cuenta para ello las peculiares circunstancias en que un detenido se encuentra. De forma que cuando se reconoce previamente la existencia y validez de la autorización del titular no se produce la ilicitud de la diligencia de entrada si no se declara la existencia de alguna de las causas que pueden invalidar el consentimiento.

²¹⁰ Sirve de ejemplo de esta cuestión clásica, la STS de 18 de noviembre de 2005. Rec. 1619/2004, como se pone de manifiesto en ella, el Tribunal Supremo ha consolidado un criterio, reiteradamente declarado, según el cual, el art. 18.2 C.E. consagra el artículo 18.2 de la Constitución consagra el derecho fundamental a "la inviolabilidad del domicilio", prohibiendo la entrada en el mismo (salvo caso de "flagrante delito"), sin consentimiento de su titular o resolución judicial.

En relación con los requisitos necesarios para admitir la validez del consentimiento, podemos citar, la STS 1803/2002, de 4 de noviembre. Según esta sentencia que recoge la doctrina jurisprudencial, los requisitos que deben tenerse en cuenta para la existencia de consentimiento autorizante del registro domiciliario, previsto por el art. 18.2 de la Constitución española, son los siguientes:

a) Otorgado por persona capaz; esto es mayor de edad, y sin restricción alguna en su capacidad de obrar. En supuestos de minusvalía psíquica aparente, esté o no declarada judicialmente, no puede considerarse válidamente prestado el consentimiento. Todo ello conforme al art. 25 del Código penal: «a los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».

b) Otorgado consciente y libremente. Lo cual requiere: a) que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase; b) que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean; c) que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial. «El consentimiento a la realización de la diligencia, es uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y requiere que ha de ser prestado ante un abogado que le asista, ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el

proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza»²¹¹.

c) Puede prestarse oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará documentalmente para su constancia indeleble.

d) Debe otorgarse expresamente, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 551 autoriza el consentimiento presunto, en las condiciones que hemos indicado al respecto.

e) Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, como hemos indicado, sin que sea necesariamente equiparable a la titularidad dominical.

f) El consentimiento debe ser otorgado para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos.

g) No son necesarias en ese caso las formalidades recogidas en el art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de la presencia del Letrado de la Administración de Justicia.

²¹¹ Esta doctrina se reitera en las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1999, Rec. 546/1999 y 14 de noviembre de 2000, Rec 1112/1999, que siguen la línea de que el detenido no puede prestar válidamente el consentimiento si no está asesorado de abogado. También en otras más recientes como STS de 17 de marzo de 2016, Rec 1575/2015, el TS estima el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la AP Zaragoza condenatoria por delito contra la salud pública, casa y revoca su fallo para absolver a un condenado por nulidad, por falta de asistencia letrada, de la diligencia de registro policial practicada en su domicilio donde fue incautada la sustancia.

Aplicando esta doctrina, algunos supuestos específicos de consentimiento han sido directamente tratados en relación con la entrada y registro domiciliario, por ejemplo, cuando el consentimiento sea prestado por un menor, el menor no puede consentir una diligencia que implica la limitación de un derecho fundamental.

En todos los supuestos examinados cuando la diligencia se realice con el consentimiento del titular, los funcionarios actuantes deberán recoger por escrito la autorización concedida y se hará constar así en el acta que se redacte, lo que permite valorar²¹² y constatar la existencia del consentimiento. Las manifestaciones posteriores del titular, negando haber consentido la entrada y registro, pueden traer como consecuencia la declaración de nulidad de las pruebas obtenidas, en aplicación del art. 11 LOPJ.

Parece deducirse de lo anterior, que ante cualquier duda sobre si existe o no consentimiento, los funcionarios de policía judicial deberán solicitar el correspondiente mandamiento de entrada y registro, por lo que las dudas que sobre el mismo pudieran existir deben resolverse en beneficio de los acusados, ya que el mayor rigor será siempre exigible para la actuación de los miembros de la policía judicial, por ser ello conforme a una interpretación no restrictiva de los derechos y libertades fundamentales de las personas. Debemos plantearnos cómo se debe reflejar este consentimiento, y la respuesta no puede ser otra que a través del acta el Letrado de la Administración de Justicia o del agente que actúe como secretario de la diligencias policiales, en la que será necesario que conste la firma del abogado cuando se trate de un investigado en el proceso policial que se encuentre detenido o simplemente que haya solicitado asistencia del abogado para la práctica de la diligencia policial.

²¹² STS 1803/202. Se trata del Registro de un domicilio en el que se encuentran varios miles de pastillas de éxtasis enterradas en el jardín y se recaba el consentimiento para realizar el registro del hijo menor del interesado y su madre que se encuentran en el domicilio ante la ausencia del investigado. Señala la sentencia que no es válido el consentimiento prestado por un menor de edad, cuando se trata por ejemplo del hijo del acusado, como representante del menor la madre del menor no puede consentir la entrada, cuando no es su domicilio y el menor debe ser informado de no estar obligado a hacer declaración alguna que pueda afectar a su padre (art. 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2. 2. El consentimiento expreso

La autorización será expresa cuando se explicita verbalmente, con los requisitos que hemos visto, cuando el consentimiento sea expreso y con los elementos que hemos analizado, las posibles objeciones se pueden dirigir contra la forma de plasmar o dejar constancia de ese consentimiento ²¹³. Así lo viene interpretando la jurisprudencia analizada, en aquellos casos en que se ha planteado esta cuestión, resolviendo el Tribunal Supremo que aun cuando no exista un acta redactada ex profeso para documentar el consentimiento otorgado por el acusado, el consentimiento expreso por parte del investigado quedará siempre documentado en el acta extendida con motivo de la práctica del registro.

La misma jurisprudencia, establece que el consentimiento prestado, no de forma engañosa, sino de forma clara, se presta cuando así se hace constar expresamente en acta, sin objeciones del investigado para acompañar a los agentes y enseñarles el domicilio; por ejemplo, facilitando con sus llaves el acceso al mismo y a sus diferentes dependencias, e identificando las que sirven para cada uso o la forma de acceder al sótano de la vivienda, detalles que ponen de manifiesto su voluntad.

Así como también existe la posibilidad de un consentimiento otorgado inicialmente, que se deniega en el último momento, por cambiar de opinión el investigado. Parece que en estos casos el consentimiento inicial se acredita por la forma en la que se desarrolla la práctica del registro o la manera en que tiene lugar el acceso al domicilio. El investigado puede cambiar de parecer durante el tiempo en que se desarrolla la diligencia, negándose a firmar en un momento posterior. Sin embargo, cuando el consentimiento quedó debidamente reflejado en el comienzo del acta, el cambio de actitud no invalida el consentimiento válido que fue prestado con todos los requisitos para ello y que habilita a los agentes a acceder en ese momento al domicilio.

²¹³ Por señalar un ejemplo reciente así en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo penal. Rec 440/2018 de 4 de octubre de 2018

En la misma línea la doctrina jurisprudencial²¹⁴ también parece reacia a admitir cambios en el consentimiento válidamente emitido por la intimidación propia de la situación en la que se práctica la diligencia de registro. Cuando el investigado presta su consentimiento para el registro, y lo confirma con los requisitos necesarios y en presencia de su abogado, no puede reputarse nula en este caso la autorización concedida para practicar la entrada y registro de su domicilio, cuando el investigado como directamente interesado, consiente para ello y no insinúa durante la realización de la diligencia de entrada siquiera una mínima objeción, ni existe coerción o algún tipo presión que pudiera condicionar la plena libertad del consentimiento prestado.

La doctrina presume la existencia de capacidad de la persona mayor de edad, mientras no se demuestre su falta de capacidad, señalando de forma reiterada que «en principio cuando el consentimiento es prestado por una persona mayor de edad y que no haya sido incapacitada ha de presumirse válido mientras no se demuestre lo contrario»²¹⁵,(actualmente hay que hablar de personas que no estén sometidas a medidas de apoyo por sufrir una discapacidad, conforme a lo dispuesto por la reforma introducida por la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica). Además, indica la doctrina que «las dudas sobre el consentimiento que pudieran existir deben resolverse en beneficio de los acusados, ya que el mayor rigor será siempre exigible para la actuación de los miembros de la policía judicial, por ser ello conforme a una interpretación no restrictiva de los derechos y libertades fundamentales de las personas para evitar injerencias en la esfera individual de derechos de los ciudadanos...».

²¹⁴ En Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo penal. 427/2001 de 13 de marzo de 2001.

²¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo penal. Rec 865/1997 de 24 de enero de 1998

Se han planteado sombras sobre la prestación del consentimiento expreso cuando se trata de moradores distintos al investigado, así por ejemplo diferentes sentencias admiten el consentimiento de un morador distinto al investigado²¹⁶ y han declarado que en el caso de registro del domicilio autorizado por la mujer del investigado no es necesaria para su validez, la presencia de éste aunque se encuentre detenido. En estos supuestos la asistencia del Letrado de la Administración de Justicia ofrece una garantía incuestionable al hacer constar en el acta judicial que el registro fue autorizado por la mujer del investigado con todos los requisitos para ello, y señalando en el acta de entrada los números de los carnés profesionales de los policías autorizados para registrar, si la autorización excusa y hace innecesaria la intervención del investigado, la presencia del fedatario en la diligencia deja constancia de tal autorización con los requisitos necesarios para ello. Dando validez así al consentimiento prestado por el morador no investigado, que además resulta ser el cónyuge del investigado en este caso concreto.

En términos similares, se pronuncia la jurisprudencia cuando se trata de otros familiares²¹⁷, al entender que la afectación a los derechos fundamentales debe ser enjuiciada en su perspectiva material o sustantiva y no meramente formal; basta que el consentimiento lo otorgue el hermano, un hijo del titular u otra persona que resida en la vivienda registrada. Así lo declara la jurisprudencia examinando un supuesto, en cuyo caso el registro se practicó por la policía en presencia del acusado y mediando el consentimiento expreso y escrito de quien era el arrendatario y titular del domicilio registrado, que en este caso concreto era también el hermano del condenado. No cabe hablar, de irregularidad procesal alguna ni siquiera en sede de legalidad ordinaria y, menos aún, de la existencia de infracciones constitucionales cuando está presente el titular del domicilio. En estos supuestos cede igualmente la exigencia de concurrencia testifical por estar presente el investigado, lo que permite preservar su derecho de defensa y garantiza que existe el consentimiento del morador que impide la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, al practicarse el registro mediante

²¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo penal. Rec 51/1995 de 1 de marzo de 1996

²¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo penal, 1821/2000 de 27 de noviembre.

consentimiento del titular domiciliario haciendo innecesaria la intervención de la autoridad jurisdiccional para habilitar la entrada.

2. 3. Especial referencia al consentimiento prestado por el investigado detenido

El Tribunal Supremo se ha cuestionado en ocasiones la validez del consentimiento, cuando la persona que lo presta se encuentra detenida por los agentes, siendo un supuesto habitual que una vez detenida una persona investigada, cuando existan indicios de la existencia de un delito y pueda haber efectos relacionados con el delito investigado en su domicilio, los agentes informen al detenido de sus derechos y le ofrezcan la posibilidad de colaborar, practicando el registro de su domicilio de forma voluntaria. El Tribunal Supremo ha examinado varias veces actuaciones de este tipo, al hacerlo, en algunos casos ha puesto de manifiesto que, mal puede dar su libre consentimiento quien estando detenido en las dependencias policiales es trasladado a su domicilio por los propios agentes actuantes en el interrogatorio²¹⁸. Se entiende que la situación de detención es proclive a que la libertad de consentimiento del detenido sea perturbada y no cuente con las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias para autorizar la invasión de un derecho fundamental, como es la inviolabilidad del propio domicilio, teniendo en cuenta que además la decisión puede afectar a su futura defensa. Sin embargo, en ocasiones se admite la validez del consentimiento prestado con ciertos requisitos.

Examinada la doctrina del Supremo en su conjunto, podemos concluir que la validez o no del consentimiento prestado habrá de examinarse caso por caso, para establecer si en el supuesto concreto se han dado o no las causas que lo invaliden (violencia, intimidación, error esencial y dolo grave, conforme al art. 1269 CC), sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias en que el detenido se encuentre. Cabe la posibilidad considerar nulo el registro practicado en el domicilio del detenido con su

²¹⁸ Ejemplo de aquellas que rechazan su validez, podemos citar la STS 396/2000 de 13 de marzo. No obstante, en otras ocasiones como en STS 427/2001 se admite la validez del consentimiento con ciertos requisitos.

consentimiento, sin haberle instruido antes de sus derechos, o sin dar cumplimiento a los derechos le vienen reconocidos al detenido. Conforme a la detallada regulación²¹⁹ que desde 2015 recoge la LECrim de los derechos reconocidos a la persona detenida.

El derecho del investigado detenido a la asistencia de abogado, comporta que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa. La vigencia de este derecho exige que, en determinadas ocasiones, deba ser proporcionado por los poderes públicos a través del abogado proveniente del turno de oficio del colegio de abogados correspondiente, una de estas ocasiones puede ser cuando el investigado detenido sea objeto de un registro domiciliario.

Hay que decir que la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, desarrolla el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales, garantiza igualmente este derecho para todo investigado en un proceso penal yendo más allá de lo establecido en la Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea, en particular, de sus artículos 4, 6, 7, 47 y 48, y de lo establecido en los artículos 3, 5, 6 y 8 del CEDH. El abogado del investigado debe poder ejercer sin restricciones todos los aspectos de la defensa. La normativa debe aplicarse teniendo en cuenta también las disposiciones de la Directiva 2012/13/UE, que exige que todo sospechoso o acusado reciba desde el primer momento la información

²¹⁹ Analizando los derechos del detenido establece el Art. 520 LECrim. Modificación introducida por LO 5/2015 y 13/2015. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.

c) Derecho a designar abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 527 y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible.

f) Derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.

h) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.

necesaria sobre el derecho a tener acceso a un abogado, y que todo sospechoso o acusado que sea detenido o privado de libertad reciba con prontitud una listado de sus derechos por escrito y la asistencia de un abogado por ser un derecho imprescindible para que pueda hacer valer el resto de derechos que le vienen reconocidos.

Sin embargo a efectos de la asistencia, la Directiva indica que el interrogatorio no incluye aquellos interrogatorios preliminares que pueda efectuar la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad con el propósito de identificar a la persona de que se trate, para comprobar la posesión de armas u otras cuestiones de seguridad similares, o determinar si debe abrirse una investigación, por ejemplo en el trascurso de un control de carreteras, o con motivo de controles aleatorios rutinarios cuando no se haya identificado aún al sospechoso o acusado, si así fuera, la exigencia de asistencia letrada en todo tipo de diligencia policial sería imposible de cumplir desde el punto de vista práctico.

Muchos autores²²⁰ ponen de manifiesto la importancia de la relación existente entre el derecho de defensa y el derecho del detenido a ser informado. Cuando una persona es detenida surgen de inmediato los derechos de asistencia letrada y el derecho de defensa, lógicamente el derecho de defensa debe ser eficaz y efectivo; para que pueda realizarse correctamente será necesario el conocimiento por el letrado de las «razones y motivos» de su detención y acerca de por qué se le imputa, o qué datos existen contra el detenido.

La doctrina constitucional consolidada, sirva de ejemplo STC 13/2017, de 30 de enero de 2017, ha establecido claramente la necesidad de informar al investigado de las razones de su detención, de forma que se produce la vulneración de los derechos a la libertad personal y a la asistencia letrada por la negativa del funcionario instructor a proporcionar copia del atestado policial que haga posible impugnar la detención del

²²⁰ En este sentido por ejemplo MAGRO SERVET, VICENTE; En *Diario La Ley*, N° 9457, Sección Doctrina, 7 de Enero de 2020, Wolters Kluwer

del solicitante, señalando que la negativa sin justificación alguna del instructor a la entrega del material del que dispone trae consigo la vulneración del derecho a la asistencia de abogado (art. 17.3 CE), el cual incluye en su contenido el derecho del detenido y su letrado a acceder a los elementos fundamentales (art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE) para impugnar su situación privativa de libertad.

Señala el TC: «...Hemos de recordar, en cuanto al derecho fundamental alegado que, con arreglo a la doctrina de este Tribunal [STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 11 a)], «es necesario distinguir entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales que la Constitución reconoce en el art. 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegido en el apartado 1 de ese mismo artículo, y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla en el art. 24.2 CE dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido»; esta doble proyección a la asistencia letrada, guarda paralelismo con los textos internacionales sobre la materia (arts. 5 y 6 del Convenio europeo de derechos humanos, CEDH, y arts. 9 y 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, PIDCP). Con posterioridad también, SSTC 219/2009 y 220/2009, de 21 de diciembre, ambas FJ 7.

La doctrina reconoce la importancia de esta cuestión y traslada su aplicación a la práctica del registro domiciliario, autores como RIVES SEVA²²¹ señalan que siendo necesaria la asistencia letrada al detenido para que éste preste declaración, parece lógico que esta asistencia sea igualmente necesaria para que el detenido, pueda ser asesorado antes de prestar su consentimiento a un registro policial en su domicilio, concluyendo que la diligencia carece de validez, sin cumplir este requisito, pues la falta de asistencia de abogado constituye una violación del art. 13.3 de nuestra CE. En esta línea, el Tribunal Supremo²²², ha declarado nula y sin valor probatorio la diligencia de entrada y registro en domicilio por haberse prestado el consentimiento expreso sin asistencia de abogado, estando detenido el investigado y en el mismo sentido se pronuncia, reiterando

²²¹ RIVES SEVA, ANTONIO PABLO.; «La prueba en el proceso penal. Apuntes jurisprudenciales», en *Actualidad Penal*, núm. 32 (4-10 septiembre 1995), pág. 568.

²²² STS 1013/1996 de 20 de noviembre. Número de Recurso: 762/1995.

que la autorización de entrada en un domicilio otorgada por una persona durante la detención y sin asistencia de abogado, indicando que carece de los requisitos de validez procesal que autoriza dicha diligencia. Poniendo de relieve el problema de interpretar de manera restrictiva o de la forma más favorable para el titular domiciliario los requisitos de la práctica de la diligencia de entrada. Sin embargo, entiende el Tribunal Supremo que para llegar a conclusiones efectivas hay que analizar, la situación concreta y el comportamiento del propio interesado, «antes, durante y después» del registro, así como las manifestaciones de cuantos pudieran estar presentes cuando el registro se llevó a cabo.

La jurisprudencia reconoce mayoritariamente que el consentimiento prestado por una persona privada de libertad por la previa detención de que ha sido objeto, debe ser correctamente informado y de forma terminantemente libre, siendo asistido de abogado desde el momento de su detención, garantizando quedar enterado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere, así como las consecuencias que pueden derivarse de esa actuación policial, así como la finalidad de la diligencia para la obtención de fuentes de prueba que puedan convertirse en pruebas de cargo en el acto del juicio.

La función del abogado es imprescindible para ello, debe facilitar a su defendido detenido las explicaciones pertinentes, sus derechos y la forma de ejercitarlos comenzando a preparar su defensa de la manera más eficiente. El detenido debe quedar enterado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere, que puede guardar silencio no estando obligado a realizar ningún tipo de declaración, tanto en relación a los efectos que pudieran ser hallados como a las consecuencias que pueden derivarse de esa actuación policial, y debe estar garantizada la ausencia de todo tipo de coerción o amenaza que pueda viciar la libertad con que debe tomarse la decisión.

En este sentido, resulta especialmente relevante indicar que el detenido no estará obligado a prestar ningún tipo de declaración en el momento de la entrada y registro; Debe comprender su derecho a guardar silencio y no hacer declaraciones en ese momento que puedan perjudicar a su defensa. Sin embargo en muchas ocasiones en la práctica nos encontramos que según se van encontrando efectos en la vivienda relacionados con el delito el detenido comienza a dar explicaciones sobre los mismos,

casi de forma inconsciente fruto de una situación que es aprovechada por los agentes actuantes para formular preguntas relacionadas con el fondo de la investigación o los efectos, sin saber el detenido sí puede contestar o no. Puede incluso verse forzado por la naturaleza de los efectos hallados en su domicilio a adelantar una línea de defensa que no debe comenzar sin la presencia de su abogado. Parece importante diferenciar la situación de la persona que, en libertad, accede a autorizar la entrada y registro en su domicilio, de aquella otra que abdica de su derecho cuando se encuentra detenida en poder de las fuerzas policiales, en unas condiciones anímicas que conllevan cierto condicionamiento, poniéndose también de manifiesto la eventual «coacción que la presencia de los agentes de la Autoridad puede suponer, al limitar la serenidad o el tiempo necesario para decidir. Podrá otorgarse validez al consentimiento de la persona detenida cuando se presta con asistencia de abogado defensor, de acuerdo con lo establecido en los arts. 17.3 y 24.2 CE y 520 LECrim velando por la defensa de sus derechos. Esta asistencia se configura como elemento de legitimación de la autorización concedida y garante de la libertad decisoria del interesado y de su información sobre dicha decisión.

En la práctica será obligado distinguir los supuestos de detención de aquellos en que los agentes se encuentran con una serie de indicios que les hacen sospechar y el consentimiento es prestado por el investigado no detenido, siendo el resultado del registro el que confirma esas sospechas y lleva a practicar la detención en ese momento al terminar el registro. Pero si el investigado se encuentra detenido para la práctica de cualquier actuación o diligencia no hay lugar a duda, es imprescindible que esté asistido de forma efectiva por un abogado²²³, ya sea el nombrado a su libre elección o, si no lo nombra, el que le sea designado del turno de oficio.

Desde el momento en que se manifiesta por el investigado su voluntad de ser asistido por su abogado o un abogado del turno de oficio, realizar la diligencia sin la presencia de éste cuando le fue requerido el consentimiento para entrar y registrar su domicilio puede dar lugar a la nulidad de la diligencia efectuada.

²²³ SSTC 196/1987 y Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1993 , 8 de julio de 1994 , 20 de noviembre de 1996 y 18 de diciembre de 1997.

Lo mismo sucederá cuando sea necesario la presencia de interprete, la asistencia de abogado o interprete viene prevista de forma preceptiva por la ley²²⁴ y tiene especial relevancia a la hora de informar al acusado sobre la conveniencia o no de otorgar consentimiento, no puede afirmarse que el consentimiento se haya realizado con libertad de decisión al prescindir de la asistencia necesaria²²⁵ para tener conocimiento de la actuación judicial y sus consecuencias. Se ha contemplado reiteradamente por el Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional que el registro de un domicilio con el consentimiento de un detenido que carece de asistencia necesaria para comprender sus derechos, vulnera la Constitución española, ya que tal consentimiento no es admisible²²⁶ para una diligencia de la que necesariamente puedan derivarse pruebas contra él.

En conclusión, aplicando la jurisprudencia expuesta, se hace necesario analizar dos situaciones para la validez del consentimiento, la primera si está detenido o no el investigado. Estando detenido el investigado parece imprescindible la asistencia letrada para la práctica de cualquier diligencia policial, incluido por supuesto la práctica de un registro domiciliario. La segunda, cuando no se encuentra detenido el investigado, la validez del consentimiento exige entonces garantizar al investigado la asistencia de un abogado, si lo solicita, siendo consciente en todo caso de esta posibilidad y comprendiendo sus derechos, para lo que es imprescindible que conozca el idioma.

²²⁴ La Directiva 2010/64/UE, arts. 123-127 y 520 LECrim.

²²⁵ CAMPANER MUÑOZ, JAIME y HERNÁNDEZ CEBRIÁN, NURIA; *Guía de buenas prácticas relativas al derecho a la traducción y la interpretación de investigados y acusados*. En ARANGUENA FANEGO, CORAL Y DE HOYOS SANCHO, MONSERRAT; (directores), *Garantías procesales de investigados y acusados en procesos penales en la Unión Europea. Buenas prácticas en España*, Ed. Aranzadi, Cizur menor, 2020, pág. 15-33.

²²⁶ En este sentido la STS 41/2003 de 18 de enero y STC 252/1994. La práctica de interrogatorios a un detenido que pueden determinar su autoincriminación sin asistencia de letrado determina que la prueba obtenida por este medio quede afectada por una prohibición de valoración.

3. La entrada y el registro con autorización judicial

Nuestra LECrim recoge de forma poco sistemática la práctica del registro domiciliario. Diferentes preceptos regulan la práctica de esta diligencia, indicando en qué casos puede adoptar esta medida la autoridad judicial y en qué casos puede practicarla con la preceptiva autorización la policía judicial. La reforma introducida en el año 2015 ha hecho un esfuerzo importante para dar solución expresa a los problemas planteados por la evolución tecnológica propia de la era digital, contemplando especialmente la intervención durante el registro domiciliario cuando se trata de equipos informáticos o equipos de almacenamiento masivo de datos. Sin embargo a esta cuestión dedicamos especialmente el último capítulo del presente trabajo, examinando ahora la diligencia de entrada y registro desde una perspectiva más tradicional, a través de los preceptos básicos que siguen siendo de plena aplicación junto a las novedades introducidas por las últimas reformas.

Dentro de los preceptos que regulan la autorización judicial de la entrada, debemos comenzar por el analizar el art. 546 LECrim., Este precepto establece la competencia para el Juez o Tribunal que conociere de la causa que será quien podrá decretar la entrada y registro, bien de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación.

Al analizar la autorización la primera cuestión a examinar es la relativa a la determinación de la competencia, pues quien actúa fuera de su competencia no está legitimado para actuar, al margen siempre de los supuestos establecidos que permiten solicitar el auxilio judicial.

3.1 Competencia judicial y delegación de su ejecución

Como hemos anticipado, en este caso la regla general a la hora de determinar esta competencia es la contenida en el art. 546. LECrim., la autoridad a la que

corresponde acordar la entrada y registro domiciliario será el «Juez o Tribunal que conociere de la causa», es decir el juez de instrucción competente.

Si examinamos las normas que determinan la competencia, se hace necesario partir en todo nuestro ordenamiento jurídico penal, con carácter general, del fuero del lugar de la comisión del delito (*forum loci delicti commissi*), al determinar la competencia en el ámbito penal, por aplicación de los artículos 14.2 y 15 de nuestra LECrim., pero existen algunas excepciones o reglas especiales. El juez competente será aquel que ha conocido de la investigación, pero como vamos a ver, el art. 310 LECrim. hace referencia de forma expresa a la posibilidad de delegar la práctica de la medida, mientras el art. 303 LECrim., recoge la posibilidad de adoptar estas diligencias por «un órgano jurisdiccional que actúe a modo de prevención».

El art. 563 LECrim al regular la competencia establece en su párr. 1º: «Si el edificio o lugar cerrado estuviere en el territorio propio del Juez instructor, podrá encomendar la entrada y registro al Juez municipal del territorio en que el edificio o lugar cerrado radique, o a cualquier Autoridad o agente de Policía judicial. Si el que lo hubiese ordenado fuere el Juez municipal, podrá encomendarlo también a dichas Autoridades o agentes de Policía judicial». El párr. 2º del art. 563 LECrim., establece que «Cuando el edificio o lugar cerrado estuviere fuera del territorio del Juez, encomendará éste la práctica de las operaciones al Juez municipal del territorio en que el edificio o lugar cerrado radiquen, o a cualquier Autoridad o agente de Policía judicial».

El primer párrafo hace referencia a aquellos casos en que el edificio que se acuerda registrar se encuentra en el territorio propio del Juez instructor, cualquier delegación de competencia en este caso carece de sentido en la actualidad puesto que si el edificio se encuentra en el territorio del juez de instrucción competente será este el encargado de acordarlo y practicarlo. La única delegación posible será al juzgado de guardia si se tratase de una actuación propia del servicio de guardia. No se contempla en ningún caso la posibilidad de delegar la diligencia de registro en los agentes de la policía judicial o en los Jueces de Paz, antiguos jueces municipales en el sentido de autorizar o acordar la medida. La Policía Judicial y los Jueces de Paz deben quedar excluidos de la posibilidad autorizar un registro domiciliario no hay delegación posible que no sea a otro órgano judicial competente.

Sin lugar a duda, el art. 18 de la Constitución que consagra los derechos que pueden considerarse relacionados con esa actuación, establece las intromisiones que la ley admite, así como los requisitos necesarios y exige para su legalidad una autorización judicial. Sin ella habrá violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio²²⁷.

Cuestión muy diferente de la anterior es la posibilidad de delegar una autorización en el Juez de guardia, cuando existan razones de urgencia para la práctica de esta actuación. En este caso se trataría de autorización judicial, aunque es un supuesto que no se suele dar en la práctica, pues normalmente será el órgano que conoce de la causa el que acuerda la entrada y registro domiciliario, aunque solicite auxilio a otro juzgado para su práctica. La diligencia para la instrucción de la causa puede ser acordada por una autoridad judicial distinta a la del lugar de comisión del hecho delictivo, tal y como permiten los arts. 303 y 310 LECrim. La ley hace referencia a la delegación de funciones en los jueces municipales, en caso de imprescindible necesidad, pero a día de hoy, esta referencia debe entenderse como delegación a favor del Juez de instrucción del lugar donde hayan de practicarse las diligencias dado que en nuestra actual regulación no existe la figura del Juez municipal²²⁸.

La redacción del 563 resulta profundamente anticuada, no obstante, interpretado el precepto conforme a la legislación vigente, en principio, no plantea inconvenientes para adoptar las resoluciones judiciales necesarias. Debemos entender “encomendar” por llevar a cabo su realización, nunca autorizar la entrada. Los agentes

²²⁷ STS 801/2010 de 23 de septiembre. Lo entrada y registro del domicilio exige una autorización judicial. Sin ella habrá violación del derecho. Si lo que fallan son otras circunstancias o normativas no directamente encaminadas a la tutela del derecho fundamental, estaremos hablando de irregularidades, incluso, si se quiere, de ilegalidades.

²²⁸ Hasta bien entrado el siglo XIX los órganos de la administración municipal desarrollaban funciones jurisdiccionales. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 suprimió las competencias jurisdiccionales de los alcaldes, creando los jueces municipales con jurisdicción de primer grado para asuntos civiles hasta una cuantía determinada, para los juicios de faltas en el orden penal, así como para la celebración de los actos de conciliación en ambas materias. Por Real Decreto de 29 de julio de 1977, en desarrollo de la Ley de Bases de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, se unificaron los juzgados municipales y comarcales bajo la denominación de juzgados de distrito.

actuantes siempre van a solicitar la entrada al juez que conoce de la causa y tiene la información necesaria para autorizar el registro. Cuestión diferente será que para dar cumplimiento al auto de entrada haya que solicitar el auxilio judicial de otro órgano judicial que sea el competente y de guardia en el lugar donde radica la vivienda que se debe inspeccionar. Analizando lo establecido en el segundo párrafo, para aquellos supuestos en los que el domicilio está situado fuera de la demarcación del juzgado competente, la referencia a cuando el edificio o lugar cerrado estuviere fuera del territorio del Juez, encomendando la práctica de las operaciones al Juez de su propia categoría del territorio en que aquéllos radiquen, debe entenderse efectuada a favor del otro Juzgado de Instrucción del partido judicial correspondiente.

Nada impide que una vez se ha autorizado el registro se remita un exhorto al órgano judicial competente en el lugar donde debe practicarse; el registro se practicará como un acto de auxilio judicial por otro órgano, pero la autorización ya estará concedida. El juzgado exhortado pondrá los medios necesarios para la práctica de la entrada y el Letrado de la Administración de Justicia del órgano requerido acompañará a los agentes para realizar la diligencia levantando el acta que luego remitirá junto con las actuaciones al órgano exhortante.

Es un supuesto frecuente la práctica de la entrada y registro domiciliario mediante auxilio judicial, cuando se trata de entradas múltiples en diferentes localidades. Por ejemplo, cuando se investigan delitos contra la indemnidad sexual de menores, cometidos a través de internet. En estos registros muchas veces el auto de entrada viene dictado por un Juzgado Central de Instrucción, autorizando una pluralidad de registros en localidades diferentes. Siendo los juzgados de guardia de cada territorio respectivo, quienes a través del correspondiente exhorto, llevan a cabo la entrada y registro domiciliario, remitiendo el resultado de lo actuado en caso de ser positivo, remitiendo los efectos intervenidos y las piezas de convicción. Además, cuando durante el registro se practiquen detenciones se regularizará su situación de libertad ante el juzgado de guardia del lugar donde se practicaron los registros, que abrirá diligencias previas para regularizar la situación y se inhibirá de la causa a favor del juzgado que haya conocido primero para autorizar los registros.

Conviene tener en cuenta en estos casos que si fuera necesario aclarar algún extremo de la autorización concedida tendrá que ser el Juez que dictó el auto acordando la entrada, el que de las instrucciones precisas.

La LECrim destaca la importancia de las primeras diligencias de la fase de instrucción para consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación de los responsables, estas diligencias se llevan a cabo en muchas ocasiones durante la entrada y el registro domiciliario. De no practicarse en este primer momento nos encontraríamos con el riesgo de pérdida y la imposibilidad de identificar al delincuente²²⁹; de ahí la importancia de poder delegar su práctica ya sea en el Juez de Guardia, ya sea en el Juez de Instrucción competente del lugar del domicilio cuando las concretas circunstancias del caso así lo requieran.

Además de esta potestad de delegación parece importante, la creación por el legislador en ciertos casos de una regulación especial derivada de la especialidad de la materia, por ejemplo cuando se trata de investigados menores de edad sería necesario un precepto donde se recoja la determinación especial de la competencia y las posibilidades de su delegación, al corresponder en estos casos la instrucción de la causa al Ministerio Fiscal, regulando las particularidades de obtener la autorización del Fiscal Instructor competente cuando el sujeto pasivo sea un menor y no el juez instructor de guardia. No existiendo en la actualidad referencia alguna en la ley de enjuiciamiento criminal, ni tampoco en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, a la competencia especial de los Juzgados de Menores cuando se trata de la adopción de medidas de este tipo.

²²⁹ El art. 13 LECrim. establece que «Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis o la orden de protección prevista en el art. 544 ter de esta Ley».

Debemos destacar la reciente creación de la Fiscalía Europea por la LO 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por la que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Esta Ley Orgánica, con entrada en vigor el 3 de julio de 2021, contiene las normas de aplicación al ordenamiento jurídico español del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

La norma, establece la independencia de los Fiscales europeos delegados en el desempeño de sus obligaciones, la obligación de velar por el respeto de los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, la legalidad, la proporcionalidad y la imparcialidad en todas sus actividades.

La creación de la Fiscalía Europea busca superar las diferencias de los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE para lograr una lucha eficaz contra la corrupción y la criminalidad organizada transnacional. Las disposiciones de esta ley orgánica se aplicarán a los procedimientos penales por delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión Europea en los que la Fiscalía Europea ejerza su competencia para investigar, acusar y ejercer la acusación en juicio.

Cabe destacar que, en todo lo no previsto en ella, será de aplicación supletoria lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en particular, lo dispuesto para el procedimiento abreviado, con independencia de los delitos perseguidos o las penas asociadas a los mismos.

Como novedad la ley prevé la conclusión de la investigación, por remisión a la autoridad nacional, a los efectos de la continuación por los trámites del procedimiento ordinario o por el paso a una fase intermedia remitida al control jurisdiccional en la nueva figura del Juez de garantías. En aquellos casos, como nuestro ordenamiento, donde la investigación aún es dirigida por un juez de instrucción, introducir la figura del Juez de garantías implica la necesidad articular un nuevo sistema procesal que permita que el Fiscal europeo delegado asuma las funciones de investigación y promoción de la acción penal. Para ello se ha creado la figura del juez de garantías, que se centraliza en el ámbito de la Audiencia Nacional. A este órgano corresponderá la autorización de medidas de investigación que supongan injerencia en los derechos fundamentales, la

adopción o ratificación de las medidas cautelares adoptadas con carácter urgente o la novedosa inclusión del incidente de aseguramiento de prueba, entre otras.

También se establece un nuevo régimen de recursos adaptado a la nueva distribución de funciones entre Fiscal Europeo Delegado y juez de garantías y la regulación de nueva Audiencia Preliminar durante la fase intermedia destinada a preparar el juicio oral.

Esta nueva institución está estructurada en un nivel central y un nivel descentralizado, dotando a ambos de facultades para investigar y ejercer la acción penal. El nivel central lo formará la oficina principal integrada por el Colegio, las Salas Permanentes, el Fiscal General europeo, los Fiscales adjuntos al Fiscal general Europeo, los Fiscales Europeos y el Director Administrativo. El Colegio, a su vez, estará compuesto por el fiscal general europeo y un Fiscal Europeo por Estado miembro.

Finalmente, y dejando al margen lo indicado para los delitos que sean competencia de la nueva Fiscalía Europea, en el resto de supuestos, a la hora de examinar la competencia para autorizar la diligencia de entrada también debemos tener en cuenta algunas especialidades recogidas en los artículos 559, 560, 561 y 562 LECrim. Se trata algunos requisitos adicionales que procede cumplir para acordar la realización de una entrada y registro en algunos los lugares específicos con particularidades que vienen señalados por la ley.

El art. 559 LECrim., establece que «Para la entrada y registro en los edificios destinados a la habitación u oficina de los representantes de naciones extranjeras acreditadas cerca del Gobierno de España, les pedirá su venia el Juez, por medio de atento oficio, en el que les rogará que contesten en el término de doce horas». Por su parte, el art. 560 LECrim., constituye una prolongación del precepto anterior y regula las consecuencias ante la falta de contestación, poniendo de manifiesto que «Si transcurriese este término sin haberlo hecho, o si el representante extranjero denegare la venia, el Juez lo comunicará inmediatamente al Ministro de Gracia y Justicia, empleando para ello el telégrafo, si lo hubiere. Entretanto el Ministro no le comunique su resolución, el juez se abstendrá de acordar la habilitación para entrar y registrar en el edificio; pero adoptará las medidas de vigilancia a que se refiere el art. 567». Es decir el juez adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras

cosas que hayan de ser objeto del registro. Esto nos lleva a la forma de proceder de los agentes mientras está pendiente la autorización de un registro; en estos casos, parece que la solución práctica será que los agentes puedan montar un control en el exterior y detener a las personas que salen o intentan acceder a la vivienda. El problema subsistente es que no pueden evitar la destrucción de pruebas en el interior si hay personas dentro de la vivienda.

El art. 561 LECrim., refiere también otra especialidad en el modo de proceder para llevar a cabo una entrada y registro en buques mercantes y de guerra extranjeros indicando que «Tampoco se podrá entrar y registrar en los buques mercantes extranjeros sin la autorización del Capitán, o, si éste la denegare, sin la del Cónsul de su nación. En los buques extranjeros de guerra, la falta de autorización del Comandante se suplirá por la del Embajador o Ministro de la nación a que pertenezcan».

Por último, el art. 562. LECrim., indica «Se podrá entrar en las habitaciones de los Cónsules extranjeros y en sus oficinas pasándoles previamente recado de atención y observando las formalidades prescritas en la Constitución del Estado y en las leyes». Estos preceptos, en ningún caso suplen la necesidad de tener que acudir al Tratado o Convenio Internacional correspondiente cuando exista, en la medida en que los preceptos de la LECrim., deben ser interpretados siempre conforme aquellos, siguiendo las normas que regulan el derecho Internacional y especialmente el principio de reciprocidad. Es posible apreciar a simple vista el carácter desfasado de muchos de los términos usados en estos preceptos, haciendo la ley de enjuiciamiento alusión por ejemplo al telégrafo o a «la Constitución del Estado», Constitución de 1876 que dejó de estar vigente en el año 1931 y a la que ya nos hemos referido al inicio de este capítulo. En nuestra opinión un cuerpo legislativo tan importante como nuestra LECrim., no puede hacer referencia a Ministerios desconocidos, medios de comunicación que han desaparecido o constituciones derogadas y parece necesario la elaboración de un nuevo cuerpo legal procesal al margen de las reformas parciales que se han ido llevando a cabo. Sin embargo, los proyectos legislativos que se han planteado con este fin, algunos relativamente recientes, no han llegado a convertirse en ley. En estos proyectos se planteaba la atribución de competencias al Ministerio Fiscal para autorizar la adopción de medidas investigación en la fase de instrucción, entre las que se encuentran la de acordar la entrada y el registro domiciliario, venía prevista en los anteproyectos de ley

del año 2011 y 2013 que atribuían al Ministerio Fiscal la instrucción del proceso penal bajo el control del denominado Juez de Garantías, esta iniciativa en el cambio de papeles al configurar la fase de instrucción no llegó a traducirse en una reforma legislativa firme. La interrupción de la iniciativa legislativa se produjo tal vez por las dificultades, entre otras las dificultades prácticas, al asumir la oficina del Ministerio Fiscal, todo el peso de la tramitación propia de la investigación y la fase de instrucción del delito, tramitación que hoy en día viene siendo asumida por la oficina judicial de los juzgados mixtos o los juzgados de instrucción.

Por otra parte, los preceptos que acabamos de señalar pueden ser perfectamente de aplicación, haciendo una interpretación acorde con la normativa vigente y sin perjuicio de los tratados internacionales ratificados por España, teniendo en cuenta siempre las normas especiales que regulan la materia y para los supuestos concretos que vienen regulados en estos preceptos.

3.2 La Cooperación jurídica internacional

3.2.1 Marco normativo

Dentro de los Tratados y convenios Internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, hay que tener en cuenta las herramientas para la cooperación internacional aprobadas en el marco de la Unión Europea, especialmente los convenios relativos a la asistencia judicial mutua en materia penal de 1959 y 2000. Y, asimismo, otros instrumentos más evolucionados basados no en la cooperación o asistencia clásica, sino en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, sobre el que descansa en la actualidad la cooperación judicial en materia penal, incluyendo las medidas para armonizar las leyes de los Estados miembros en diversos ámbitos. Especial atención en este sentido merece la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, transpuesta a nuestro ordenamiento interno por la Ley 3/2018, de 11 de junio que modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM), para incorporar en nuestro ordenamiento la orden de investigación europea (OEI). Esta norma supone la puesta en funcionamiento de un instrumento de reconocimiento mutuo esencial para la obtención de la prueba

transfronteriza, y aunque ni la Directiva, ni la Ley de Reconocimiento Mutuo se refieren expresamente a la diligencia entrada y registro de lugares cerrados, teniendo en cuenta la amplitud de los términos del art. 186.3 de la ley incluyendo “cualquier diligencia de investigación”, no existe ningún obstáculo para que pueda solicitarse su práctica a través de la orden europea de investigación²³⁰.

Esta nueva directiva en materia penal tiene por objetivo simplificar la obtención de pruebas transfronterizas y la norma que en nuestro país la implementa es la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

La nueva directiva²³¹ ha significado un notable avance en el escenario de la asistencia mutua y cooperación en materia probatoria entre Estados, que resultaba confuso y compuesto por un gran número de normas aplicables. Como hemos visto con algo más de un año de retraso sobre el plazo máximo de transposición, el legislador español la llevó a cabo mediante la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM), luego modificada por Ley 3/2018, de 11 de junio²³². La norma basada en el reconocimiento mutuo sustituye las medidas existentes en los convenios de cooperación anteriores, siendo aplicable entre los países de la UE vinculados por la anterior Directiva. Actualmente debemos tener en cuenta a efecto de aplicación de tratados comunitarios la salida de Reino Unido de la Unión Europea.

²³⁰ M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO. (DIRECTORA.VARIOS AUTORES); «Orden Europea de Investigación y entrada y Registro». *En Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia 2019.Pag 302.

²³¹ Vid. ampliamente LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M; *La orden europea de investigación y su incorporación al derecho español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

²³² Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación. (LRM).

3.3 Particular consideración de la Orden Europea de Investigación

La Orden de Investigación Europea (OEI), prevista en el art 186.1 de la (LRM), es una resolución judicial emitida por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, cuya finalidad es llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, para obtener pruebas o medios de prueba en un proceso penal, y este es precisamente el objetivo principal de toda entrada y registro. De forma que dentro de estas medidas de investigación que se pueden solicitar a través de la (OIE) para obtener pruebas, destaca por su importancia la que facilita poder entrar y registrar el domicilio de la persona investigada cuando el mismo se halla en un país diferente del solicitante. La entrada y el registro a través de la OEI se podrá solicitar exclusivamente entre países miembros de la Unión Europea, cuando el domicilio investigado se halla en otro país dentro de la UE, excepción hecha de Dinamarca e Irlanda que no están vinculadas por este instrumento y en consecuencia habría que recurrir en este caso al convenio de asistencia judicial en materia penal.

La Orden de Investigación Europea (OEI) es una resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro, para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, interesando la práctica de pruebas²³³ o de diligencias de investigación, obren ya en poder o no de las autoridades competentes del Estado de ejecución, y sin sometimiento a límite penológico alguno. Se basa en el reconocimiento mutuo, lo que significa que la obligación de reconocer y garantizar la ejecución de la recibida del otro país miembro. Esa ejecución debe realizarse de la misma forma y con arreglo a las mismas modalidades que si la medida hubiera sido ordenada la autoridad del país de ejecución. Se configura de este modo, como el instrumento jurídico básico para la obtención de pruebas penales transfronterizas entre Estados miembros de la Unión Europea.

²³³ JIMENO BULNES, MAR; «La prueba transfronteriza y su incorporación al proceso penal español», en González Cano, I. (coord.), *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 719-766

El art.186.3 LRM, contempla que la OEI puede comprender todas las medidas de investigación. Y resulta de aplicación tanto en fase de instrucción (diligencias de investigación) como en fase de juicio oral (pruebas).

En cuanto a las diligencias de investigación a practicar, en los art. 195 a 203 LRM regula expresamente determinadas diligencias de investigación que pueden ser solicitadas a través de este mecanismo; traslado temporal de personas privadas de libertad al otro Estado de emisión para llevar a cabo una medida de investigación, comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual, la declaración por conferencia telefónica (solamente para testigos y peritos), Información sobre cuentas bancarias y otro tipo de cuentas financieras, Información sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras, Medidas de investigación que impliquen la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado período de tiempo, Investigaciones encubiertas, Intervención de las comunicaciones.

También se incluye la posibilidad de solicitar medidas cautelares destinadas a «impedir de forma cautelar la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un objeto que pudiera emplearse como prueba.» (art.32.1 de la Directiva y art.203 y 223 LRM).

Sin embargo, no se trata de una enumeración *numerus clausus*; el art 186.3 LRM admite también la solicitud de otras medidas de investigación sin regulación expresa como pueden ser, las dirigidas a la obtención una prueba digital o electrónica²³⁴ y por supuesto la diligencia de entrada y registro. Siempre que la medida solicitada se ajuste a los criterios generales establecidos por la directiva. Ahora bien, como excepción, no se puede aplicar a la creación de un equipo conjunto de investigación y la obtención de pruebas en dicho equipo, ni a la transmisión de antecedentes penales, que se regirán por sus respectivas regulaciones. Tampoco es aplicable a la vigilancia transfronteriza puesto que se trata de cooperación policial, y no judicial.

La orden de investigación puede ser emitida por los jueces o tribunales que conozcan del proceso penal en el que se deba adoptar; o bien por los que hayan

admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento una vez terminada la instrucción, se entiende que esta opción se dará cuando no ha dado tiempo a practicarse las diligencias necesarias durante la instrucción. En aquellos ordenamientos en que el fiscal dirige la instrucción la orden puede ser emitida también por los fiscales en los procedimientos que instruyen.

En el caso de que sea necesario solicitar una OEI en un proceso penal seguido en España, conforme al art. 187 LRM, cuando la orden europea de investigación contenga alguna medida limitativa de derechos fundamentales, y que no pueda ser sustituida por otra que no restrinja dichos derechos, ésta será remitida por el Ministerio Fiscal al juez o tribunal para su reconocimiento y ejecución. En cambio, cuando la orden europea de investigación no contenga medida alguna limitativa de derechos fundamentales, el Ministerio Fiscal será competente para reconocer y ejecutar la orden europea de investigación.

La resolución que ordene la emisión de OEI puede dictarse de oficio o a instancia de parte, pero debe de ser motivada, justificando la necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada. Ello exige la existencia de un nexo causal entre la medida de investigación que se solicita y los hechos que se investigan. La autoridad emisora debe realizar un juicio racional de probabilidad, comprobando que dicha diligencia es esclarecedora de los hechos relevantes investigados en el proceso penal correspondiente. Así se infiere necesariamente del art.6 de la Directiva, al establecer que «la autoridad de emisión únicamente podrá emitir una OEI cuando: a) la emisión sea necesaria y proporcionada a los fines de los procedimientos a que se refiere el art.4 teniendo en cuenta los derechos del sospechoso o acusado y b) la medida o medidas de investigación requeridas podrían haberse dictado en las mismas condiciones para un caso interno similar».

²³⁴ DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT; vid. «Reflexiones acerca de la propuesta de Reglamento UE sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal», en *Revista General de Derecho Procesal*, N°. 58, 2022

Como cualquier mecanismo de cooperación internacional tiene dos aspectos diferentes y complementarios, la actuación del órgano del estado emisor que solicita la medida (cooperación activa) y el órgano del estado receptor que recibe la solicitud para practicar la medida (cooperación pasiva). Dependerá del rol desempeñado la actuación y los requisitos a cumplir por cada órgano. Cuando se trata del registro domiciliario la cooperación se ejecuta de forma que los agentes del país que recibe la orden practican la entrada y el registro. No se puede ejecutar la OEI mediante la creación de un equipo conjunto de investigación porque la creación de estos equipos y la obtención de pruebas en dicho equipo se rige por su respectiva regulación.

En la práctica, lo más habitual es que los agentes actuantes son los del Estado receptor; son estos los que conocen el lugar y los que disponen de jurisdicción, pero podrán ser asesorados por los agentes del estado europeo solicitante en el propio acto o incluso por el juez que haya autorizado la medida, quienes pueden intervenir como observadores. Serán ellos quienes mejor conocen los efectos que pudieran estar relacionados con la investigación judicial y la importancia de los efectos que si fueran hallados es importante intervenir. Es frecuente que se desplace un equipo de investigación del país extranjero para asesorar en este sentido y tratar de garantizar la eficacia de la medida acordada. En este sentido el art 191 LRM establece que, la autoridad española competente, justificando las razones por las que lo considera conveniente, podrá solicitar la participación en la ejecución de la orden europea de investigación de una o varias autoridades o funcionarios españoles, en la misma forma en que hubieran podido estar presentes en su ejecución en territorio nacional.

Tradicionalmente la cooperación judicial se llevaba a cabo a través de las pertinentes «*comisiones rogatorias*» extranjeras y se devolvían cumplimentadas con el resultado correspondiente por el mismo conducto recibido, bien directamente a la autoridad judicial extranjera que la remitía, como se admite en los más recientes Tratados y Convenios o bien a través de las autoridades gubernamentales o utilizando la vía diplomática, sin embargo la OEI no necesita la remisión de exhorto; basta con enviar el formulario que se recogen como anexo en la LRM. Sin embargo, la remisión directa de la solicitud y el envío del formulario preceptivo no impide al órgano judicial emisor acompañar un exhorto con información más completa; algunos juzgados de

instrucción así lo siguen haciendo para facilitar la práctica de las actuaciones, aunque se trata de una solución innecesaria y, hasta cierto punto pudiera ser considerada errónea puesto que desatiende las recomendaciones de envío directo entre autoridades que se derivan del art. 190.2 LRM y el Art 7.7 de la Directiva.

La orden europea de investigación se emite mediante un formulario normalizado, formulario “A” que se adjunta a la directiva, anexo XIII de la (LRM), este formulario recoge los datos necesarios para poder practicar la medida y se debe traducir a la lengua oficial del Estado miembro de la UE de ejecución o a cualquier otra lengua indicada por dicho Estado miembro. Así lo establece el art.7.3 LRM, salvo que disposiciones convencionales permitan, en relación con ese Estado, su remisión en español. De forma que si se remite desde un órgano extranjero la solicitud a los órganos españoles deberá utilizarse el idioma Castellano. Algunas aplicaciones como el prontuario judicial facilitan la traducción del formulario al idioma correspondiente facilitando el modelo en el idioma marcado dentro del desplegable de países posibles que recoge la aplicación. Hay que tener en cuenta que si se acompaña documentación adicional, aunque no fuere necesaria también debe estar traducida al idioma del país de ejecución.

La transmisión del formulario se hará directamente por el Juez o Tribunal español (o Fiscal en su ámbito) a la autoridad judicial competente²³⁵ del Estado de ejecución, a través de cualquier medio que deje constancia escrita en condiciones que permitan acreditar su autenticidad. De esta manera, no es rara su recepción por correo certificado; aunque pueda adelantarse por fax o email que es bastante más rápido. Para localizar a la autoridad judicial concreta, es una herramienta útil el Atlas Judicial Europeo, aplicación que permite a través de un mapa pinchar encima del territorio correspondiente para conocer la autoridad competente, según el tipo de cooperación que se necesita. Por supuesto el formulario debe estar firmado por la autoridad emisora competente.

En la práctica los equipos de policía judicial pueden facilitar la tarea necesaria para emitir la orden, pues como consecuencia de las indagaciones que dan lugar a la solicitud al Juez de la diligencia se habrán puesto en contacto con sus homólogos, las fuerzas o cuerpos de seguridad del lugar donde se necesita investigar, que les habrán

facilitado la información necesaria para conocer la localización del domicilio y la autoridad competente.

Desde la perspectiva pasiva, por lo que respecta a la OEI en nuestro país, el Ministerio Fiscal es la autoridad competente para recibir en España todas las OEI emitidas por las autoridades de otros Estados de la UE; según la materia y la medida solicitada, serán competentes la Fiscalía de la Audiencia Nacional, la Fiscalía Antidroga, la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, la Unidad Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado o las fiscalías provinciales.

La Directiva recoge además un formulario de recepción, el formulario “B”, anexo XIV de la (LRM), para que el estado receptor comunique al emisor haber recibido la OEI, este formulario deberá ser cumplimentado por la autoridad del Estado de ejecución tras la recepción de la orden.

Cuando se trata de la solicitud de una entrada y registro una vez recibida la solicitud para practicar la entrada, el Ministerio Fiscal la remitirá al órgano judicial competente, dado que se trata de una medida limitativa de derechos fundamentales y que no se puede sustituir por otra medida. Además, hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento es necesario para la validez de esta diligencia la intervención del Letrado de la Administración de Justicia y el LAJ está necesariamente adscrito al juzgado de instrucción no a la Fiscalía, de forma que su intervención depende del juzgado que sea competente.

Normalmente la remisión de la orden al órgano judicial encargado de su ejecución se hará por la remisión desde Fiscalía a través del Decanato correspondiente, que la repartirá al Juzgado que por turno corresponda o al Juzgado de Guardia si se trata de actuaciones urgentes propias del servicio de guardia. Este reparto se debe efectuar cumpliendo con las normas establecidas para el reparto de asuntos del partido judicial y garantizando en su caso el derecho al juez legal predeterminado, así como el secreto de

²³⁵ GARRIDO CARRILLO, FRANCISCO JAVIER; «Insuficiencias y limitaciones de la orden europea de investigación (OEI)», en *Revista de estudios europeos*, Nº monográfico 1, 2019, págs. 206-224.

actuaciones para evitar frustrar la finalidad del registro. La decisión de reconocer y ejecutar la orden europea de investigación o, en su caso, denegar²³⁶ su ejecución deberá ser tomada cuanto antes y, a más tardar, en el plazo de treinta días desde su recepción por la autoridad competente según el art.208.1.2º LRM.

Cuando la medida de investigación solicitada no existiera en Derecho español o no estuviera prevista para un caso interno similar, la autoridad competente española ordenará la ejecución de una medida de investigación distinta a la solicitada, si dicha medida fuera idónea para los fines de la orden solicitada²³⁷. Cuando se trata de un registro domiciliario se trata de una medida prevista en nuestro ordenamiento y difícilmente sustituible por otra de forma que la decisión de reconocer y ejecutar la orden de registro dependerá de que se encuentre debidamente motivada, por la existencia de un nexo causal entre la entrada y registro en el domicilio que se solicita que se solicita con los hechos que se investigan. Acreditar la existencia del nexo causal exige realizar un juicio racional de probabilidad de que dicha diligencia pueda aportar medios de prueba que sirvan para esclarecer el delito. La OIE no condiciona su adopción a ningún límite en función de la pena que proceda imponer en el proceso penal en que se solicita, de forma que su adopción se desvincula de la gravedad de la infracción investigada.

²³⁶ Sobre causas de denegación de la OEI vid. DE HOYOS SANCHO, MONSERRAT; «Reconocimiento y ejecución de la OEI», en GONZALEZ CANO, MARÍA ISABEL, (directora). *La Orden Europea de Investigación y la prueba transfronteriza*, ed Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pág. 596-632. Asimismo, PILLADO GONZÁLEZ, E., “Los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución por las autoridades españolas de una orden europea de investigación que requiera medidas específicas de investigación”, en Jiménez Conde, F. y González Cano, I. (directores); Fuentes Soriano, O. (coord.), *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 59-76

²³⁷ Sobre esta materia véase ARANGÜENA FANEGO, CORAL; «*Orden europea de investigación: régimen de sustitución de la medida solicitada*», Indret, nº 1, 2021

Los Estados miembros velarán por que las vías de recurso equivalentes a las existentes en un caso interno similar sean aplicables a las medidas de investigación indicada en la OEI. De forma que cuando la resolución que acuerde el reconocimiento y posterior ejecución sea dictada por un juez (auto) «se podrán interponer los recursos que procedan en cada caso conforme a las reglas generales previstas en la ley procesal vigente». Es decir, los recursos de reforma y apelación en los términos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²³⁸.

Siguiendo a Coral Arangüena²³⁹, podemos concluir que la finalidad de esta nueva norma europea es la de crear y reunir en torno a un instrumento jurídicamente vinculante un nuevo sistema global general, para la obtención transnacional de pruebas, que pueda reemplazar a los instrumentos existentes y acabar con el fragmentado sistema que regía anteriormente entre los diferentes estados que se caracterizaba por la dispersión y confusión. La nueva norma ha supuesto un avance, pero las diferencias entre los distintos ordenamientos de cada país siguen provocando dificultades a la hora de llevar a cabo y ejecutar en la práctica las diligencias de investigación acordadas en otros países.

La OEI, se crea también para garantizar que las pruebas reunidas sean admisibles, las autoridades del país de ejecución están obligadas a cumplir los procedimientos especificados por las autoridades del país requirente, siempre y cuando no sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del país de ejecución. No

²³⁸ En «Régimen de recursos» en la OEI vid. MATÍAS LÁZARO, FRANCISCO; en, *Orden Europea de investigación y entrada y registro* GONZALEZ CANO, MARÍA ISABEL, (directora). *La Orden Europea de Investigación y la prueba transfronteriza*, ed Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pág. 369-381

²³⁹ ARANGÜENA FANEGO; CORAL. «Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 58 (2017), página 934. Y, así mismo «OIE: aspectos generales del nuevo instrumento de prueba penal transfronteriza» en GONZÁLEZ CANO; M^a ISABEL (DIRECTORA. VARIOS AUTORES). *En Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia 2019. Pág 302. En este sentido también vid. BUJOSA VADELL, L., «La asistencia judicial en materia penal en la Unión Europea», en *Revista de Derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas*, N^o. 12, 2009, págs. 73-86

olvidemos que es una resolución judicial emitida o validada por la autoridad judicial de un país de la UE para llevar a cabo medidas de investigación en otro país de la UE, con vistas a reunir pruebas. Desde el punto de vista funcional como hemos dicho, la Directiva de investigación abarca todas las medidas de investigación, a excepción²⁴⁰ de la creación de un equipo conjunto de investigación.

Cuando se solicite la conservación del medio de prueba en el Estado de ejecución, se indicará la fecha en que habrá de levantarse la medida cautelar instada o la fecha estimada en la que se formulará la solicitud para que su traslado a la autoridad judicial solicitante del auxilio judicial. Las pruebas obtenidas, se trasladarán de manera inmediata a la autoridad del Estado de emisión y se indicará si deben ser devueltas a las autoridades competentes españolas tan pronto dejen de ser necesarias en el Estado de emisión. Esto puede ocasionar algunos problemas prácticos, ello porque en algunas investigaciones, como por ejemplo las relacionadas con el tráfico de drogas o sustancias nocivas, pueden intervenir una gran cantidad de piezas de convicción, que en su caso deberán ser remitidas directamente por los agentes actuantes, una vez el juzgado haya terminado sus actuaciones. También suele suceder la intervención de importantes cantidades de dinero, durante la práctica de la diligencia de entrada, en este caso se efectuará el depósito correspondiente en la cuenta de consignaciones del juzgado actuante para su posterior transferencia a la autoridad del país emisor de la orden.

La ejecución de la entrada y registro debe realizarse en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 545 y ss. de la LECrim.) con las garantías que ha configurado a base de su jurisprudencia tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, respetando también las formalidades y garantías existentes en el estado de emisión, que no sean contrarias a los principios y a la normativa de nuestro ordenamiento jurídico español.

²⁴⁰ PILLADO GONZÁLEZ; ESTHER, «Los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución por las autoridades españolas de una orden europea de investigación que requiera medidas específicas de investigación», en Jiménez Conde, F. y González Cano, I. (directores); Fuentes Soriano, O. (coord.), *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 59-76

Como nos recuerda MATÍAS LAZARO, adquiere especial importancia²⁴¹ la documentación de la diligencia de entrada y registro: el art. 569 de la LECrim dispone que el LAJ, levantará acta del resultado, del registro que será firmada por todos los asistentes. Pero además la autoridad de emisión puede también solicitar que se documente utilizando otros medios, como la fotografía o el vídeo o que se hagan constar otros detalles suplementarios en el acta que se levante, documentación que se llevará a cabo por los agentes actuantes, sin sustituir, a la exigida por el art. 569. El acta se redactará en español, como se desprende de los arts. 17 y 21 de la LRM.

A pesar de algunas dificultades prácticas que puedan surgir, es indudable que a través de esta herramienta, la Unión Europea se ha dotado de una útil herramienta para llevar a cabo diligencias de investigación y aseguramiento de fuentes de prueba, entre las que sin lugar a dudas se encuentran la práctica de una entrada y registro de un domicilio. De forma similar a su práctica dentro de cada estado, la autoridad del órgano requirente remite la solicitud y el Estado requerido lleva a cabo la entrada y el registro de un domicilio, casi como si se tratase de una solicitud de auxilio interno remitida por un órgano judicial del mismo estado, si bien en la práctica podemos encontrarnos con dificultades propias derivadas de estar llevando la investigación un órgano y un equipo de policía judicial de un país extranjero.

4. Requisitos para la acordar la entrada y el registro domiciliario

Siguiendo lo establecido en el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 546 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debemos entender que en la legalidad de la resolución judicial motivada autorizante, se basa la legitimidad de la entrada y registro domiciliarios. Ahora bien, el sacrificio y el límite que la entrada supone, para el derecho fundamental del investigado, hace imprescindible que tal resolución deba revestir un conjunto de requisitos y garantías. Que han sido analizados detenidamente y clarificados por nuestro TC en su doctrina, sirva de ejemplo STC 233/1999, y que pasamos a examinar a continuación.

²⁴¹ En «Ejecución de la orden» vid. MATÍAS LÁZARO, FRANCISCO; en, *Orden Europea de investigación y entrada y registro* GONZALEZ CANO, MARÍA ISABEL, (directora). *La Orden Europea de Investigación y la prueba transfronteriza*, ed Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pág. 369-381

a. La Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad ha sido profundamente analizado en el ámbito de las comunicaciones telefónicas por el Tribunal Constitucional y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estableciendo de forma tajante que «una medida restrictiva de un derecho fundamental sólo puede entenderse constitucionalmente legítima desde la perspectiva de este derecho fundamental, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad. Es decir, si, la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo»²⁴².

No debemos olvidar que la propia naturaleza de los derechos y libertades fundamentales determina que la ponderación de los mismos, como recuerda Prieto Sanchís²⁴³, deba hacerse necesariamente caso por caso, dado que «el método de la ponderación no supone establecer algo así como un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la Constitución, hemos de suponer que «en abstracto» todos ellos tienen el mismo peso o importancia.

En el plano práctico este requisito viene acomodándose mediante la exigencia de cinco presupuestos a saber; el primero de ellos es que el delito investigado sea un delito muy grave tanto a efectos penológicos —conforme a lo dispuesto en el art. 33 de Código Penal—, como por el hecho de ser un delito que por su propia naturaleza sea susceptible de producir alarma social grave y un cierto reproche por parte de la sociedad. En este sentido, la STS 202/2001 de 15 de octubre, nos recuerda que «la gravedad de los hechos no ha de determinarse únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, sino que también han de tenerse en cuenta el bien jurídico protegido y la relevancia social de la actividad».

²⁴² Así se recoge en STC 167/2002, de 18 de septiembre.

²⁴³ PRIETO SANCHIS, LUIS; *Constitucionalismo y positivismo*. Fontamara, México, 1997, pág.11 y ss.

En el caso de la entrada y registro, si bien es cierto que nos encontramos ante una diligencia que produce la vulneración de un derecho fundamental, las posibles injerencias quedan justificadas siempre que se hayan ajustado, entre otros, al principio de proporcionalidad, que consiste en la necesidad de realizar una ponderación de los bienes en conflicto que establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para comprobar la adecuación de una medida que afecta a derechos fundamentales ²⁴⁴, y de las circunstancias convergentes en el caso concreto²⁴⁵. Al suponer la restricción de un derecho, objeto de protección especial, la autoridad judicial para verificar si supera el juicio de proporcionalidad debe constatar si cumple con tres importantes requisitos:

1.º La medida es adecuada para conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad).

2.º La medida es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más ponderada para conseguir el fin propuesto con igual eficacia (juicio de necesidad).

3.º La medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto); es decir, que el juicio de proporcionalidad ha de entenderse en el sentido de «puesta en relación de los valores a que atienden las normas para la resolución de conflictos, mediante el equilibrio de los intereses enfrentados».

b. La Justificación

El segundo de los requisitos conlleva garantizar que el auto se halle debidamente justificado. Ello supone comprobar que en el mismo se expresa con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental

²⁴⁴ En Sentencia del Tribunal Constitucional 206/1996.

²⁴⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLAS; *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Proceso Penal*. ed. Colex, 1990, pág. 225

restringido y los límites de la misma; lo cual exige una argumentación con base sólida en los indicios que dan lugar a la adopción de la medida y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado, y la ventaja que se obtendrá con la adopción de la medida. Debiendo además precisarse con detalle las circunstancias espaciales de ubicación del domicilio, el momento y plazo para efectuar la entrada y registro, así como el titular del domicilio que debe coincidir con el investigado o alguno de los investigados.

a. La motivación

El tercer requisito se encuentra en la motivación de la resolución, motivación en sentido propio y sustancial con indicación de las razones por las que se acuerda, y el juicio sobre la gravedad de los hechos delictivos investigados. La motivación debe tener en cuenta toda la actividad policial llevada a cabo con antelación o la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o efectos relacionados con el delito.

El Tribunal Constitucional²⁴⁶ ha establecido la necesidad de que en el auto se concrete con precisión el delito que se investiga, las personas a investigar, los domicilios a intervenir y el plazo de intervención, y así mismo la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, la falta de esos indispensables datos no puede ser justificada *a posteriori* por el éxito de la investigación misma.

Falta la necesaria motivación, cuando el Auto judicial no contiene una motivación suficiente y no incorpora, aunque existan, las razones que puedan permitir entender que el órgano judicial ponderó los indicios de la existencia del delito y la relación de la persona respecto de la que solicitó la intervención con el mismo. El órgano judicial debe valorar, en los términos constitucionalmente exigibles, la concurrencia del presupuesto legal habilitante para la restricción del derecho». Para ello es necesaria la previa constatación de indicios serios y razonables de la comisión de un delito; las meras sospechas más o menos genéricas o individualizadas no son suficientes

²⁴⁶ En STC 167/2002, de 18 de septiembre

sin la concurrencia de indicios concretos, de tal modo que se ha de contar con noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia (el llamado "éxito razonable"), así como de llegar por vía del registro al conocimiento de los autores del ilícito o a la confirmación de éste, pudiendo derivar estos indicios de las previas actuaciones judiciales o incluso ser facilitados por la Policía coincidiendo con el inicio del proceso penal, pero siempre valorados por el Juez en cuanto a su suficiencia.

La motivación debe reflejar la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida —investigación del delito— con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental, que serán necesariamente los investigados, aunque pueda verse también afectada la intimidad de otras personas que conviven en el domicilio. Constituye el presupuesto lógico de la motivación de la medida, que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de la conexión entre los investigados y el domicilio que se pretende registrar, habiendo constancia de la posibilidad de encontrar en el domicilio efectos que puedan servir para esclarecer las circunstancias del delito o recuperar efectos provenientes del delito.

La jurisprudencia moderna²⁴⁷ rechaza la motivación del auto habilitante de la entrada y registro que pueda consistir en la simple remisión a los oficios policiales. La doctrina de Sala segunda del Tribunal Supremo reconoce que si bien ha admitido tradicionalmente la motivación de la resolución judicial por remisión al oficio policial que interesa la adopción de la medida, cada vez con más énfasis se requiere que sea en la resolución judicial donde deba figurar la justificación razonada de dicha medida lesiva de un derecho fundamental de la persona. Es doctrina consolidada de esta Sala que el indicio de delito que aporte al juez la solicitud policial es algo más que la expresión de una convicción subjetiva de la existencia de un ilícito. Se necesita que la sospecha sea "fundada", es decir, apoyada en datos concretos y objetivos, por mínima que sea su entidad, que permitan al juez realizar sobre ellos un juicio de racionalidad so-

²⁴⁷ Esta doctrina viene recogida entre otras en STS 370/2008.

bre su eficacia indiciaria respecto del delito de que se trata. Porque si lo que se presenta al juez como fundamento de la medida es una simple sospecha, conjetura o convicción anímica huérfana de un soporte material concreto y determinado de datos o elementos fácticos externos evaluables y contrastables, lo que se está demandando del juez no es que ejercite la función de "formar criterio" y resolver en consecuencia sobre la pertinencia de la medida interesada, sino que ejecute un puro y desnudo acto de fé (véanse STC núm. 49/1999 y SSTS de 10 de febrero y 1 de marzo de 2.001), muy distante del juicio crítico de racionalidad sobre la suficiencia o insuficiencia de los datos que la Policía le ofrece.

También resulta interesante en relación, a la motivación del auto habilitante lo establecido en la reciente STS 1231/2020, de 1 de octubre de 2020, esta sentencia de la sala tercera que establece como doctrina la prohibición de registros de carácter prospectivo, indicando que la necesidad de motivar el Auto judicial no permite presumir en la mera comprobación un derecho incondicionado o natural a entrar en el domicilio. Se rechaza la autorización de entrada con fines prospectivos, estadísticos o indefinidos, para ver qué se encuentra, esto es, para el hallazgo de datos que se ignoran, sin identificar con precisión qué concreta información se pretende obtener. No proceden las entradas para averiguar qué es lo que tiene el investigado en su domicilio. Es preciso

que el auto judicial motive y justifique -esto es, formal y materialmente- la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida de entrada, sometiendo a contraste la información facilitada por los agentes, que debe ser puesta en tela de juicio, en su apariencia y credibilidad, sin que quepan aceptaciones automáticas, infundadas o acríicas de los datos ofrecidos. Sólo es admisible una autorización por auto tras el análisis comparativo de tales requisitos, uno a uno. No pueden servir de base, para autorizar la entrada, los datos o informaciones generales o indefinidos procedentes de estadísticas, cálculos o, en general, de la comparación de la situación supuesta del titular del domicilio con la de otros indeterminados contribuyentes o grupos de estos, o con la media de sectores de actividad en todo el territorio nacional, sin especificación o segmentación detallada alguna que avale la seriedad de tales fuentes.

b. El control judicial

El requisito final que sirve para dar cumplimiento a los demás sería el control judicial, esto es, que una vez autorizada la medida, se lleve a cabo en presencia del Letrado de la Administración de Justicia y dando cuenta al juez competente de cualquier cuestión relevante que se pueda producir durante la práctica de la diligencia. No obstante, este tipo de irregularidades no afectarían al Auto autorizante, puesto que según ha establecido el Tribunal Constitucional²⁴⁸, «no constituyen una vulneración del derecho fundamental las irregularidades cometidas en el control judicial *a posteriori* del resultado de las intervenciones practicadas, pues dichas irregularidades no tienen lugar durante la ejecución del acto limitativo del derecho, sino en el momento de incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales».

Como control judicial hay que añadir el llevado a cabo por los órganos judiciales a través del sistema de recursos, aunque será principalmente un sistema de control *a posteriori* dado que el auto de acordando la entrada se notifica en el mismo momento en que los agentes se personan en el domicilio, siendo que de otro modo se frustraría su finalidad propia al conceder un plazo al investigado para recurrir antes de su práctica. Nada impide sin embargo un control judicial posterior, denunciando la nulidad del Auto a través del sistema de recursos existente dentro nuestro orden penal, para garantizar la legalidad de las resoluciones

e. La tramitación de la autorización que acuerda la entrada y registro

Para completar el examen de la legalidad del Auto habilitante, es necesario tener en cuenta los diferentes aspectos de la tramitación del procedimiento en que se acuerda el auto habilitante. Podemos destacar que como hemos visto la competencia para emitirlo, como regla general corresponde al «Juez o Tribunal que conociere de la causa», siendo imprescindible, por tanto, que se haya iniciado el correspondiente proce-

²⁴⁸ Hace referencia al necesario control judicial la STC 202/2001, de 15 de octubre.

so penal por delitos, pues al tratarse de una medida limitativa de derechos fundamentales es necesario que existan indicios suficientes para su adopción; indicios que sólo podrán obtenerse en el marco de un proceso penal en curso.

En cuanto al tipo de procedimiento, parece que la redacción actual veta al Juez de Guardia la posibilidad de adoptar esta medida en el ámbito de unas diligencias indeterminadas, cuando entendiéndose que el inicial espacio temporal en el que se desarrollan y la información disponible aún no permite determinar el procedimiento aplicable. La vulneración del derecho fundamental se produce cuando el juez autoriza la entrada sin tener clara la existencia de hechos ciertos, que evidencian la posible comisión de un delito concreto, por una persona determinada; la habilitación entonces será ilegal, por no cumplir con la justificación necesaria.

La incoación inicial del procedimiento tiene lugar siempre a través de unas diligencias previas. Por ello las medidas que se acuerden en este primer momento procesal, como la entrada y el registro domiciliario se adoptan en fase de diligencias previas, pues conforme al art.774 LECrim, todas las actuaciones judiciales relativas a delitos se registrarán como diligencias previas y les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 301 y 302. Sin embargo, nada impide que posteriormente cuando consten datos que justifican la aplicación de otro tipo de procedimiento, como por ejemplo el Sumario o el del Tribunal del Jurado, se pueda transformar el procedimiento, tal y como prevé la LECrim. El cambio de procedimiento no implicará el cambio de instructor, así lo prevé expresamente en el art. 760 LECrim. Debemos tener en cuenta que, aunque la medida de registro venga regulada dentro del procedimiento sumario (común o por delitos graves), en la práctica, la medida se adoptara en la mayor parte de los casos dentro del procedimiento abreviado, en el marco de las diligencias previas de investigación, dado que se corresponde por su propia naturaleza, con una fase inicial de investigación del delito, salvo algún caso especial.

No es admisible la incoación de diligencias indeterminadas ante la solicitud policial por medio del oficio correspondiente, será siempre obligada en estos casos la incoación de diligencias previas, a través del auto de incoación pertinente. La solicitud por los agentes, como venimos indicando, requiere la puesta en conocimiento de la Autoridad judicial de unos hechos que pudieran ser constitutivos de delito, que cumplan

los requisitos para ello y vengán respaldados por el resultado positivo de la investigación policial previa. Si no se determinada el delito objeto de investigación la adopción de la medida es inviable.

La autorización contenida en el auto origina la expedición del correspondiente mandamiento de entrada y registro a favor de los agentes actuantes para practicar la entrada, realizar la investigación y comprobación de la existencia del delito, recogiendo los agentes las fuentes de pruebas que puedan convertirse en prueba de cargo en la fase de juicio oral. Los mandamientos firmados que recogen la orden de entrada y registro deberán ser entregados a los agentes antes de efectuar la entrada, es el mandamiento el que ordena dar cumplimiento a la orden contenida en el auto habilitante.

En nuestra opinión con relación al momento de llevar a cabo la práctica de la diligencia de registro, se echa en falta una regulación especial y más detallada que regule aspectos prácticos de las cuestiones que venimos indicando, habida cuenta que nos encontramos ante un derecho fundamental cuya vulneración supone una grave restricción de la libertad personal y por ello es necesaria una normativa especial y actualizada a la hora de regular la entrada y registro domiciliario, con preceptos específicos y criterios concretos que justifiquen la adecuación de la medida en el momento de tomarla. Solo hay que ver la cantidad de alegaciones pidiendo la nulidad por vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio que han sido y siguen siendo resueltas por nuestro Tribunal Supremo.

5. El Auto acordando la entrada y registro

5.1. El contenido del auto que acuerda la entrada y el registro

Por lo que respecta al contenido del auto, como hemos visto cuando se acuerda la práctica de una diligencia limitativa de derechos fundamentales, es necesario hacer constar una serie de datos para garantizar la legalidad y la proporcionalidad de la medida y evitar una posterior nulidad de todo lo actuado. El lugar donde se deben recoger esos datos y requisitos que garantizan la actuación ajustada a la Constitución y la ley es la resolución dictada por el órgano judicial competente, esta resolución no es

otra que el auto que de forma motivada acuerda o deniega la medida solicitada por los responsables de la investigación. Normalmente esta solicitud proviene de la Policía Judicial, pero hay otros cuerpos que pueden instarlo, como por ejemplo las unidades combinadas de Vigilancia aduanera que tienen competencia para la investigación de delitos; especialmente, por poner un ejemplo, la investigación de delitos relacionados con el tráfico de drogas o el contrabando.

En este sentido, el art. 558 LECrim., precisa que el auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el Juez expresará en él y de forma concreta el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día o también de noche, así como la Autoridad o funcionario que los haya de practicar. De modo que, la ley no contempla referencia alguna a la figura del investigado o titular de la vivienda dónde se debe desarrollar la diligencia. Este hecho ha dado lugar a una interpretación jurisprudencial del precepto que ha sido calificada por algunos autores como contradictoria sin que la jurisprudencia sea unánime al pronunciarse respecto esta cuestión.

Así por ejemplo, la STS 637/1995 entendió que mientras se establezca con precisión la identificación topográfica del domicilio, no identificar por nombres y apellidos al titular del mismo no es causa de nulidad. La práctica reciente siguiendo a la jurisprudencia, centra las exigencias para evitar nulidades en que se trate del domicilio del investigado y se hayan realizado una serie de comprobaciones que acreditan que el domicilio tiene relación con los hechos investigados, siendo hechos que justifiquen acordar una medida de este tipo, aunque algunas sentencias²⁴⁹, se pronuncian en sentido contrario declarando la nulidad de un registro por no contener el auto «mención expresa de la persona cuyo domicilio se va a ver afectado por la medida».

²⁴⁹ En sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1991. Al realizar la diligencia se hizo ya constar la denominación de la vivienda, pero en el mandamiento judicial, referido a la solicitud cursada e identificada como la número 6481 (número del oficio de petición cursado por la Policía), se omitió, por parte del Juzgado, el nombre y apellidos del acusado, con lo cual vino a faltar el requisito más esencial y básico, porque no hubo tal mandamiento para la entrada y registro.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo único que podemos afirmar es que entre los datos que necesariamente deben hacerse constar en el auto se encuentra la identificación del sujeto pasivo de la medida, pues es uno de los requisitos imprescindibles para proceder a la limitación legítima de un derecho fundamental, basado en la existencia de una imputación concreta, sin que sea posible limitar derechos fundamentales sobre la base de una investigación sin un investigado que este identificado y filiado debidamente.

5. 2 La insuficiencia de motivación

En cuanto a la resolución habilitante, no es suficiente motivación para el auto que autoriza la entrada una remisión genérica a los oficios presentados por la policía. A la vista de las sentencias que declaran la nulidad por insuficiencia de la motivación, parece que sería necesario introducir un precepto que recogiese la prohibición de realizar motivaciones de entrada en domicilio por la vía de la remisión a los oficios policiales. Debe resaltarse que la necesidad de motivación deriva directamente del principio de proporcionalidad que hemos visto, el cual implica tener en cuenta requisitos como la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, antes de dictar el auto habilitante, debe llevarse a cabo una ponderación de los intereses en conflicto, de tal modo, que el fin perseguido no pueda ser alcanzado empleando otros medios menos gravosos.

En sí mismo, el principio de proporcionalidad constituye una doble garantía; es un límite frente al legislador y, al mismo tiempo un límite, frente al órgano jurisdiccional. Frente al legislador, actúa como barrera, obligándole a ponderar «las necesidades del ius puniendi frente a las exigencias derivadas del adecuado respeto a los derechos fundamentales afectados»; ello permite concretar bajo qué condiciones y en qué circunstancias se pueden limitar los derechos fundamentales. Frente a la autoridad judicial, el respeto al principio de proporcionalidad se configura como exigencia necesaria para autorizar llevar a cabo una entrada y registro domiciliario legítima, pues garantiza que el órgano judicial, en el momento de autorizar la práctica de la diligencia, haya tenido en cuenta los siguientes extremos a los que antes hemos hecho referencia: Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Precisamente, el auto y su motivación es el medio a través del cual la autoridad judicial justifica las razones que le llevan a adoptar una medida limitativa de derechos y donde expresa todos los extremos que, como hemos visto, han de ser tenidos en cuenta para ello y la correcta fundamentación del auto en el procedimiento correspondiente, con todas las formalidades legales, que garantizan la legitimidad de la limitación del derecho fundamental a la intimidad de la persona, que cede para la averiguación del delito, dentro de los casos en que la Constitución así lo establece. En consecuencia, la falta de motivación de la resolución por la que se acuerda la entrada y el registro del domicilio provocaría un grave defecto estructural del auto, la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, invalidando la intromisión ilegítimamente realizada con base en el auto²⁵⁰. Como hemos anticipado, esa motivación es la que permite el control de legalidad por los órganos superiores a través del sistema de recursos, asegurando que las mismas se ajustan a los derechos fundamentales y a la legalidad. Si tenemos en cuenta estas afirmaciones, podemos determinar que la exigencia de la motivación sólo se cumplirá cuando el juez estudie personalmente las circunstancias del caso concreto de modo que su decisión se apoye en sus propias apreciaciones y en su valoración como órgano jurisdiccional, exigencia que no se cumplirá en los supuestos de remisión al oficio policial.

Al mismo tiempo, no debemos olvidar que el Tribunal Constitucional es el máximo interprete en lo que a garantía de derechos fundamentales se refiera y que a diferencia del Tribunal Supremo, se ha pronunciado claramente, poniendo de manifiesto la falta de motivación suficiente cuando se produce dicha remisión por parte de la autoridad judicial, al entender que un auto limitativo de derechos fundamentales «no contiene una motivación suficiente cuando no incorpora, aunque existieran, las razones que permitan entender que el órgano judicial ponderó los indicios de la existencia del delito y la relación de la persona respecto de la que se solicitó la intervención»²⁵¹.

²⁵⁰ GIMENO SENDRA, VICENTE; *Derecho Procesal Penal*, ed. Colex, 2008, pág. 259; ASENCIO MELLADO, JOSE MARÍA; *Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, 2008, pág. 123. y CABEZUDO BAJO, M. J; *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, ed. Iustel, 2004, págs. 215-216 y 220-226.

²⁵¹ Así lo recoge el TC en sentencia STC 167/2002.

5.3 La impugnación del auto que acuerda la entrada y registro.

El control judicial es llevado a cabo a través de los medios de impugnación o los recursos concretos que se pueden ejercitar contra el Auto que acuerda la entrada y el registro. Por aplicación de las normas generales de la LECrim, podrá interponerse recurso de reforma y subsidiario de apelación. Concretamente establece el art. 216 que contra las resoluciones del Juez de Instrucción podrán ejercitarse los recursos de reforma, apelación y queja.

Cuando se trata del Auto que acuerda la entrada necesariamente cabe recurso de reforma conforme a lo previsto en el art. 217 pero siendo un recurso no devolutivo fuera de los casos en que el propio Juez Instructor, a la vista del recurso de reforma aprecie que ha existido un error o un defecto a la hora de acordar la diligencia, el control vendrá efectuado por un pronunciamiento de la instancia superior y para ello será necesario interponer recurso de apelación, buscando el control por parte de la Audiencia Provincial correspondiente. Con esta finalidad el Art. 766 LECrim establece que contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación. Salvo que la Ley disponga otra cosa, los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento de modo que no afectará a las actuaciones que ya se han practicado y se encuentran en marcha.

Debemos tener en cuenta además que el recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado, pero en ningún caso, tratándose del procedimiento abreviado será necesario interponer previamente el de reforma para presentar la apelación.

El recurso de apelación se debe presentar en el plazo de cinco días siguientes a la notificación del auto recurrido o del resolutorio del de reforma, mediante un escrito en el que se han de expresar los motivos del recurso, señalarse los particulares que hayan de testimoniarse, debiéndose acompañar los documentos justificativos de las peticiones formuladas. Tras dar traslado a las demás partes personas por un plazo común de cinco días para alegaciones, con indicación de particulares y aportación

documental, se remitirá a los dos días siguientes testimonio de las actuaciones a la Audiencia respectiva, para que resuelva la apelación dentro los cinco días siguientes, de forma que al no producir el efecto suspensivo el recurso, la entrada y registro ya se habrá practicado para cuando resuelva la Audiencia sobre la legalidad o no de lo actuado.

Cuando se trata de una apelación subsidiaria de un previo recurso de reforma, si éste se desestima, se de traslado al recurrente, antes dar traslado a las demás partes personadas, para que pueda formular alegaciones y pueda aportar los documentos necesarios.

La Ley 13/2009 que reforma entre otras la ley procesal penal²⁵², en esta materia atribuye a los Letrados de la Administración de justicia, una vez admitido el recurso, la realización de los traslados para las alegaciones indicadas, así como el señalamiento de la vista.

A través de los recursos previstos, la parte puede denunciar la nulidad del auto que acuerda la entrada y registro por violar el artículo 18.2 CE, cuando falta alguno de los requisitos o elementos que hemos expuesto a lo largo del presente capítulo; por ejemplo, si el auto adolece de un vicio esencial como falta de motivación y concreción al supuesto de hecho y no efectúa una ponderación razonada de los intereses en conflicto en el supuesto objeto de análisis. Así lo ha declarado reiteradamente el TC desde su conocida Sentencia 10/1985: el instructor “debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesaria precisando los aspectos temporales de la entrada”.

²⁵² Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Debe tenerse en cuenta que juega con el máximo rigor el principio de proporcionalidad, que exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido y ello debe ser igualmente objeto de control para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales ²⁵³, cuyo contenido esencial es intangible.

Desde el punto de vista práctico, como hemos visto el auto que acuerda la entrada y registro se notifica por el LAJ justo en el momento previo a dar comienzo a la misma, de forma que será una vez practicada la diligencia, cuando el abogado del investigado tendrá la oportunidad de impugnar la resolución si no se ajusta a la ley o existe algún defecto en ella o en su ejecución, mediante el recurso correspondiente. Dispone para ello para ello de un plazo de cinco días desde la notificación del auto recurrido o del resolutorio del recurso de reforma.

6. La intervención del Letrado de la Administración de Justicia

La figura de Secretario Judicial, hoy en día Letrado de la Administración de Justicia²⁵⁴, se presenta actualmente como pieza clave en la práctica de la diligencia de entrada y registro. Normalmente solo el Letrado de la Administración de Justicia estará presente por parte del juzgado, una vez acordada la diligencia y expedidos los oportunos mandamientos para practicar la entrada, personándose con los agentes actuantes en el domicilio del investigado al efecto. La práctica de la diligencia da comienzo con la notificación del auto que acuerda la misma a los interesados, para registrar el domicilio a continuación, en busca de los efectos relacionados con la causa, para conseguir su aprehensión, tal y como establece la resolución judicial que lo autoriza, dejando constancia de todo ello a través de la oportuna acta judicial.

²⁵³ Así se proclama en STC 66/1985.

²⁵⁴ La LECrim., sigue haciendo referencia a la figura del Secretario Judicial, si bien la Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial por LO 7/2015, establece que las menciones de la ley efectuadas a los Secretarios Judiciales deben entenderse realizadas a los Letrados de la Administración de Justicia. Vid. Sobre este cambio, ESCUDERO MORATALLA, JOSE FRANCISCO y FERRER ADROHER, MERCE. “¿Es idónea y acertada la acepción «Letrado de la Administración de Justicia»?”, en *Diario la Ley*, nº 10173, de 18 de noviembre 2022.

6.1 La obligatoria presencia del LAJ

El Juez que dicta la resolución puede participar en la práctica de la diligencia acordada, pero en la mayor parte de ocasiones, el Juez Instructor no estará presente en la práctica de la diligencia, de modo que la única autoridad judicial presente en el domicilio será el Letrado de la Administración de justicia, auxiliado por los agentes que efectúan la entrada. Los Jueces Instructores por regla general no suelen participar en el registro y esta habitual falta de presencia del juez instructor, en nuestra opinión es una forma de actuar correcta, dado que lo importante durante la práctica de la diligencia, es que todo quede bien reflejado y conste correctamente documentado, garantizando que el modo de ejecutar la diligencia se ajusta a la ley, así como la legalidad del acto en el que se intervienen las fuentes de prueba o futuras pruebas. El juez instructor en este sentido nada aporta y llegado el momento el encargado de valorar esas pruebas para dictar sentencia será la Audiencia o el Juzgado de lo penal. Por tanto sí el instructor no tiene encomendada la función de documentación del proceso y no será el encargado de valorar la futura prueba en que pueda convertirse los efectos allí encontrados, únicamente será precisa su asistencia a la diligencia cuando la composición del lugar de comisión del delito le pudiese ayudar a la hora de instruir la causa.

Por otra parte, por lo que se refiere a la presencia de otras personas al practicar la diligencia, siendo un acto que afecta a la intimidad o privacidad, cuya realización supone la intromisión de una serie desconocidos en un domicilio ajeno parece necesario garantizar un acceso restringido. En su domicilio el investigado ejerce los actos propios de su vida íntima y guarda efectos con ella relacionados que fácilmente van a revelar información y datos reservados inherentes a su personalidad; ello hace defendible la no intervención de más personas que las imprescindibles. Dejando a salvo la existencia de motivos específicos que hicieran necesario la asistencia de personas determinadas para asegurar la instrucción o las fuentes de prueba, por ejemplo, cuando sea necesario un intérprete para asistir al investigado.

Habitualmente la única autoridad que estará presente durante todo el desarrollo del registro con las fuerzas y cuerpos de seguridad será el Letrado de la Administración de justicia del órgano autorizante. Lo anterior conlleva que será al Letrado de la Administración de justicia a quien le plantearán el investigado o los agentes actuantes,

los problemas prácticos que puedan surgir y su resolución deberá producirse lo antes posible, dada la naturaleza de acto del que se trata y la rapidez necesaria para evitar que se frustre la finalidad de la medida, salvando irregularidades que pudieran dar lugar a la nulidad de lo actuado.

Pueden aparecer en este momento circunstancias nuevas para el curso de la investigación, como consecuencia de la entrada, que hagan necesario el dictado de una nueva resolución judicial. Dentro de este supuesto se encuentran por ejemplo los hallazgos casuales, a los que nos referiremos expresamente en el epígrafe que sigue a continuación. Se trata de una cuestión que ha adquirido gran importancia en la práctica, al tener lugar con frecuencia la aparición de este tipo de efectos, relacionados con otro delito diferente de aquel por el que se sigue el procedimiento. Piénsese en un registro por un delito contra el patrimonio donde se hallan efectos que evidencian la comisión de un delito contra la salud pública; en estos casos como vamos a ver existen diferentes opciones y será el Letrado de la Administración de justicia quién para velar por la legalidad del procedimiento, ordenará detener el registro hasta la obtención de la autorización telefónica o por medio de un nuevo auto que amplíe el anterior.

Como vamos a ver es también el Letrado de la Administración de justicia quien documenta el acto ejerciendo la fe pública judicial, velando por garantizar la legalidad del acto y la defensa de los derechos de las personas participes en el mismo. Si analizamos el desarrollo de la práctica de la entrada en el domicilio propiamente dicha, cuando sea necesario forzar la entrada, por motivos de seguridad u operatividad, lógicamente pueden entrar antes las fuerzas y cuerpos de seguridad, y más tarde hacerlo el LAJ una vez asegurado el domicilio, no afectando ello a la validez de la diligencia de registro que no puede comenzar sin la presencia del LAJ. En muchas ocasiones, tratándose de delitos cometidos por bandas organizadas o delincuentes peligrosos, que puedan estar armados en el interior del domicilio, será necesario contar con la interven-

ción de los grupos especiales de la policía o la guardia civil como (G.E.O.S, U.I.P, G.A.R. o G.R.S)²⁵⁵, en el momento de la entrada, para que sea luego la policía judicial la encargada de practicar el registro junto con el Letrado de la Administración de justicia; no obstante el fedatario público estará allí viendo el desarrollo de los acontecimientos, en la medida de lo posible y lo que suceda para entrar tan pronto como la vivienda esté asegurada, teniendo una visión inmediata de lo que sucede.

La presencia necesaria del LAJ durante todo el registro plantea problemas cuando sea preciso realizar varias entradas al mismo tiempo, en distintos domicilios, de forma simultánea. En estos casos, aunque las entradas se acuerdan por un solo juzgado será necesario contar con tantos fedatarios públicos como registros se han de practicar. Por ello será importante que la resolución que acuerda varios registros precise, si los registros se deben practicar de forma simultánea para no perjudicar su finalidad o es posible su práctica sucesiva.

Cuando se acuerda la práctica simultánea de una pluralidad de registros y se cuente con un único (LAJ) sin posibilidad de apoyo por otros compañeros que prestan funciones en el resto de los órganos judiciales, no pudiendo estar en todos los domicilios investigados al mismo tiempo, se ha planteado la posibilidad de admitir que los agentes puedan entrar y «cerrar» el lugar, confirmando que nada se ha tocado, hasta que comparezca el LAJ que ha practicado otra diligencia. Sin embargo, admitir esta posibilidad podría dar lugar a la nulidad o la irregularidad de la entrada, al ser la presencia del fedatario público un requisito imprescindible durante toda la entrada y el

²⁵⁵ Cuando se trata de registros que tienen lugar en investigaciones relacionadas con grupos de crimen organizado, los grupos especiales que suelen intervenir en la práctica de estas entradas y registros domiciliarios suelen ser denominados con acrónimos; G.E.O.S. (grupo especial de operaciones de la policía nacional), U.I.P. (unidad de intervención policial de la policía nacional) G.A.R. (grupo de acción rápida de la guardia civil), G.R.S. (grupos de reserva y seguridad de la guardia civil), se trata de las unidades especiales o de élite dentro de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

registro. Por ello a la hora de organizar el operativo con la policía judicial, una vez está acordada la práctica de varios registros simultáneos, es función del secretario coordinador provincial, la de coordinar la actuación de los letrados de la administración de justicia que ejercen funciones en el partido judicial, para auxiliar al juzgado que precisa la asistencia. Siendo una labor complicada cuando se acuerda por ejemplo la práctica de más de 20 registros simultáneos dentro de un mismo partido judicial, situación que en algunos partidos sucede con relativa frecuencia en operaciones contra el crimen organizado.

En estas ocasiones en las que se acuerdan gran cantidad de entradas y registros para practicar de forma simultánea, además de todos los LAJ que prestan servicio en juzgados del orden penal del partido, también serán llamados a asistir a los registros fedatarios públicos que prestan servicio en otros órdenes jurisdiccionales, como el civil o el social, que no suelen estar acostumbrados a la práctica de este tipo de diligencias propias de una jurisdicción penal especializada.

Cuando no se puede contar con los fedatarios públicos necesarios para practicar las entradas y registros de forma simultánea, deben efectuarse las entradas de modo sucesivo, asumiendo el riesgo para la obtención de hallazgos que esta situación pudiera conllevar cuando sean varios los investigados. El apartado segundo del art. 24 de la CE consagra el derecho a un proceso público con todas las garantías; vinculando la validez de la sentencia de condena a la procedencia de un proceso debido y éste se desenvuelve a través de unas garantías constitucionales, garantías que se van constituyendo al hilo de las actuaciones en que la fe pública, la potestad de documentación y la ordenación del proceso son piezas maestras. Debemos rechazar la práctica consistente en comenzar el registro, asegurando la vivienda y dejar el piso custodiado por los agentes para ir luego a practicar otra entrada con el único LAJ disponible y volver después a practicar el registro del primer piso asegurado. Esta solución que hemos visto en algunas ocasiones no debe ser admitida.

6.2 La asignación de funciones durante el registro domiciliario

Analizando las funciones que despliega el LAJ durante la entrada y registro, conviene recordar que la figura del Secretario Judicial nació en un principio con el fin de servir como garantía del justiciable frente al juez. Así es en la Decretal De probat (1216), de Inocencio III²⁵⁶. Este documento configura dentro de nuestro ordenamiento, por primera vez, «el cargo de secretario como titular del poder de documentación, no como mero auxiliar del juez, sino como una garantía de las partes frente al mismo».

En el registro domiciliario esta función de garantía parece que no se despliega tanto frente al juez, que es quien acuerda el registro, sino más bien frente a la policía judicial, velando el fedatario público por asegurar que la resolución dictada por el juez se cumple en sus estrictos términos, así como por el cumplimiento todas las garantías legales para la protección de los derechos fundamentales y la correcta aplicación de las normas procesales en toda su dimensión.

En 1862, por obra de la Ley del Notariado, se produce la extinción de la enajenación de los oficios públicos y la separación de la fe pública judicial de la extrajudicial, y a partir de 1870 aparece la figura del Secretario Judicial en distintas disposiciones normativas, entre otras, en la Ley Orgánica de 1870, en la Ley de 22 de diciembre de 1953 (modificada por la de 8 de junio de 1963).

La vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y el Real Decreto 429/1988 de 29 de abril, aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, consolidando la institución del Secretario Judicial, en la que se recogen funciones asignadas como propias a estos funcionarios de la Administración de Justicia, a los que se reconoce como autoridad en el art. 281.1 de la LOPJ, al menos en lo que se refiere a la fe pública judicial, «por cuanto que de una parte sus funciones devienen en

²⁵⁶ MARTÍN CONTRERAS, LUÍS; «Pasado, presente y futuro del Secretario Judicial», en *La Fe Pública Judicial (III Jornadas)*, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, 1987, pág. 32.

potestades»²⁵⁷, lo que posibilita la potenciación de la figura del Secretario Judicial. Analizando esta figura, en la práctica de la diligencia que ahora toca examinar, la doctrina²⁵⁸ entiende que «el Secretario Judicial aparece además como garantizador de la observancia de los derechos básicos en cualquier actuación susceptible de ser lesiva de los mismos y, particularmente, cuando en la realidad cotidiana el Juez puede y tiene que estar presente». De manera que la diligencia de entrada y registro que, «excepcional en sí misma, connota una lesión de tales derechos y que, por consiguiente, ha de suponerla en el menor grado posible dentro del campo de juego del principio de proporcionalidad», tiene que practicarse ante la presencia física del Secretario Judicial, salvo en los casos en que se puede prescindir del mismo; esto es, cuando media consentimiento del titular o en caso de flagrante delito (art. 18.2 de la Constitución).

Dentro de las funciones a desplegar durante la entrada y registro para el secretario debemos destacar por tanto en primer lugar la garantía de los derechos del investigado junto con la defensa de la legalidad con todas sus consecuencias. La presencia del LAJ evita que se produzcan a *posteriori* «indefectibles rechazos» de efectos intervenidos por los agentes como medio probatorio. De esta posición, la más acorde con lo expuesto hasta el momento, se deduce que en caso de registro simultáneo de varios domicilios deberá contarse con tantos Letrados de la Administración de Justicia como domicilios cuya entrada se autoriza, para practicarse simultáneamente sin irregularidades.

Además de la defensa de la legalidad, le corresponde al LAJ durante la entrada y el registro la función de documentar el acto. Esta función de documentación será determinante para la constitución de medios de prueba, por ello es habitual que de cara a la preparación del acto del juicio se soliciten por la acusación y la defensa copia del acta

²⁵⁷ Discurso en la sesión de clausura de las Primeras Jornadas sobre la Fe Pública Judicial, Sitges, 1985, pág. 218.

²⁵⁸ CALVET BOTELLA, JULIO; «Incidencias surgidas en la aplicación de las atribuciones conferidas al Secretario Judicial en la Ley Orgánica del Poder Judicial», en *La Fe Pública Judicial (III Jornadas)*, op. cit., págs. 74 y 75.

de registro, para preparar la estrategia de acusación y de defensa, en función de lo constatado en el acta que documenta la entrada. En algunos casos también se solicita durante el juicio oral que se dé lectura al acta que documenta la entrada y el registro. El acta recoge y documenta, además de un listado detallado de los efectos intervenidos la forma y en modo en que los mismos son hallados, junto con otros aspectos que pueden ser determinantes de cara su valor probatorio, como por ejemplo la forma en que se accede al domicilio (indicando si es consecuencia del uso de la fuerza o se accede con las llaves proporcionadas por el investigado). El acta recoge también las personas halladas en el domicilio, la fecha y hora en la que se accede al domicilio o quiénes son los agentes actuantes, normalmente reseñados a través de su número profesional.

Es importante destacar que nuestra Constitución, atribuye la potestad jurisdiccional a Jueces y Tribunales, de modo que en la redacción de su art. 117 se configura como la potestad que ejercerán juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, así como aquellas que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho (reproducido también en el art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Se trata de una competencia propia y exclusiva de los jueces y órganos judiciales, que se desarrolla por medio de las potestades de dirección, de conocimiento y de decisión del proceso que además, se manifiesta también a través de las potestades ejecutoria, cautelar y gubernativa (por ejemplo que participen aquéllos en la tramitación de los procesos, presidan e intervengan en la práctica de las pruebas, etc.); no obstante, no se les confiere ni la fe pública judicial, ni la potestad documentadora en nuestra Carta Magna ni en la Ley Orgánica del Poder Judicial, pilares básicos del sistema procesal español.

Por otra parte, algunas sentencias recientes²⁵⁹ nos recuerdan que debemos distinguir claramente la función de documentación que corresponde al LAJ de la reseña de los efectos que puedan practicar los agentes actuantes al intervenir los objetos que hallan en el domicilio, incluido cuando se trata de documentos. Cuando en las actuaciones se incauta documentación con la intervención del Letrado de la Administración de Justicia, será este quien documenta el contenido de la diligencia, sin perjuicio de la reseña efectuada por la fuerza policial que la realiza.

²⁵⁹ STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 507/2020 de 14 de Octubre de 2020, Caso «Gürtel». Pieza separada "ÉPOCA I: 1999-2005".

Normalmente los agentes van a recoger en sus propias diligencias el resultado del registro y muchas veces reseñan los efectos intervenidos para trabajar luego en la configuración del atestado. Pero esta labor es ajena y en nada interfiere, ni puede confundirse con la documentación de la diligencia amparada por el ejercicio de la fe pública judicial que lleva a cabo el Letrado de la Administración de Justicia, al levantar el acta, acta que una vez terminada será firmada por los agentes, el resto de intervinientes, el investigado, su abogado, si le asiste al acto y el propio Letrado de la Administración de Justicia, dando fe con su firma de lo allí acontecido, tal y como quedará recogido en el acta. La elaboración manual del acta hace que sea difícilmente falsificable o modificable, si no es por la misma persona que la ha emitido, lo que hace que dentro de la documentación juegue un papel especial. Hoy en día suele ser fácil de localizar si tenemos en cuenta que la mayor parte de los documentos son tratados informáticamente, estando también digitalizados, se tramitan a través del expediente digital con lo que el acta del registro una vez digitalizada, después de haber sido escaneada e incorporada al expediente digital, se unirá en soporte papel a la escasa documentación que conforme el legajo de la causa, lo que hace más complicado cualquier tipo de alteración.

Debemos tener en cuenta que la función documentadora, es ajena e independiente a Jueces y Magistrados, es una garantía de constancia de la función de juzgar y de legalidad, de la que no pueden disponer los órganos judiciales. Cuando el art. 473.2 de la LPOJ habla de la «superior dirección de Jueces y Tribunales», se está refiriendo a la del personal de la Secretaría y no a la de las diversas funciones del Letrado de la Administración de justicia, siendo este totalmente independiente en el ejercicio de su función de fe pública y documentación a la hora de redactar el acta que refleja la entrada. La doctrina²⁶⁰ nos recuerda que «el órgano jurisdiccional necesita de un poder propio para la documentación o constancia de sus propios actos». La potestad documentadora junto con la fe pública judicial es atribuida de forma exclusiva al Secretario Judicial (LAJ), ya del Juzgado, ya del Tribunal, porque «es el único funcionario competente para dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones judiciales».

6.3 Sustitución de funciones del LAJ en el registro

No hay duda de la presencia obligatoria del Letrado de la Administración de justicia, en ejercicio de sus funciones, pues así se infiere de forma necesaria del art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al fijar que el registro se practicará siempre en presencia del secretario del juzgado o tribunal que lo hubiere autorizado, o del secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará el acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias. De forma que, en caso de necesidad, el secretario judicial será sustituido por un compañero en la forma prevista en la LOPJ.

La sustitución de funciones del Letrado de la Administración de justicia, se trata en el artículo 451.2 de la LOPJ estableciendo que los secretarios judiciales serán sustituidos por otro secretario judicial o por un secretario judicial sustituto. Se trata de una cuestión importante por lo que se refiere a los supuestos de entradas y registros simultáneos en domicilios.

Podemos distinguir una sustitución ordinaria, en aquellos casos en que es el LAJ titular de un órgano diferente quien sustituye, de una extraordinaria cuando la sustitución se realiza por un funcionario de justicia que pertenece a otro cuerpo diferente. Si bien, en principio, un secretario judicial no puede ser sustituido por quien no lo fuere, excepcionalmente, el 451.4 de la LOPJ establece que, cuando no hubiere suficiente número de secretarios judiciales en los supuestos de entradas y registros en lugares cerrados acordados por un órgano judicial de otro partido judicial y que deban ser realizados de forma simultánea, podrán los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, en sustitución del secretario judicial, intervenir en calidad de fedatarios y levantar la correspondiente acta, por lo que este precepto habrá de ponerse

²⁶⁰ GARRIDO CARRILLO, FRANCISCO JAVIER; «La fe pública judicial y la documentación de los actos judiciales en la administración de justicia digitalizada (1) (2)», en *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, N.º. 79, 2011.

en relación con los artículos 65 y 88 del mismo texto legal, donde se establecen las competencias del citado órgano judicial. Como hemos puesto de manifiesto anteriormente es relativamente frecuente que en operaciones contra el crimen organizado se practiquen gran cantidad de registros domiciliarios por la existencia de una pluralidad de investigados con una gran variedad de domicilios.

La necesidad de establecer la sustitución radica en la necesaria presencia del (LAJ) en todos los domicilios como garante de la legalidad, asegurando de que la intromisión en la inviolabilidad del domicilio se realiza dentro de los límites marcados por el contenido del auto que acordó la diligencia y la autenticidad de lo documentado en actuaciones. Además de la normativa expuesta así lo recoge expresamente la jurisprudencia indicada en el apartado anterior, como titular único de la fe pública judicial. Esta última garantía como titular único de dicha potestad puede hacer surgir dudas sobre la necesidad o no de la presencia de testigos en caso de ausencia del interesado.

6. 4 Consecuencias de la falta de intervención del LAJ

En cuanto a las consecuencias de la ausencia del LAJ en la entrada y registro, el Tribunal Supremo viene manteniendo posiciones encontradas, refiriéndose en algunos casos a una diligencia nula e insubsanable y en otros señalando que estamos ante una diligencia nula pero subsanable.

En la actualidad la primera tesis, que considera la práctica de diligencia de registro sin la intervención del Letrado de la Administración de Justicia nula e insubsanable parece estar prácticamente abandonada. Entendiendo que su presencia viene exigida por la ley procesal y su ausencia no constituye una trasgresión del derecho fundamental de la inviolabilidad domiciliaria, en consecuencia, no le afecta lo previsto en el artículo 11 de la LOPJ, de modo que no se trataría de una nulidad radical e insubsanable. A través de los mecanismos establecidos en la ley, podrán ser introducidos otros medios de prueba en el proceso, subsanando las deficiencias de las que pudieran adolecer los presentados inicialmente, por ejemplo, mediante la testifical de los participantes de la entrada y registro en el acto del juicio.

En este sentido, la STS 198/2006 de 27 de febrero de 2006, fundamenta expresamente que: nos encontraríamos ante una mera omisión, cuando se refiere a la ausencia del secretario judicial en la entrada y registro domiciliaria, de carácter procesal, sin aptitud para incidir en la corrección y eficacia de la resolución judicial exigida por el citado artículo 18.2 de la Constitución cuando la diligencia de registro domiciliario se practica en cumplimiento del correspondiente auto del juzgado, dictado en base a la norma. El requisito constitucional de la resolución judicial aparece cumplido con independencia de quien actúe después en tal diligencia, en un momento posterior a la mencionada autorización de la entrada. El artículo 18.2 de la Constitución nada dice del requisito de la actuación de secretario judicial²⁶¹.

La opción inicial contraria, supone considerar que estamos ante una diligencia nula e insubsanable, entendiendo que la diligencia practicada en ausencia del secretario judicial (LAJ) es nula y no puede ser tenida en cuenta, no pudiendo sanar la nulidad mediante la comparecencia de los policías participantes en la misma en el acto del juicio oral. No obstante, los testigos que hubieren asistido a la diligencia pueden comparecer y declarar al respecto, así como el acusado puede reconocer y ratificar en el juicio oral lo que había sido hallado durante el registro. De modo que una diligencia de entrada y registro practicada sin la presencia del Letrado de la Administración de Justicia, sería nula de pleno derecho y de ella no pueden ya derivarse los efectos de prueba preconstituida que tendría si hubiera asistido el secretario judicial, lo que sin embargo no será obstáculo para que los testigos, y el propio imputado puedan declarar respecto de lo que vieron y oyeron en aquella diligencia, como en cualquier otro momento de sus vidas, en el acto del juicio oral, valorándose estos testimonios como una prueba independiente practicada en el momento del juicio. Sin embargo, en este caso en la prueba, conforme a la regla general, no pueden entrar los policías actuantes durante el registro que fueron partícipes en la anormal diligencia, porque al haber actuado como delegados del Juez de Instrucción intervinieron en un acto judicial nulo de pleno derecho, sin posibilidad de subsanarse a través de sus propias declaraciones. En otro caso, de hacerlo, estarían tachados de parcialidad objetiva, puesto que cuando ellos

²⁶¹ En las sentencias del Tribunal Constitucional 348/1988 y 775/2002, y sentencias del Tribunal Supremo de 12-3-96, 7-11-97 y 724/2003, entre otras muchas de ambos tribunales.

mismos fueron los que protagonizaron un acto nulo, no 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 derecho²⁶².

A diferencia del registro practicado sin autorización judicial, que en cuanto vulnera el artículo 18 de la Constitución convierte la prueba en ilícita al vulnerar un derecho fundamental, por lo que quedaría afectada por el efecto irradiante sobre las pruebas posteriores, que la doctrina y práctica anglosajonas conocen como " la doctrina de los frutos del árbol envenenado", la prueba obtenida de una diligencia practicada sin intervención de la fe pública, que en exclusiva corresponde al Secretario Judicial, sería una diligencia inexistente como tal prueba, al haber sido irregularmente obtenida, pero si bien no puede entenderse convalidada, sí cabe que el dato pueda obtenerse a través de otras pruebas, al no estar afectada la obtención de las mismas por dicho efecto irradiante.

Estas pruebas pueden ser la declaración testifical en el plenario de los testigos que intervinieron en la diligencia, como señalan las STS de 30 de marzo de 1992 y la 301/1993, de 17 de febrero, siempre que no se trate de los agentes policiales que la practicaron; pues en tal caso, no cabe que los protagonistas del acto adquieran la condición testifical que en principio les asignan los artículos 297, párrafo segundo, y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así se indica en la STS de 24 de marzo de 1992, seguida entre otras por la de 31 del mismo mes y año y por la 301/1993, de 17 de febrero. Asimismo, es prueba apta para demostrar la existencia del hecho el reconocimiento del acusado, por ejemplo, de que la sustancia se hallaba en el domicilio (entre muchas, la citada STS 635/1993, de 18 de marzo).

²⁶² Así lo viene estableciendo el Tribunal Supremo en STS de 6 de julio de 1993, (SSTS, entre otras, la n.º 635/1993, de 18 de marzo).

Por otra parte, como pone de manifiesto Gimeno Sendra²⁶³ en el momento de valorar este acto de investigación también pueden aparecer interrogantes, pues para que el contenido de un documento pueda ser estimado como hecho probado es necesario que constituya una prueba preconstituida, esto es, que haya sido intervenida por una Autoridad independiente u órgano jurisdiccional, con posibilidad de contradicción y con escrupuloso respeto al derecho de defensa y además la urgencia que justifique la anticipación, es decir que no pueda ser reproducida posteriormente en el acto del juicio oral. La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado tiene el carácter de prueba anticipada cuando haya sido practicada conforme a lo acordado por el órgano jurisdiccional con la intervención de las personas necesarias para ello y en todo caso del fedatario público, el Letrado de la Administración de Justicia, como Autoridad independiente que garantiza la veracidad de lo allí realizado. Es igualmente imprescindible, al efecto, garantizar la contradicción a través de la notificación correspondiente al perjudicado, para que tenga la posibilidad de presenciarse directamente o bien a través de la persona que lo represente (abogado o procurador), o en el caso que no quiera asistir o no fuera encontrado, habrá que acudir al orden previsto en el propio art. 569 LECrim.

Dentro de esta amplia jurisprudencia podemos apreciar distintas tendencias y diferentes matices, existe sobre esta materia una tendencia dominante hasta finales de 1991, en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que consideraba nula de pleno derecho (como prueba ilegal) la diligencia de entrada y registro, cuando se practica en ausencia del Secretario Judicial, así como de todos los efectos que se derivan de la misma²⁶⁴, ya que se vulneraba un derecho fundamental consagrado constitucionalmente. Situando la base de su argumentación en la clásica teoría de los frutos del árbol envenenado, que se deriva del art. 11 de la LOPJ («en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»).

²⁶³ GIMENO SENDRA, VICENTE; «El Secretario Judicial en el futuro proceso penal», en *La Fe Pública Judicial (III Jornadas)*, op. cit., pág. 103.

²⁶⁴ Por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo 355/1991 16 de diciembre de 1991 y 33/1994.

En esta línea jurisprudencial, la presencia del Secretario, por imperativo legal, es *conditio sine qua non* para la validez de la diligencia de entrada y registro, sin ella nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho. La razón de ello se fundamenta en la colisión de dos derechos y la cuestión a resolver es cuál de los dos prevalece: esta teoría consideraba que nuestro texto constitucional se decanta por la inviolabilidad del domicilio frente a la averiguación de la verdad material, porque si no se hubiera producido la entrada en el domicilio no se habría, bien detenido al imputado o imputados, bien procedido a la aprehensión del cuerpo del delito o efectos provenientes del mismo. Un nutrido grupo de sentencias²⁶⁵ se manifiesta inicialmente en este sentido, estimando irregular e ineficaz probatoriamente esta diligencia, efectuada sin la presencia física del Secretario Judicial (art. 569.4 de la LECrim, antes de la reforma operada por la Ley 10/1992).

Esta tendencia que se consolidó especialmente, desde finales de 1992 y a lo largo de 1993, es clara al señalar que la omisión de la presencia del fedatario se ha considerado «como causa de nulidad que invalida el valor probatorio de dicha diligencia», o sea, procede a considerar nula el acta del registro en cuanto prueba. En términos similares se traduce en que «una diligencia de entrada y registro en un domicilio sin la presencia del Secretario es nula» y de ella así practicada «no pueden ya derivarse los efectos de prueba preconstituida que habiendo asistido el Secretario Judicial tendría».

Sin embargo, la justificación que esgrime esta línea jurisprudencial varía en algunas ocasiones. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo 4334/1992 el acta es nula «por faltar exigencias de obligado cumplimiento» (la obligada presencia del Secretario Judicial, tal como se impone en el art. 569), sin que un policía pueda actuar

²⁶⁵ Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo. 7355/1991, 457/1992, 870/1992, 1305/1992, 1391/1992, 1966/1992, 2537/1992, 3343/1992, 3344/1992, 4334/1992, 9928/1992, 207/1993, 1393/1993, 1505/1993, 1506/1993, 1521/1993, 1881/1993, 6077/1993, 6094/1993, 6721/1993, 8139/1993, 5/1994, 19/1994, 27/1994, 2584/1994, 2664/1994 y 3330/1994.

de Secretario «teniendo en cuenta que si los sumarios y, en general, los actos de investigación e instrucción han de ser formados por los Jueces de Instrucción ante sus Secretarios, no es aceptable que diligencia tan importante», en la que el Juez tiene la posibilidad de delegar en cuanto tal en una autoridad o agente policial, «pueda practicarse sin tan fundamental garantía», esto es, no se constituye como prueba.

Su punto de apoyo principal se encuentra en el art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (los actos judiciales serán nulos de pleno derecho «cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión»), así es nula el acta del registro debido a la falta de cumplimiento de una formalidad legalmente establecida, como es la asistencia del Secretario Judicial, según exigía el art. 569.4 (en su anterior redacción).

En otras sentencias, se interpreta que el acta es inválida como prueba documental, porque adolece de la preceptiva presencia del Secretario Judicial. No vale como medio para acreditar la realidad de lo ocurrido en su desarrollo, ya que impide que pueda ser considerada 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. Buscando para ello una justificación que toma por base el hecho de que la fe pública judicial reside en el Secretario Judicial (u oficial habilitado por éste a presencia judicial), sin que otro funcionario diferente a él la puede ejercer esta función. Así, el documento que no se constituye como público y autenticado, no pasa de ser una mera diligencia sumarial (ha sido realizado con autorización judicial), porque al actuar el funcionario policial como delegado del Juez instructor, su actuación se transmuta en actividad judicial y la diligencia se convierte en sumarial (en aplicación de la norma contenida en el art. 321 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)²⁶⁶. En este sentido, algún otro sector de la doctrina entiende que lo que se produce es la invalidez como medio de prueba concreto y no del acto del registro en sí mismo, cuyo resultado pueda acreditarse por otros medios.

²⁶⁶ Según la sentencia del Tribunal Supremo 3343/1992

En contraposición, la jurisprudencia más reciente se manifiesta prácticamente unánime afirmando que no se vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando existe mandamiento judicial. La infracción se traslada al ámbito de la legalidad ordinaria²⁶⁷, de manera que se considera un incumplimiento de una exigencia legal (ausencia del Letrado de la Administración de Justicia) y, por consiguiente, dicha acta carece de valor probatorio. Esta postura parece mayoritaria también en la doctrina con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Así, para Gómez Colomer²⁶⁸, en principio que esté presente o no el Secretario, para nada afecta a la legitimidad y regularidad del acto, a pesar de la disposición del art. 321 de la LECrim demasiado general como para no admitir excepciones, y ex lege el Secretario ejerce la función encomendada, pero ello no impide que se practique por la Policía Judicial. Desde esta perspectiva el problema radica en dilucidar si con la ejecución de la entrada y registro domiciliario se violan derechos fundamentales, y entonces entraría en juego el art. 11.1 de la LOPJ. De hecho, el Tribunal Constitucional en ocasiones ha indicado «que la inasistencia del Secretario no ataca a ningún derecho fundamental, dando validez a la práctica habitual al respecto». De forma que lo que afectaría sería a la legalidad de la prueba así obtenida.

Podemos decir que, en un período inicial, el criterio del Tribunal Supremo se ceñía en manifestar que no era preceptiva la intervención del Letrado de la Administración de Justicia en la diligencia de registro domiciliario, porque no siendo

²⁶⁷ Sentencias del Tribunal Supremo 2590/1994, 3656/1994 y 3690/1994.

²⁶⁸ GÓMEZ COLOMER, JOSE LUIS; «Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español», en *Revista de Derecho Procesal*, 1993, núm. 3, págs. 581 y 582.

diligencia judicial, sino de investigación policial, el funcionario judicial no debía dar fe de actuaciones extrajudiciales, bastando la presencia de un inspector de policía actuando por delegación judicial²⁶⁹.

En la década de los años ochenta, la posición del propio Tribunal Supremo no fue unánime, identificándose como hemos visto varias corrientes sobre sus efectos en caso de su ausencia. Posteriormente, la Ley 22/1995, de 17 de julio, da una nueva redacción, y hasta ahora definitiva, al art. 569.4 de la Ley procesal que configura que el registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiere autorizado. Para esta teoría más reciente, las consecuencias de la ausencia del Secretario se producen en la esfera de la legalidad ordinaria, y así en la misma línea la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado que, dicha ausencia no afectaba a ningún derecho fundamental, al ser una mera irregularidad procesal (STC 228/1997, de 16 de diciembre). Ello se traduce en que la falta de Secretario no determina la nulidad, ni invalida la diligencia, sino que priva a la misma del valor de prueba preconstituida, siendo por ello necesario que su resultado sea introducido en el juicio oral mediante la declaración de los intervinientes en dicho registro. En contrapartida, «la fe pública judicial sólo se limita a lo que se derive de la propia acta judicial, de suerte que lo que no aparezca en ella, no existe procesalmente hablando y está extramuros del registro domiciliario sin que pueda ser reservado ni incorporado al activo probatorio a través de la declaración de los agentes policiales concernidos».

Parece que una tercera opción viene desarrollada en algunas resoluciones como la STS 171/2007, de 26 de febrero, indicando que la Ley procesal distingue «entre la entrada y el registro». Mientras que para la primera acción los agentes policiales pueden acceder a la vivienda si tienen «un mandamiento judicial que amparaba la entrada en la misma», en cambio, para el registro es necesario «la asistencia y el concurso del fedatario judicial». Esta sentencia resuelve el problema planteado como consecuencia de la práctica de registros simultáneos que hemos visto en el apartado anterior, entendiendo que la autorización judicial comprendía tres viviendas que habían

²⁶⁹ Entre otras, las SSTS de 30 de mayo de 1989 y 30 de noviembre de 1990.

de registrarse sucesivamente, por ello se dictaron medidas de aseguramiento por parte de la policía judicial, "bloqueándose" y asegurándose de manera simultánea, para que en todos ellos pueda dar fe el Secretario Judicial. Según esta sentencia lo más conforme a la legalidad ordinaria, sería la habilitación de funcionarios judiciales para que pudiera practicarse el registro de forma simultánea en todos los casos, con objeto de asegurar la diligencia. Pero lo trascendente es verificar que se trata de una entrada para la que la policía judicial cuenta con la habilitación judicial correspondiente. En un caso que guarda similitudes, concretamente el resuelto en la STS 14-3-2000, se adopta una postura parecida y se considera válida la entrada, ante el temor de resultar fallida la diligencia, ordenando el Jefe del Grupo Policial (que venía de camino con el Secretario Judicial) a sus fuerzas la entrada, reuniendo a los ocupantes en el salón de la vivienda, aguardando la llegada del Secretario que portaba el mandamiento, antes de llevar a cabo el registro autorizado judicialmente.

7. El hallazgo casual durante la entrada y el registro domiciliario.

A menudo sucede que durante la práctica de un registro aparecen indicios de la existencia de otros delitos diferentes que pueden ser conexos o no con aquel que se está investigando, dando lugar a una ampliación de lo acordado inicialmente para el registro en el domicilio del investigado. Si la entrada domiciliaria se autoriza para la investigación de un delito, esta autorización justifica la intromisión en la intimidad o privacidad del morador y no se deroga por el hecho de hallar indicios que puedan llegar a probar la comisión de un delito diferente; sin embargo podría llevar a cuestionar la legitimidad de aquellas pruebas obtenidas de un modo casual, cuando existe una investigación dirigida a investigar otro delito diferente del que ha servido para justificar inicialmente el análisis del domicilio del investigado.

Este supuesto, en que durante el transcurso de un registro, se hallan efectos relacionados o evidencias de la comisión de un delito distinto al inicialmente investiga

-do, ha sido objeto de controversia²⁷⁰ doctrinal en orden a si tal hallazgo casual, no relacionado con el delito inicial, puede ser introducido en un proceso distinto sin afectación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, o si, por el contrario, al no encontrarse en el objeto autorizado inicialmente debe considerarse desprovisto de la cobertura judicial habilitante para entrar en el domicilio y por tanto, obtenido sin autorización judicial. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo podemos encontrar presentes ambos criterios.

En un principio algunas sentencias reprochaban a la comisión judicial, es decir al Letrado de la Administración de Justicia o a los agentes actuantes, que no hubieran suspendido la diligencia en el momento del hallazgo novedoso para comunicárselo al Juez autorizante y reclamar de éste una resolución distinta que amparase la investigación del nuevo delito²⁷¹, bajo pena de nulidad cual si no hubiese existido Auto judicial respecto a este hallazgo casual. Esta línea jurisprudencial trasladaba al ámbito del registro domiciliario la tesis elaborada con ocasión de los descubrimientos casuales ocurridos en el curso de una intervención telefónica, en la que el principio de especialidad adquiere especial relevancia y justifica la intervención solo al delito investigado, para evitar "rastreos" indiscriminados de carácter meramente preventivos o aleatorios, sin base fáctica previa de la comisión de delito, absolutamente proscritos en nuestro ordenamiento. Sin embargo la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido marcando las diferencias existentes en la diligencia de intervención telefónica y en el registro domiciliario, en los supuestos en que es descubierto un objeto delictivo distinto al que hubiera motivado la respectiva diligencia²⁷². En este sentido, la jurisprudencia

²⁷⁰ NADAL GOMEZ, IRENE; «El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015, de modificación de la LECrim», *Revista General de Derecho Procesal*, n° 40, 2016; CARCÍA SAN MARTÍN, JERÓNIMO; «El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal», *La Ley. N°109, Sección Derecho Procesal Penal*, Julio-Agosto 2014

²⁷¹ CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL; «Intervención de comunicaciones telemáticas y hallazgos casuales», en Cachón Cadenas, M. y Franco Arias, J. (coords.), *Derecho y proceso: Liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Vol. 1, Ed. Atelier, Barcelona, 2018, págs. 571-604

²⁷² CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL; «La deficiente regulación de los hallazgos casuales y su análisis jurisprudencial», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir) y ALONSO SALAGADO, C. (coord.), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2019, págs. 181-224

más reciente abandona interpretación jurisprudencial inicial destacando las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, dado que la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un máximo de tres meses siendo susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintas. Según esta interpretación, si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia por lo que, producida tal situación, la inmediata recogida de las mismas no es sino consecuencia de la norma general contenida en el art. 282 de la Ley Procesal²⁷³.

En el mismo sentido, sentencias posteriores como la STS 167/2010 de 24 de febrero, que a su vez recoge la doctrina de otras sentencias precedentes como la STS 315/2003 de 4 de marzo, han admitido la validez de la diligencia de entrada y registro, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito diferente, cuando se encuentran efectos o instrumentos propios de otro delito, siempre que pudiera entenderse la novedad como delito flagrante.

²⁷³ Artículo 282. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal.

La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y se combina con la teoría de la conexidad de delitos en base a lo previsto en el art. 17 LECrim ²⁷⁴, entendiendo que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente "adición". En este sentido, según la STS 742/2003 de 22 de mayo, aunque la autorización judicial para la entrada y registro se refiere a actividades delictivas concretas, ello no supone que el hallazgo de efectos o instrumentos que se refieren a conductas delictivas distintas queden desamparados de dicha autorización judicial que cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio. Se ha impuesto en la doctrina de la Sala segunda una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos casualmente en un registro judicialmente autorizado.

La diligencia de entrada y registro domiciliario se caracteriza por su realización en unidad de acto, de ahí que si en su práctica aparecieran objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de la flagrancia.

Desde la perspectiva constitucional, esta teoría encuentra claro respaldo en nuestra Carta Magna. Nuestra Constitución no exige en modo alguno que el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentasen a su vista, más bien todo lo contrario. Con base en el imperio de la ley (art. 9.1 de nuestra Constitución), la condición de funcionario conlleva un plus especial de cumplimiento de la ley para el funcionario, sometido a la Constitución y al resto de nuestro ordenamiento jurídico y obligado en todo momento a su cumplimiento así como a denunciar cualquier delito del que pudiera tener conocimiento, aunque sea casualmente y los hechos investigados sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que la casualidad no sea utili-

²⁷⁴ Según el art 17. LECrim., los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

zada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en STC 49/1996. Según esta interpretación el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim ²⁷⁵. De modo que desde esta perspectiva constitucional, sería contrario al deber propio de la comisión judicial y de los agentes actuantes, no investigar aquellos hechos delictivos cuyo conocimiento se manifiesta durante la entrada y registro con independencia de que pudiera existir conexión o no con los hechos inicialmente investigados.

En nuestra opinión y analizando esta cuestión desde la última perspectiva mencionada, parece que si se impide investigar estos delitos de los que se ha tenido noticia de forma casual, se podría facilitar la impunidad a delitos que los agentes desconocen antes de empezar el registro cuando el investigado los pone de manifiesto voluntaria o casualmente durante la práctica de la entrada y el registro. Siendo esta consecuencia contraproducente, pues la diligencia de entrada tiene como misión precisamente la de recoger fuentes de prueba que puedan constituir en su momento pruebas de cargo en el plenario, pero que en este momento inicial de la investigación no se conocen con precisión los detalles del delito y no se pueden conocer por los agentes en toda su magnitud, actuando con ventaja quien lo haya cometido, ocultando los instrumentos empleados para ello o efectos derivados de su comisión.

²⁷⁵ Art. 259 LECrim, El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas. En relación con el Art. 284 LECrim; Inmediatamente que los funcionarios de la Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso, lo harán así que las hubieren terminado.

Si así fuera, el autor podría ocultar los efectos u objetos provenientes de dos delitos diferentes en un mismo domicilio, para conseguir la nulidad de los efectos intervenidos provenientes de uno de ellos. Sin embargo, la jurisprudencia consolidada, confirma que el hallazgo casual de efectos que pudieran ser constitutivos de un objeto delictivo distinto durante la práctica de la diligencia de entrada y registro, obliga a los funcionarios de la policía judicial que realizan la investigación y, en su caso, al Letrado de la Administración de Justicia, a su intervención, así como a la realización de aquellas diligencias necesarias para la investigación y persecución tanto del delito nuevo como del que estaba siendo investigado.

El hallazgo casual participa de la naturaleza de la flagrancia que permite el registro e intervención de efectos, además conviene tener en cuenta llegados a este punto que, tal y como vimos en el capítulo primero del presente trabajo, la existencia de un delito flagrante legitima la invasión del domicilio sin necesidad de resolución previa, dando cuenta de ello lo antes posible a la autoridad judicial. Este sería otro enfoque o consecuencia de la flagrancia delictiva perfectamente compatible con la interpretación que venimos refiriendo, al señalar que si el Juzgado de instrucción proporcionó en la investigación un mandamiento de entrada y registro para la intervención de objetos de procedencia ilícita y se obtuvieron efectos que podían constituir el objeto de otro delito, la intervención de los mismos se enmarca en una correcta actuación por parte de los funcionarios actuantes, siempre que como requisito esencial se cumpla con el principio de proporcionalidad, para evitar una actuación desmedida de los agentes actuantes. Además en lo que respecta a los descubrimientos casuales de pruebas de otro delito distinto del inicialmente investigado, la posibilidad de su validez y de la adjudicación de valor probatorio a los elementos encontrados, exige siempre como hemos visto que se cumpla con el principio de proporcionalidad y que la autorización y la práctica del registro se ajusten a las exigencias y previsiones legales y constitucionales.

Este principio de proporcionalidad también es un requisito fundamental en la regulación introducida en la LECrim., por la reforma ²⁷⁶ introducida en el año 2015 a la que venimos haciendo referencia, en todo aquello que pueda afectar a registro e incautación de equipos informáticos o registro de equipos remotos, la exigencia de este requisito no es casual puesto que el principio de proporcionalidad es siempre la garantía básica que permite controlar una actuación desproporcionada de los poderes públicos evitando justificar una vulneración de un derecho o de una garantía, ante infracciones penales de escasa gravedad. En este sentido la STS 747/17 ²⁷⁷ nos recuerda que las deficiencias normativas anteriores no impidieron a nuestros tribunales reconocer la vigencia de ese principio de proporcionalidad directamente anclado en la Constitución; y, a través suyo en el art. 10 de nuestra norma fundamental.

El principio de proporcionalidad se cumple siempre que la investigación y las pruebas encontradas se refieren a un delito grave que justifique autónomamente la concesión de una autorización habilitante para invadir el domicilio de la persona o personas sospechosas. Por otro lado, no podemos olvidar que en estos supuestos partimos de la existencia una resolución judicial que autoriza la entrada, con lo que se cubren los presupuestos constitucionales inexcusables para legitimar una intromisión en el domicilio ajeno y también se deben observar el resto las previsiones legales en su práctica, siendo garantía la asistencia del Letrado de la Administración de Justicia y el levantamiento del correspondiente acta advenida por el ejercicio de la fe pública judicial, con lo que quedarían salvadas las previsiones de la ley procesal, en cuanto a los

²⁷⁶ La reforma introducida en la LECrim., por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Establece como principios rectores para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informático según el art. 588 bis., durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

²⁷⁷ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 747/2017 de 21 Nov. 2017, Rec. 10571/2016

requisitos formales necesarios para su validez.

De acuerdo con los razonamientos anteriores, lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, cualquiera que fuere su desarrollo, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento domiciliario legal, en el momento en el que éste se lleva a cabo, con la entrada de los funcionarios en la vivienda objeto de la intervención. Una vez cumplido este requisito esencial, a partir de ese momento, la actuación policial discurre en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal, durante su transcurso íntegro. Por ello, cualquier hallazgo que se produzca en tales circunstancias, no puede ser tachado de irregular vista la legalidad en la que la diligencia discurre. Si a ello se une, además, la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la diligencia adquiere una imprescindible cobertura, al tratarse de un posible delito, sancionado por su trascendencia social con penas graves por aplicación del principio de proporcionalidad. Sólo cuando se advirtiera que la entrada pudiera responder, en realidad, a una petición intencionadamente errónea de los agentes solicitantes del registro, que fraudulentamente hubieren ocultado al Juez autorizante la existencia de un delito diferente, que ellos conocían y que fuera el verdadero motivo de su investigación, evitando el control efectivo de la investigación por la autoridad judicial, la violación del domicilio habría de ser considerada nula.

Analizado lo anterior, debemos concluir, en definitiva, que el hecho de hallar, en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de ostentar pleno valor probatorio, toda vez que el registro se haya practicado con observancia de la legalidad, constitucional y procesal, existiendo la debida proporcionalidad aunque los efectos fueran intervenidos casualmente.

Por lo que a la práctica de la diligencia se refiere podemos distinguir dos opciones. Siguiendo la primera construcción doctrinal que equipara esta situación a lo

que sucede con la intervención telefónica, cuando durante el registro se halla un efecto relacionado con un delito diferente al investigado, el Letrado de la Administración de Justicia tendría que parar el registro en ese momento. Una vez detenido el registro y precintado el lugar, los agentes tendrán que presentar un oficio nuevo al Juez de Guardia señalando las circunstancias concurrentes para que el juez una vez analizados los hechos nuevos, pueda poner un nuevo auto autorizando la ampliación del registro a los efectos relacionados con el posible delito del que se ha tenido noticia durante el mismo y acordar su intervención, solución que encuentra cobertura legal en el art. 588bis i) en relación con el art. 579 bis 3. LECrim. Sin embargo, una segunda interpretación jurisprudencial, opta por resolver que, partiendo de la legitimidad de la entrada inicialmente acordada en el auto que habilita entrar y registrar el domicilio bastaría con dar cuenta al juez instructor para que este lo pueda autorizar verbalmente, por ejemplo, comunicándolo a través del móvil de guardia el Letrado de la Administración de Justicia al juez que da su autorización para comunicar, conforme a los principios generales del proceso penal. No siendo necesario una nueva resolución judicial o un nuevo auto, habilitando expresamente a través del móvil de guardia a intervenir los efectos relacionados con el delito nuevo, que han sido hallados de forma casual, haciendo referencia el LAJ a estas circunstancias y a la autorización obtenida telefónicamente para continuar, en el acta que refleja la entrada y registro del domicilio.

En nuestra opinión esta segunda interpretación es la que parece imponerse en nuestro ordenamiento con base en el análisis de las distintas sentencias que hemos expuesto y resulta también la opción más práctica, quedando cubiertas todas las garantías legales con el auto que autoriza inicialmente la entrada y registro dado que la legalidad de la misma no puede verse afectada por hechos posteriores.

8. La Asistencia de abogado durante la práctica de la entrada y el registro

Una cuestión importante en la práctica de la diligencia que estamos examinando, es la relativa a la necesidad o no de la asistencia letrada al investigado en la práctica de la entrada y durante el registro.

La respuesta que se viene dando a dicha pregunta es por lo general en principio negativa; ningún precepto de los que regulan la entrada y registro en la LECrim exige para su practica la asistencia letrada al interesado en la diligencia. Sin embargo, basta con fijarse en los motivos de nulidad de la prueba que suelen aducirse, o con acudir a la práctica diaria de las autorizaciones judiciales de entradas y registros, para comprobar que la contestación a nuestro interrogante no puede despacharse con una respuesta simple afirmativa o negativa para todos los casos, es necesario articular distintas situaciones, en función de los diferentes límites que pueden entrar en juego. Esta cuestión, como se verá a continuación, depende de distintas variables, pudiendo abordarse distinguiendo como hace el art. 18.2 Constitución Española, los supuestos en que la entrada y registro se practica en virtud del consentimiento del detenido, de aquellos otros casos en que se autoriza judicialmente y al mismo tiempo, distinguir según el interesado coincida o no con el investigado y se encuentre el mismo detenido o no.

La necesidad de asistencia letrada es indiscutible cuando el investigado está detenido; sin embargo es una cuestión compleja en el resto de supuestos, que se pueden dar cuando el destinatario de la diligencia no se encuentra detenido, ello dejando al margen los casos especiales que se producen como consecuencia de la entrada para impedir el delito flagrante, que constituye la salvedad constitucional y excluye cualquier necesidad de consentimiento, autorización judicial o asistencia de abogado, por la lógica imposibilidad de contar con asistencia de un abogado en estos supuestos, en el momento de practicar la entrada para evitar el delito²⁷⁸.

²⁷⁸ Así en STC 341/1993; SSTS, Sala 2.ª, de 7 de junio de 2000, 14 de abril de 1997, 9 de febrero de 1995.

El consentimiento del titular del domicilio, en principio, faculta a las fuerzas policiales para proceder a su entrada y registro, sin que sea precisa asistencia jurídica alguna en estos casos según los arts. 18.2 CE y 550 y 551 LECrim. Si el titular no se encuentra detenido y autoriza el registro, como investigado no sería obligada la asistencia de abogado. Sin embargo, para consentir la entrada es imprescindible la asistencia de abogado, como hemos referido anteriormente²⁷⁹, al menos en el momento de prestar el consentimiento voluntario para la entrada, para despejar cualquier duda de «coacción o intimidación ambiental»²⁸⁰. La presencia posterior del abogado en la práctica del registro consentido, tras el debido asesoramiento, parece que no es necesaria, puesto que la LECrim no la exige en la práctica de la diligencia y parece que no causa indefensión, pues lo único que debe hacer el interesado es presenciar el hallazgo de los efectos para poder ejercitar de forma correcta su defensa en un momento posterior, si fuera necesario, en su declaración ante el juez Instructor, pero el detenido no debe prestar ninguna declaración en el momento del registro.

La presencia de abogado también debe garantizarse por la policía cuando sea solicitada expresamente por el investigado para que le asesore, ya que como investigado tiene derecho a estar asistido de letrado, para ejercitar su derecho de defensa, desde el momento en que se le imputa²⁸¹ un acto punible. Así lo establece el art. 118 de la LECrim al regular el derecho de defensa y queda claro que desde que el auto acuerda la entrada y el registro del domicilio de una persona hay imputación de un acto delictivo, por ello le corresponde el derecho fundamental a designar libremente abogado. Se trata de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución que no deja lugar a dudas, toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, de lo contrario se estaría vulnerando un derecho fundamental. Por tanto, en es-

²⁷⁹ BARRIENTOS PACHO, J. M.; «Entrada y registro en domicilio particular», en *La prueba en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 2000, págs. 299-340.

²⁸⁰ Así en SSTC 252/1994, 196/1987; SSTS, Sala 2.ª, 261/2006 de 14 de marzo, 29 de septiembre de 2005, 1803/2002 de 4 de noviembre.

²⁸¹ BUJOSA VADELL, LORENZO; «Imputación y detención policial: perspectiva española», en *Revista chilena de Derecho y ciencia política*, Vol. 3, Nº. 2, 2012, págs. 11-35

tos casos deberá hacerse la entrada con asistencia letrada, no porque lo exija la práctica de esta diligencia en concreto, sino porque como investigado en el proceso penal, según el artículo 118 LECrim, las personas investigadas deben ser representadas por procurador y defendidas por abogado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos o así lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para hacerlo.

Al mismo tiempo, gran variedad de sentencias²⁸² confirman que la asistencia de abogado no es exigible en todos los casos. Mientras la presencia del interesado en el registro es una exigencia del principio de contradicción que sólo puede excluirse cuando no resulta posible hacer efectiva su asistencia, resulta innecesario que la diligencia procesal de entrada y registro judicialmente autorizada se lleve a cabo en todos los casos con asistencia de letrado, a tenor de lo dispuesto en los arts. 118.2 y 520.6 de la LECrim, que únicamente exigen asistencia de forma imprescindible cuando el investigado se encuentra detenido pero no en las diligencias de identificación y declaración, ni expresamente para los registros domiciliarios. Esta intervención limitada del abogado se mantiene tras la reforma procesal operada en el art. 520 por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Es doctrina reiterada de la Sala casacional que la admisibilidad de la diligencia con el investigado sin asistencia de abogado, el cual, sin embargo, inexcusablemente, tendrá que acudir a prestar su asistencia si el detenido lo solicita, la ausencia de abogado no forma parte de las garantías esenciales de la práctica del registro, sino que corresponde al protocolo de la regularidad procesal de la práctica de tal medio de investigación. De forma que si el investigado no detenido, una vez informado de sus derechos no solicita la asistencia de abogado que lo asesore no será necesaria la presencia de abogado.

Algunas sentencias²⁸³ también se han pronunciado expresamente, en relación a la prestación de la asistencia por abogado designado a través del turno de oficio, declarando el requisito perfectamente satisfecho con la designación del abogado que corresponda por turno de oficio, señalando que finalidad se cumple objetivamente con

²⁸² En reiterada la doctrina jurisprudencial, en SSTS 590/2010, de 2 de junio; 1078/2011, de 24 de octubre; 432/2012, de 1 de junio o 187/2014, de 10 de marzo.

²⁸³ En este sentido Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 706/2016 de 15 Sep. 2016, Rec. 123/2016.

el nombramiento de un Abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al Letrado de libre designación. Esta interpretación se encuentra en consonancia, con la doctrina del Tribunal Constitucional²⁸⁴, que hace las siguientes proclamaciones; a) "el derecho fundamental en cuestión en el momento de la detención es el consagrado en el art. 17.3 CE y no el que corresponde al acusado en el proceso penal", el consagrado en el artículo 24 del texto constitucional. b)"La esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarla, no en la modalidad de la designación del Abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un abogado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un Abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al abogado de libre designación."

Dicho lo anterior parece que es precisa la asistencia de abogado cuando el interesado está privado formalmente de libertad, es decir, cuando está detenido y también cuando se deduce una imputación contra él, en virtud de las investigaciones llevadas a cabo para autorizar la entrada y así lo solicita al notificarle el auto de entrada. Debiendo garantizarse la asistencia de Abogado para conseguir que el interesado conozca el alcance de la medida, la finalidad perseguida y sus derechos a fin de evitar cualquier tipo de indefensión.

Debemos añadir la necesaria asistencia de abogado, como hemos visto cuando se trata del registro domiciliario practicado en virtud del consentimiento prestado por el investigado. El objeto de dicha asistencia obligatoria radica igualmente en la necesidad de que el investigado pueda conocer sus derechos y el alcance que puede generar el hallazgo de efectos relacionados con un delito concreto, teniendo en cuenta que en este caso no estará presente el Letrado de la Administración de Justicia, ni existe resolución judicial habilitante.

²⁸⁴ Así la STC 196/1987, de 11 de diciembre

Si en estos supuestos falta la asistencia de abogado, que debe quedar consignada en acta, la diligencia no puede practicarse con todos los elementos necesarios para su validez por no garantizar el debido asesoramiento técnico en la práctica del registro domiciliario, bajo sanción de nulidad de la diligencia practicada. Ello si bien es cierto, sin perjuicio de la posibilidad de acreditar sus resultados por otros medios como el reconocimiento de hechos por parte de los testigos²⁸⁵. La jurisprudencia que venimos refiriendo, deja abierta la posibilidad de que, pese a la irregularidad del consentimiento, pueda tenerse en cuenta el resultado de la diligencia si se prueba con otros medios. La «conexión de antijuridicidad» no alcanza a tenerlo por inexistente, y ello es así porque no se trata de que se haya vulnerado la inviolabilidad domiciliaria, sino el derecho a la defensa con la debida contradicción.

Cuando se trata de una entrada y registro autorizados judicialmente, no estando detenido el investigado, la autorización judicial, motivada en términos de idoneidad y proporcionalidad, constituye el presupuesto que habilita y posibilita la validez de la entrada y el registro domiciliario. Por ello la presencia de Abogado en este caso para asistir al interesado en la práctica de dicha diligencia, en principio no es necesaria y así se viene entendiendo desde hace tiempo por la doctrina, puesto que sólo prescribe de forma imprescindible aquella asistencia en las declaraciones que haya de prestar el detenido o preso o en los reconocimientos de identidad de que sea objeto, sin que tal derecho pueda interpretarse en el sentido de la presencia de Abogado como requisito necesario para la validez de todas y cada una de las diligencias de instrucción²⁸⁶. No obstante, será necesaria la presencia de abogado²⁸⁷, si así se solicita, teniendo derecho a ello solo por el hecho de solicitarla y será recomendable suspender o

²⁸⁵ Así en SSTS, Sala 2.ª, de 29 de septiembre de 2005 y 96/1999 de 21 de enero.

²⁸⁶ SALCEDO VELASCO, ANDRÉS; «Derecho de defensa. Asistencia letrada y su intervención en la diligencia de entrada y registro», en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*. CGPJ, Madrid, 1992, págs. 287 a 311. En el mismo sentido, STS, Sala 2.ª, de 27 de octubre de 2000.

²⁸⁷ JIMENO BULNES, MAR; «La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 48, 2014, págs. 443-489.

esperar para practicar la diligencia de registro hasta la llegada del letrado designado o del letrado del turno de oficio correspondiente. Cumpliendo con la garantía de un derecho que, si bien puede no ser imprescindible, es recomendable y evitará que se pueda plantear la nulidad o la ilegalidad de las diligencias practicadas. Lo anterior no incluye el derecho de designarlo a su elección pudiendo ser designado de oficio cuando así se estime necesario, por la urgencia o la necesidad de garantizar la incomunicación del investigado para evitar frustrar la investigación.

Podemos concluir que ni la Constitución española, ni la LECrim contemplan la obligatoriedad de la asistencia de abogado en la práctica de la diligencia de entrada y registro, pero será imprescindible para consentir el registro voluntario o en caso de detención, dando lugar su ausencia a la nulidad radical del acto. En el resto de supuestos no es preceptiva la presencia de abogado, sin que se produzca indefensión alguna cuando se ha practicado dándose cumplimiento a los requisitos que de orden constitucional y de legislación ordinaria vienen establecidos. Ello no impide su presencia, siendo especialmente recomendable la intervención del letrado cuando el investigado no conoce la causa que da lugar al registro, proporcionando una garantía adicional que, en su día, solo puede ser valorada positivamente por el tribunal sentenciador.

9. La presencia del investigado en el registro domiciliario

Cuestión de suma relevancia para validez de la práctica de la diligencia de entrada y registro es la referida a la necesidad o no de la presencia del investigado, determinando la posibilidad de prescindir de su presencia, cuando llegado el momento oportuno para practicar la entrada y registro, contando con la autorización correspondiente para ello, el investigado se halla en ignorado paradero.

9.1 La necesaria presencia del investigado

En esta cuestión, podemos destacar la STS 2204/2014, (ponente a D. Cándido Conde-Pumpido Tourón), que resume bien el estado jurisprudencial en que se encuentra este supuesto. Así, en su fundamento Jurídico 2º, señala que la Ley autoriza a prescindir

del interesado "cuando no fuere habido". Si analizamos el art. 569 LECrim, en caso de no hallar al imputado en el domicilio puede realizarse el registro ante cualquiera de sus familiares mayores de edad, estimando la doctrina jurisprudencial, con base en una realidad social en la que en el domicilio ya no conviven necesariamente familiares en sentido estricto, que la norma es aplicable a todos los moradores de la vivienda, mayores de edad, aunque no sean familiares en sentido estricto²⁸⁸. De forma que será exigible de modo imprescindible la presencia del investigado en el registro cuando se encuentre detenido o a disposición policial o judicial, pues en estos casos no existe justificación alguna para perjudicar su derecho a la contradicción, garantizando por lógica mejor la defensa con la presencia efectiva del imputado en el registro, por lo que su ausencia en estos casos si es causa de nulidad²⁸⁹. Esta regla no es aplicable en supuestos de fuerza mayor, en los que la ausencia de inculpado, pese a encontrarse a disposición policial, esté justificada. Por ejemplo, en casos de hospitalización del imputado que resulta herido en el momento de la entrada (STS 393/2010, de 22 de abril o 968/2010, de 4 de noviembre), de detención en lugar muy alejado del domicilio (STS 716/2010, de 12 de julio) o bien en caso de registros practicados simultáneamente en varios domicilios²⁹⁰.

Entre estos supuestos es relativamente frecuente el del investigado requisitoriado que no se halla detenido, por encontrarse en ignorado paradero. En este caso, en principio es suficiente para la validez del registro la presencia del morador o moradores, cuando los hubiere, que se encuentren en la vivienda en el momento de la práctica del registro (STS 402/2011, de 12 de abril).

²⁸⁸ En este sentido STS 111/2010, de 24 de febrero, refiriéndose a un supuesto en el que el acusado no estuvo presente en el registro, pero si su compañera sentimental, residente en el domicilio.

²⁸⁹ Así por ejemplo en la STS 716/2010, de 12 de julio.

²⁹⁰ En STS 199/ 2011, de 30 de marzo , 947/2006, de 26 de septiembre y 402/2011, de 12 de abril .

La justificación principal de la doctrina jurisprudencial que, como hemos visto no exige además en todos los casos la presencia del Abogado, se encuentra en la urgencia o no de la medida, dado que la eficacia de una entrada y registro descansa en que el sujeto de la misma la ignore hasta el mismo momento de su práctica, para evitar frustrar su finalidad. Por ello el art. 566 LECrim., establece la notificación del auto al interesado en ese momento y si no fuere habido a la primera diligencia en busca, a su encargado para evitar la posible destrucción previa o la desaparición de las fuentes de prueba, vestigios y efectos derivados del delito por parte del investigado o personas afines, algo probable desde que los mismos conozcan su futura práctica o su detención. La autorización judicial tutela suficientemente el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, el carácter judicial de la diligencia y la presencia del letrado de la Administración de Justicia, tutelan la legalidad de su práctica garantizando la veracidad del contenido del acta y la presencia del interesado durante su práctica, presenciando lo allí actuado (si fuera posible salvo por las razones apuntadas) y asegurando la contradicción²⁹¹.

El art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el registro se practicará en presencia del interesado; si no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante, un individuo de su familia mayor de edad; si no lo hubiere, dos testigos, vecinos del mismo pueblo. La Ley Procesal prevé, como necesaria la presencia del interesado, y en caso de ausencia, una serie de sustitutos con la finalidad de garantizar que su presencia fortalece el derecho de contradicción, la interdicción de la arbitrariedad y la intimidad proclamado constitucionalmente ante una injerencia en la inviolabilidad del domicilio autorizado judicialmente.

El examen de los requisitos relativos a las personas que han de presenciar el registro, nos sitúa en el régimen jurídico establecido el art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En él se hace referencia a las personas que han de presenciar

²⁹¹ Esta doctrina jurisprudencial se reitera, entre otras, en las SSTS 1116/98 de 30 de septiembre, 697/2003, de 16 de mayo, 1134/09, de 17 de noviembre, 590/2010, de 2 de junio, 953/2010, de 27 de octubre y STS 1078 /2011, de 24 de octubre.

la práctica de la diligencia; y así, el registro habrá de verificarse en presencia del interesado o de las personas que determine la ley (art. 569 núms. 1, 2 y 3) y del Secretario del Juzgado (LAJ) o Tribunal que lo hubiera autorizado o del Secretario (LAJ) del servicio de guardia que le sustituya (art. 569.4 según redacción dada por Ley 22/1995 de 17 de julio). La regulación sólo contempla la práctica de la diligencia de entrada y registro sin presencia del interesado en el domicilio registrado cuando no «fuere habido» o «no quisiere concurrir ni nombrar representante», teniéndose entonces que suplir aquélla en los términos previstos en la ley.

La falta de presencia en la diligencia del interesado detenido puede convertir el registro en nulo, con una nulidad radical e insubsanable por aplicación de los arts. 11.1 y 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, privando de eficacia procesal a sus resultados, sin valor de prueba preconstituída que pudiera ser tomada en cuenta por el juzgador, debiéndose extraer del material probatorio el resultado de la diligencia y todas las pruebas que de ella, directa o indirectamente se han obtenido. La jurisprudencia más antigua²⁹² deja claro que si está detenido el imputado, y no se le da la oportunidad ni de comparecer a la diligencia de entrada y registro, ni de designar persona que le represente, ni de autorizar la entrada y registro, circunstancia que puede hacer asistido de abogado al encontrarse detenido cuando se llevan a efecto la diligencia de entrada y registro, hace que la prueba sea considerada nula y nulo también el material que allí se encuentre. Hay que dar posibilidad al interesado en su opción de autorizar el registro o designar persona que le represente, o plantearle estar presente en la diligencia, ya que, estando detenido, se debe extremar la opción de plantearle estar presente o designar persona que le sustituya.

Con base en la regulación de la LECrim que estamos analizando se presenta el problema relativo a dilucidar el alcance del término "interesado" que aparece en el art. 569, donde se establece de forma preceptiva que "el registro se hará a presencia del interesado" y conlleva su incidencia en el ámbito del derecho a la intimidad y a la defensa mencionados.

²⁹² Así se derivaría de sentencias del Tribunal Supremo 791/1995 de 4 de marzo y 1273/1994 de 9 de mayo de 1995. La legalidad constitucional y la legalidad ordinaria se conjugan, con diversa perspectiva, alrededor del mismo acto procesal.

La cuestión ha sido objeto de distintas interpretaciones. Algunas sentencias como la del Tribunal Supremo 51/2009, de 27 de enero, argumentan que, aunque existan algunas resoluciones de sentido diferente, la jurisprudencia ha interpretado en numerosas ocasiones que el interesado al que se refiere el artículo 569 de la LECrim, es el titular del derecho a la intimidad afectado por la ejecución de la diligencia de entrada y registro, y que en caso de ser varios los moradores del mismo domicilio es bastante la presencia de uno de ellos siempre que no existan intereses contrapuestos con los de los demás moradores. Así se desprende igualmente de la STC 22/2003, aunque se tratara en este caso de la validez del consentimiento prestado por uno de ellos. Esta consideración se hace sin perjuicio de que el investigado, o investigados vean afectado su derecho a la contradicción si el registro se efectúa sin su presencia y su resultado es después utilizado como prueba de cargo. En este sentido, en la STS 154/2008, de 8 de abril, se señala que el artículo 569 de la LECrim dispone que el registro se hará a presencia del interesado. Desde el punto de vista del derecho a la intimidad, del que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es una expresión, el interesado es el titular de aquél, pues es precisamente la persona cuya intimidad se ve afectada. Es a este interesado a quien se refiere el precepto exigiendo su presencia como condición de validez de la diligencia. Al mismo también se refiere el artículo 550, como la persona que deberá prestar el consentimiento o ser notificado en caso de urgencia lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado²⁹³. De no ser así, es decir, si, siendo posible su presencia, no está presente el interesado, la diligencia será nula, impidiendo la valoración de su resultado, que solo podrá acreditarse mediante pruebas independientes, en cuanto totalmente desvinculadas de la primera. Si, por lo tanto, de lo que se trata es de salvaguardar la intimidad, cuando existan varios moradores, estando uno o varios de ellos imputados, y siempre que no exista conflicto de intereses entre ellos, bastará con la presencia de alguno de ellos²⁹⁴ para afirmar que la actuación se mantiene dentro de la legalidad. En caso de imposibilidad de traslado del detenido, de ausencia o negativa del titular del domicilio, se procederá como establece el citado artículo 569.

²⁹³ Así lo han entendido algunas sentencias, como la STS 1108/2005, de 22 de septiembre, citada por la STS 1009/2006, de 18 de octubre.

²⁹⁴ Por ejemplo en STS 698/2002, de 17 de abril.

Desde la perspectiva del derecho a la contradicción propio del proceso penal, en la medida en que está vigente en la fase de instrucción y el interesado es también el imputado. Su ausencia en la práctica de la diligencia no determina su nulidad, pero podría impedir valorar la diligencia como prueba preconstituida por déficit de contradicción. Es decir, no será suficiente para valorar el resultado de la entrada y el registro, el examen o lectura del acta de la diligencia, sino que será preciso que comparezcan en el juicio oral a prestar declaración sobre ese particular los agentes u otras personas que hayan presenciado su práctica. Cuando se trata de un imputado en situación de privación de libertad, que además es titular del domicilio, sus derechos quedan afectados en dos aspectos. De un lado, su derecho a la intimidad, respecto del cual sería ineludible su presencia, siendo nula la diligencia en otro caso, salvo que existan otros moradores, imputados o no, pues en ese caso sería bastante con la presencia de alguno de ellos²⁹⁵, siempre que, como se ha dicho, no existan entre ellos conflictos de intereses. Y de otro lado, su derecho a la contradicción, de forma que su ausencia determina la imposibilidad de valorar el resultado de la prueba tal como resulta del acta del registro, siendo necesaria la presencia de testigos para acreditar el resultado, incluso pudiendo estar entre ellos los agentes que presenciaron la diligencia²⁹⁶.

Respecto a la necesidad de practicar prueba sobre el resultado del registro y respetar el principio de contradicción, cuando el imputado no haya estado presente en la práctica de la diligencia, la jurisprudencia reiterada²⁹⁷ manifiesta que "Por lo que se refiere a los efectos que la denunciada ausencia puede tener respecto de la eficacia probatoria de lo hallado en el registro, aunque ciertas irregularidades procesales en la ejecución de un registro, como la preceptiva presencia del interesado, puedan determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contra-

²⁹⁵ Podemos citar la STS núm. 352/2006, de 15 de marzo.

²⁹⁶ Así en STS 1108/2005, de 22 de septiembre.

²⁹⁷ En STC 303/1993, de 25 de octubre , FJ 5 ; STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 12 ; STC 259/2005, de 24 de octubre , FJ 6. , STC 219/2006.

dicción, ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción".

De modo que, resulta claramente admitida la excepción de este requisito que se refiere a la presencia del imputado, cuando existan causas de fuerza mayor que impidan la presencia del detenido en la pesquisa policial, o cuando existan motivos razonablemente justificados para ello.

Una segunda cuestión es la de la exigencia de dos testigos junto con el Letrado de la Administración de Justicia, en los casos a que venimos haciendo referencia, en los que no se halla al imputado o no se puede contar con su presencia. Según el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento en caso de no querer concurrir o si no fuera habido, se practicará el registro en presencia de un individuo de su familia mayor de edad y, si no lo hubiere, a presencia de dos testigos vecinos.

Se trata aquí de dos testigos instrumentales y la jurisprudencia es contradictoria en cuanto a su exigencia. Inicialmente no había dudas, estos testigos concurrían con la presencia del secretario judicial pues así lo establecía la norma procesal. Sin embargo tras la reformada operada por la LOPJ 22/1995, de 17 de julio, se refuerza la fe pública judicial y se atribuye al Letrado de la Administración de Justicia, su ejercicio con exclusividad y plenitud, señalando que en su ejercicio los secretarios judiciales «no precisarán la intervención adicional de testigos», modificación claramente reconocida por los tribunales. En este sentido²⁹⁸ varias sentencias afirman expresamente que, su presencia como fedatario público cubre las exigencias del artículo 281.2 de la LOPJ y produce la plenitud probatoria que se deriva de la fe pública, haciendo innecesaria la presencia de testigos adicionales. Existiendo reiterada jurisprudencia, en la que se señala que la redacción posterior a la LOPJ del art.569 de la

²⁹⁸ En este sentido sentencias como por ejemplo la STS 773/2013, de 22 de octubre de 2013 afirman expresamente que, como indica la STS 1152/2000, de 30 de junio de 2000, la presencia del fedatario público cubre las exigencias del artículo 281.2 de la LOPJ

LECrim, deja intacto el valor probatorio de la diligencia cuando concurre el Secretario Judicial²⁹⁹.

No obstante, se plantea cierta contradicción, puesto que otras sentencias, como la STS 581/2000 de 7 de abril del 2000, se interpreta que los dos testigos siguen siendo un requisito cuando no se halla al imputado para estar presente durante el registro, aunque el Letrado de la Administración de Justicia intervenga y levante la correspondiente acta, argumentando que son necesarios en el ámbito de los derechos e intereses del investigado.

En nuestra opinión, esta segunda argumentación, es contraria a la norma que regula las funciones que corresponden al Letrado de la Administración de Justicia, puesto que intenta mantener esta exigencia de testigos en ejercicio de la fe pública judicial, cuando esta exigencia ha sido suprimida por el legislador. Tengamos en cuenta que se trata es de la presencia de dos vecinos cualquiera, que en nada podrán contradecir lo que allí se halle; no habitan en la morada, son simplemente los primeros vecinos que se hallen por allí, si es que se hallan. La exigencia estos testigos en el ejercicio de la fe pública judicial, parece que dinamita la fe pública judicial en sí misma, al hacerla depender de testigos, destruyendo lo perseguido por la reforma de la LOPJ. Si bien la polémica está servida, parece que las sentencias más recientes, que hemos reseñado al tratar esta cuestión se decantan por la primera interpretación, que prescinde de la necesidad de testigos cuando se encuentra presente el LAJ.

Independientemente de la polémica anterior sobre la presencia de testigos, los efectos están claros en la jurisprudencia. Su ausencia estando presente el Letrado de la Administración de Justicia no da lugar a la nulidad de la diligencia sino que sería una mera irregularidad. Así por ejemplo en sentencias, como la STS 151/2010, de 22 de febrero de 2010, que hace referencia a los efectos de la falta de cumplimiento de estos requisitos, al decir que una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen se mueven siempre en el plano de

²⁹⁹ En este mismo sentido pueden consultarse las SSTS 1203/1995, de 27 de noviembre y 1225/1995, de 1 de diciembre, entre otras.

la legalidad ordinaria. Por lo que el incumplimiento de las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio, para entrar en el cual basta la orden judicial³⁰⁰, ni tampoco a la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE) en sus diferentes facetas, sino en su caso a la validez y eficacia de los medios de prueba.

Pone de manifiesto la jurisprudencia que desde la perspectiva del derecho a la contradicción, o del principio de contradicción, en la medida en que este principio está vigente en la fase de instrucción, el interesado es también el imputado por lo que debe cumplirse con la posibilidad de contradecir todas las actuaciones practicadas. Sin embargo su ausencia en la práctica de la diligencia no determina la nulidad de la misma, sino que impide que pueda ser valorada como prueba preconstituida por déficit de contradicción. Es decir, no será suficiente para valorar el resultado de la entrada y registro el examen o lectura del acta de la diligencia, sino que será preciso practicar la prueba correspondiente y que comparezcan en el juicio oral a prestar declaración sobre ese particular los agentes u otras personas que hayan presenciado su práctica"³⁰¹.

Esta apreciación de irregularidad pero no nulidad radical, viene respaldada por el Tribunal Constitucional, al considerar que la presencia del imputado resultaría de utilidad a los efectos del principio de contradicción y el derecho de defensa, pero la ausencia de los interesados en la diligencia de entrada y registro es un problema de legalidad ordinaria y desvinculada de cualquier derecho fundamental³⁰². Estas normas de la LECrim., establecen garantías de carácter legal, y no constitucional. La ligerísima merma de la contradicción queda plenamente subsanada por la posibilidad de interrogar a los presentes en el acto del juicio oral.

³⁰⁰ En esta línea jurisprudencial, la STC 290/1994 , y 309/1994; ATC 349/1988 , 184/1993 , 223/1994), ni tampoco a la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1CE) en sus diferentes facetas», sino en su caso a la «validez y eficacia de los medios de prueba» (SSTC 133/1995, de 25 de septiembre), F. 4 ; 94/1999, de 31 de mayo, F. 3 ; 171/1999, de 27 de septiembre , F. 11).

³⁰¹ En este sentido, STS 154/2008, de 8 de abril.

³⁰² Así en STC 259/2005, de 24 de octubre, STC 82/2002, de 22 de abril, STC 219/2006), de 3 de julio y también en buen número de sentencias anteriores se abunda en este criterio, de entre las que podemos citar a mero título de ejemplo la STS 991/2007, de 16 de noviembre.

Podemos concluir que la infracción de lo dispuesto en el artículo 569 citado no afecta derechos fundamentales, sino que afecta tan solo a la legalidad ordinaria y, no afectando a la prueba, en la forma que señala el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, permite la acreditación de lo ocurrido en el registro por otros medios probatorios, como son las declaraciones testificales de quienes intervinieron en la diligencia de registro³⁰³. En relación a los efectos adversos, debemos señalar como supuesto especial, los casos en que se practica el registro, por la policía, con consentimiento del interesado y sin la presencia del Letrado de la Administración de Justicia. En estos casos sí que será exigible la presencia de dos testigos, a que alude la LECrim, pues los agentes de la autoridad no gozan del ejercicio de la fe pública y la falta de testigos, parece que, en este caso, a “contrariu sensu” de lo anterior, sí que podría afectar al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

9.2 El secreto de las actuaciones

Una última cuestión que debemos plantearnos es lo que sucede cuando se haya acordado el secreto de sumario. Parece que en estos casos el propio Tribunal Supremo ha avalado la ausencia del interesado en el registro del domicilio (STS 1962/2001, de 23 de octubre), igual que cuando se encuentra incomunicado (STS 1041/1997, de 4 de julio) o cuando su detención y consecuente privación de libertad se produce a varios kilómetros siendo imposible su traslado para practicar la diligencia de entrada (STS 436/2001, de 19 de marzo). Tal presencia del interesado no puede ser exigida cuando resulta físicamente imposible o muy difícil y se corre el riesgo de frustrar la investigación, reconociendo expresamente que la presencia del interesado no es exigible cuando motivos de fuerza mayor hagan imposible o muy difícil su presencia.

³⁰³ Así se contempla ya en sentencias del Tribunal Supremo, STS de 18 de Julio de 1994; STS de 3 de Octubre de 1996 ; STS 18 de Abril de 1997 y STS 18 de Julio de 1998.

En cuanto a la declaración del carácter secreto de las actuaciones, la jurisprudencia³⁰⁴ ha confirmado que el carácter secreto de una determinada actividad administrativa o jurisdiccional no es, por sí solo, incompatible con nuestro sistema constitucional. En nuestro sistema constitucional el secreto encierra, en su absoluta excepcionalidad, un valor jurídico que, por sí solo, justifica la exclusión del régimen general y legitima ciertas limitaciones y especialidades en el marco de la actividad administrativa o jurisdiccional.

Ello siempre dentro de los límites previstos en nuestra legislación para la declaración del secreto de las actuaciones y su compatibilidad con los derechos del investigado, recogidos en STC 83/2019.

El Tribunal Constitucional completa su doctrina con esta sentencia que debemos añadir a las anteriores STC 13/2017 y STC 21/2018, relativas todas al derecho de acceso a los materiales del expediente en los procesos penales. Esta doctrina examina el alcance constitucional de los derechos a ser informado y a acceder a las actuaciones durante la fase de instrucción para poder ejercer correctamente el derecho de defensa cuando se ha declarado el secreto de la causa.

El Tribunal Constitucional defiende la necesidad de un esfuerzo a realizar por el órgano judicial encaminado a cumplimentar los derechos de información y de acceso, acceder a los elementos de las actuaciones esenciales para poder impugnar la legalidad de las medidas cautelares adoptadas por el órgano judicial. No obstante, debemos tener en cuenta que la vulneración del derecho de acceso se plantea cuando el investigado se encuentra en sede judicial y debe articular su defensa al prestar declaración, especialmente cuando el investigado no dispone de los elementos necesarios para poder impugnar la prisión provisional. Esta circunstancia normalmente se dará en un momento posterior a la entrada y el registro, cuando el investigado detenido presta declaración como consecuencia de los indicios o las pruebas preconstituidas durante el registro. No

³⁰⁴ Así se reconoce, por ejemplo STS 1094/210

se plantea la legalidad del registro o la vulneración del derecho de acceso a los datos necesarios para la defensa en el momento de la entrada y registro, cuando se notifica el auto que acuerda la entrada, con los datos estrictamente necesarios por la necesidad que impone el secreto de las actuaciones. Según esta doctrina la determinación de cuáles sean los elementos del expediente necesarios para poder contrastar la veracidad y suficiencia de los motivos de la detención, será «necesariamente casuística, dependiendo de las circunstancias que hayan justificado la situación de privación de libertad».

Es importante destacar que según la primera de las sentencias que hemos citado, STC 13/2017, no basta, con la información que verbal y genéricamente pueda proporcionarse al investigado en tal sentido, de tal forma que la efectividad de la garantía requiere que la información se suministre al interesado por el mecanismo que resulte más idóneo, a criterio del órgano judicial: extracto de materiales que obren en las actuaciones, exhibición de documentos u otras fuentes de prueba, entrega de copias o de cualquier otro soporte o formato, siempre que garantice el ajuste con los datos obrantes en el expediente y permita un adecuado uso en términos de defensa. Parece que esto mismo se debe trasladar al auto que es notificado en el momento de la entrada para habilitar la entrada y registro. En esta resolución deberá hacer constar los datos que garantizan conocer los datos obrantes en el expediente y permita un adecuado uso en términos de defensa, como el tipo de resolución, delito investigado, hechos que motivan la investigación o el juzgado competente. Pero nada impide eliminar los datos relativos a otros investigados, que puedan estar igualmente afectados por otros registros que se estén llevando a cabo en el mismo momento, cuestión esta importante porque permite salvaguardar la eficacia de otros registros sucesivos o simultáneos.

Según esta interpretación, el secreto como instrumento preordenado a asegurar el éxito de la investigación penal, ha de emplearse con cautela evitando todo exceso, tanto temporal como material, alejado de lo imprescindible³⁰⁵. La declaración de secreto ha de utilizarse de forma restrictiva, tras el correspondiente juicio de ponderación entre la búsqueda de la verdad, como muestra del valor justicia, y el sacrificio de otros intereses y derechos igualmente dignos de protección. Asimismo, debe evitar el juez in-

³⁰⁵ En sentencia del TC, STC 100/2002, de 6 de mayo, FJ 4, y 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4.

structor que el secreto constriña en tal modo los derechos fundamentales de los afectados por la medida que implique la omisión de las garantías legítimamente reconocidas³⁰⁶.

Conviene recordar el derecho a un proceso público en materia penal (art. 24.2 CE, en consonancia con los arts. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), que es garantía del justiciable frente a una justicia secreta que escape a la fiscalización del público. Constituye también un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los Tribunales, de forma que, al dotar a la administración de justicia de transparencia, contribuye a realizar los fines del derecho al proceso justo (STEDH de 8 de diciembre de 1983, asunto Axen y otros c. Alemania). Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución imponga expresamente, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, 2/1982 y 58/1998).

9.3 La renuncia a presenciar el registro.

Una cuestión importante que puede plantearse durante el registro del domicilio es la que se refiere a la posibilidad de renunciar a estar presente el investigado. Por carecer de interés en ello, pese a conocer la finalidad y los efectos de la diligencia.

Parece que sí el investigado lo interesa existe la posibilidad de renunciar a este derecho a presenciar la diligencia de entrada y registro domiciliario. De los requisitos expuestos para practicar la diligencia, se deriva sin embargo la necesidad de comprobar que dicha renuncia al derecho que le asiste al investigado se haga constar por escrito, mediante diligencia policial firmada por el detenido, si bien, en casos excepcionales, la renuncia puede llegarse a probar por otros medios.

³⁰⁶ En STC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal exige expresamente, como hemos dicho, la presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente (art. 569), a quienes se deberá notificar el auto de entrada y registro en el momento de practicar la diligencia. Si el «interesado» está detenido es imprescindible su presencia, so pena de nulidad de la diligencia, según una muy reiterada jurisprudencia³⁰⁷.

Ahora bien, este derecho a presenciar el registro, según la sala segunda en STS 711/ 2003, de 16 de mayo, es renunciable: el Tribunal señala expresamente que nada obliga a la policía judicial a llevar por la fuerza al detenido que no quiere presenciarlo, el investigado puede por ejemplo facilitar las llaves para realizar el registro y manifestar su renuncia a estar presente en la práctica del mismo, siempre que la renuncia cumpla con todos los requisitos para ello.

En relación con estas cuestiones es importante resaltar también un aspecto propio de la exclusividad y el papel atribuido en la diligencia de entrada y registro al Letrado de la Administración de Justicia. Como venimos indicando, cuando asiste a la entrada y el registro el Letrado de la Administración de Justicia ejerce con plenitud sus funciones, y entre ellas con exclusividad la de la fe pública. Esta exclusividad se ha puesto de manifiesto que también puede tener algunas lecturas de signo contrario, pues sólo el Letrado de la Administración de Justicia ostenta la fe pública judicial y, en consecuencia, lo que éste no recoja en el acta no puede ser tenido por procesalmente

³⁰⁷ La Sentencia de 11 Feb. 2000 dice: «de encontrarse detenido el interesado su presencia en el registro es obligada como esta Sala viene declarando reiteradamente (Sentencias de 30 Oct. 1992; 20 Dic. 1995; entre otras), no siendo de aplicación las excepciones establecidas en los párrafos segundo y tercero del artículo 569». Repiten esta doctrina jurisprudencial la Sentencias de 29 Dic. 2000 y 30 Ene. 2001. Pero si el detenido no es morador del domicilio registrado basta que concurra al registro su verdadero morador o su legítimo sustituto (Sentencia de 10 Feb. 1997).

existente ni parte integrante de la prueba preconstituida³⁰⁸; así lo reconoce expresamente el Tribunal Supremo. Para la formación de la prueba preconstituida, se considera que la presencia del Letrado de la Administración de Justicia, en principio y salvo prueba en contrario, acredita la legalidad de todas las actuaciones en las que interviene, de suerte que viene a ser un garante del derecho al proceso debido, siendo esta una cuestión de la mayor importancia en relación a los registros domiciliarios y prueba cuya naturaleza de cargo es clara cuando el resultado de la misma es positivo para la investigación criminal, dada su naturaleza de prueba no reproducible en el Plenario, y por tanto constituye prueba preconstituida, estando su validez sujeta al estricto cumplimiento de los requisitos que garantizan su legalidad, ya que se trata de una prueba cuya capacidad de contradicción en el Plenario es muy limitada. Por ello el Letrado de la Administración de Justicia, independiente respecto a los agentes actuantes y el investigado afectado por el registro, deberá hacer constar en su caso, en el acta, la ausencia del investigado y las razones por las que no ha podido presenciar el registro para garantizar su derecho a la contradicción en la prueba preconstituida.

Como consecuencia de la presencia del el Letrado de la Administración de Justicia, presupuesto esencial para la validez del registro domiciliario, la fe pública judicial se limita a lo que se contempla en el acta judicial, de suerte que lo que no aparezca en ella, no existe procesalmente hablando y está extramuros del registro domiciliario sin que pueda ser reservado ni incorporado al activo probatorio a través de la declaración de los agentes policiales actuantes. Es claro que como en cualquier actividad humana, puede existir un error u olvido en el momento de la redacción del acta, si esto ocurre es requisito imprescindible que el propio el Letrado de la Administración de Justicia salve el error u omisión producido, una vez sea advertido por él, mediante su firma en la propia acta de registro.

³⁰⁸ Así en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2007. Por "prueba" se entiende el instrumento mediante el que, en el proceso, se obtiene una información que puede servir para la decisión sobre los hechos. Después, del medio de prueba se extrae el elemento de prueba, la palabra "prueba" se refiere a la información obtenida y utilizable para tener por probado un hecho. El objeto de la valoración judicial es el elemento de prueba; es decir, la valoración no se refiere al medio de prueba o a la fuente de prueba en sí, sino al dato cognitivo que se aporta en el proceso.

10. Entrada y registro en caso de delito flagrante

Como hemos visto al principio de esta exposición, el art. 18 CE, señala como límite a la inviolabilidad del domicilio, los casos en que se produce un delito flagrante en el interior del domicilio, al establecer en su inciso segundo que, el domicilio es inviolable y que ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o autorización judicial, salvo en caso de flagrante delito.

Hemos de plantearnos pues, que casos abarca este supuesto de delito flagrante, en los que no es necesario resolución judicial que habilite la entrada, teniendo en cuenta que en estos supuestos, aunque la diligencia de entrada la pueden disponer y practicar los funcionarios de la policía sin contar con auto habilitante, la diligencia de registro requiere la obligatoria presencia judicial. Así se infiere del 574 LECrim, conforme al cual la recogida de los instrumentos y efectos del delito la efectuará el juez. De modo que en el supuesto de que la policía hubiere practicado la entrada para evitar un delito flagrante, una vez asegurada la situación debe suspenderse la diligencia de registro hasta que comparezca la autoridad judicial. La policía en este caso no puede por sí misma recoger ninguna prueba; la prueba requiere presencia judicial y su falta convierte el acto en una mera diligencia de investigación.

Será importante determinar lo que ha de entenderse por delito flagrante a efectos de la entrada en domicilio sin autorización judicial. La flagrancia implica, según la doctrina, que el hecho debe ser percibido directamente por los sentidos. Sobre el concepto de flagrancia, esta palabra procede del término latino «flagrare» que significa arder o quemar, por lo que, aplicando este significado a un contexto jurídico-penal vendríamos a decir que un delito es flagrante cuando es «resplandeciente», es decir, cometido públicamente y ante testigos, siendo descubierto en el acto de la perpetración.

Según GÓMEZ COLOMER³⁰⁹ existe un concepto de flagrancia sencillo: el delito es flagrante cuando se comete delante de testigos y a la luz pública, ya que, en definitiva y etimológicamente, es flagrante lo que se quema, es decir, lo que resplandece, lo que es manifiesto, en suma, lo que se ve. La doctrina ha sostenido que el

³⁰⁹ GÓMEZ COLOMER, JOSE LUIS; «El registro domiciliario por motivos de seguridad». *Actualidad Jurídica Aranzadi* 1994, núm. 138, pg. 2.

delito es flagrante mientras se ve, para quien lo ve cometer, por estar presente en su ejecución. Dos ideas conforman el concepto de flagrancia: la actualidad de su comisión, esto es que el delincuente sea sorprendido en el momento de ejecutarlo o en un momento inmediatamente posterior y la evidencia de la perpetración. La situación de flagrancia criminal es una situación de necesidad en la que se permite la violación de un derecho fundamental para impedir que se produzca, o que se siga produciendo, la violación de otros intereses particulares y colectivos y la vulneración del orden legal establecido.

En este mismo sentido el TC la ha definido la flagrancia delictiva como la «situación fáctica en que el delincuente es sorprendido —visto directamente o percibido por otro modo— en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito (...) hay una percepción sensorial directa del hecho delictivo, de suerte que la flagrancia se ve, no se demuestra...». Así en STC 341/1993, de 18 de noviembre.

No debemos confundir estos supuestos de flagrancia delictiva con la posibilidad de entrada y registro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en un domicilio en los supuestos de estado de necesidad para evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, mediando catástrofe, calamidad, ruina inminente u otras situaciones semejantes que por su extrema y urgente necesidad obliguen a actuar sin admitir demora.

Dogmáticamente se pueden distinguir tres casos: Delito flagrante, cuando el autor es sorprendido en el momento de la comisión, Delito cuasi-flagrante, cuando el autor es detenido o perseguido inmediatamente después de la ejecución sin haber sido perdido de vista por la fuerza pública u otras personas y un último supuesto cuando existe la Sospecha o presunción de delito flagrante, cuando el delincuente fuere sorprendido inmediatamente después de cometido el delito y de cesada la persecución, pero llevando todavía consigo efectos o instrumentos, como armas o cosas sustraídas. La primera hipótesis hace referencia a la flagrancia en sentido estricto, concurriendo la simultaneidad y la evidencia física. En la cuasi-flagrancia, la simultaneidad se sustituye por la inmediatez y la evidencia física por la evidencia racional. En la sospecha de flagrancia se produce una presunción.

El concepto jurídico de flagrancia, es procesal y jurisprudencial³¹⁰, debiendo ser objeto de interpretación restrictiva en aras del máximo respeto al derecho reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución y a falta de un concepto legal, se define como delito flagrante aquel en que se sorprende al delincuente cuando está cometiendo el delito o inmediatamente después, al encontrarse el delincuente con el objeto, efecto o instrumento del delito.

Además hay que tener en cuenta una última variante, en virtud de lo previsto en la LECrim, los funcionarios de policía podrán, en casos excepcionales, por sí mismos, practicar la entrada, sin mandamiento judicial, en aquellos casos en los que hubiese mandamiento de prisión y el delincuente sea sorprendido en flagrante delito o inmediatamente perseguido por los agentes se oculte o se refugie en alguna casa, así como en caso de excepcional o urgente necesidad en los supuestos relativos a bandas armadas, terroristas o rebeldes art.553 LECrim, cualquiera que sea el domicilio en que se oculten. Dando cuenta inmediata al juez competente con indicación de las causas y de los resultados.

³¹⁰ La doctrina del Tribunal Supremo ha venido precisando que el concepto de delito flagrante, a los efectos del art. 18.2 de la Constitución Española y del correlativo art. 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, queda delimitado por los tres requisitos siguientes [sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1990, 11 de septiembre de 1991, 15 de enero 15 y 18 de noviembre de 1993, 31 de enero, 4 de febrero, 24 de marzo, 9 de julio, 22 de noviembre y 5 de diciembre de 1994, 31 de enero y 9 de febrero y 27 de septiembre de 1995, 1 de abril, 11 de julio y 12 de diciembre de 1996 y 21 de enero, 13 de febrero, 4 de marzo y 14 de abril de 1997, entre otras muchas]: En la misma sentencia referida en el párrafo anterior, establece a los efectos del artículo 18.2 de la Constitución y del artículo 553 LECrim que el delito flagrante queda delimitado por tres requisitos: 1- Por la inmediatez temporal; que se esté cometiendo un delito o se haya cometido instantes antes. 2- Por la inmediatez personal; que el delincuente se encuentre allí en ese momento, en relación tal con el objeto o con los instrumentos del delito que hagan prueba de su participación en el hecho. 3- Necesidad urgente de intervenir los agentes de la policía, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente.

El Tribunal Constitucional³¹¹ en su STC 341/1993, reconoce que, si bien la jurisprudencia constitucional no ha definido de forma perfecta el concepto de flagrancia a los efectos de proteger el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, sí ha podido, al menos fijar los controles esenciales que muestra tal figura. Admite que es inexcusable reconocer que la flagrancia es una situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito.

En consecuencia, la entrada y registro policial en un domicilio, sin previa autorización judicial y sin que medie el consentimiento expreso de su titular, únicamente es admisible, desde el punto de vista constitucional, cuando dicha injerencia se produzca ante el conocimiento o percepción evidente de que en dicho domicilio se está cometiendo un delito, y siempre que la intervención policial resulte urgente para impedir su consumación, detener a la persona supuestamente responsable del mismo, proteger a la víctima o, por último, para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.

Es importante también subrayar que la Jurisprudencia³¹² ha declarado que el sustrato fáctico al que se aplica la flagrancia debe constar en los hechos probados, fruto de la valoración por el Tribunal de las pruebas practicadas ex artículo 741 LECrim y debe partirse de ello para contrastar si se ha respetado o no la norma constitucional invocada (artículo 18.2 C.E .), de forma que la modificación de la premisa histórica requiere la apreciación del error de hecho del artículo 849.2 LECrim.

³¹¹ STC 341/1993 de 18 de noviembre, cuyo fundamento jurídico octavo B señala, de un lado, que «la flagrancia es aquella situación fáctica en la que queda excluida aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención», y de otro, que se debe reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como «la situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido --visto directamente o percibido de otro modo-- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito».

³¹² En este sentido ver STS 758/2010 de 30 de junio de 2010.

Finalmente hay que tener presente, que conforme a lo expuesto, el carácter excepcional de esta posibilidad de actuación policial y del derecho fundamental afectado (inviolabilidad del domicilio), una entrada y, en su caso, registro quedará amparada en la existencia de un delito flagrante cuando éste realmente existe, lo contrario puede determinar, además de la nulidad de la diligencia y con ello del material probatorio que haya sido encontrado en el domicilio, la existencia de responsabilidad penal para los agentes que lo hayan llevado a cabo, al poder ser la entrada constitutiva de un delito de previsto en los artículos 202 y 204 del Código Penal.

CAPÍTULO IV

EL REGISTRO DEL DOMICILIO CON DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN.

1. La importancia de la información contenida en los dispositivos

Un aspecto relevante que debemos analizar hoy en día en la práctica del registro domiciliario, es el relativo a la intervención de equipos informáticos durante el registro, dado que lo habitual es encontrar en cualquier vivienda todo tipo de dispositivos electrónicos e informáticos que permiten almacenar datos de forma masiva. Desde los denominados smartphones o teléfonos inteligentes hasta los ordenadores personales de todo tipo, pasando por dispositivos de tamaño intermedio como un ipod³¹³ o una tablet.

La informática se ha convertido en los últimos tiempos, no solo en una parte importante de la vida de las personas, sino en centro esencial de la actividad humana en torno al cual se desarrollan las actividades cotidianas de la vida moderna; ello hace imprescindible conocer las garantías que corresponde adoptar para que este tipo dispositivos puedan ser intervenidos y constituir una fuente de prueba fiable³¹⁴.

Los requisitos para la intervención de este tipo de dispositivos nacen en gran medida de las exigencias que impone la protección del derecho al secreto de las comunicaciones. El acceso a la información que estos dispositivos pueden guardar en su interior debe cumplir las garantías legalmente establecidas para su intervención, así como el protocolo que exige la cadena de custodia de este tipo de efectos, como por ejemplo los teléfonos u ordenadores que fueran aprehendidos.

³¹³ El iPod es un reproductor de audio digital y un disco duro portátil con capacidad de 10GB, 15GB o 30GB. Puede ser conectado con un ordenador a través de un puerto fireWire o USB. Una Tableta (del inglés: tablet o tablet computer) es un tipo de computadora portátil, de mayor tamaño que un smartphone o una PDA, integrado en una pantalla táctil (sencilla o multitáctil) con la que se interactúa principalmente con los dedos, sin necesidad de teclado físico ni ratón.

³¹⁴ Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado sobre registro de dispositivos y equipos informáticos

No hay duda de que los datos personales relativos a una persona, individualmente considerados, que estos dispositivos contienen están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegida y menos aún puede haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en ellos, como datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.), no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrir o revelar algunos aspectos de la esfera más íntima del ser humano³¹⁵.

Es evidente que cuando una persona navega por Internet, por ejemplo participando en foros de conversación o redes sociales, descargando archivos o documentos, realizando operaciones de comercio electrónico o formando parte de grupos de noticias, entre otras infinitas posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o superfluos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto y entremezclados, no cabe duda, de que configuran un perfil ciertamente descriptivo de la personalidad de su titular. Este perfil precisa protección frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto incorpora información que afecta, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de comunicaciones privadas, (por ejemplo, a través de correos electrónicos), pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones, sino también el derecho a la intimidad personal, en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan normalmente almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello resulta imprescindible establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular para la intimidad personal y el entorno virtual, a causa del uso indebido de los equipos informáticos, así como de las nuevas tecnologías de la información.

³¹⁵ Siguiendo la STC 173/2011, 7 de noviembre.

Estos equipos almacenan información de todo tipo; se trata de dispositivos que encierran una ingente cantidad de datos personales. Conservan datos de configuración para aplicaciones como juegos electrónicos, o aplicaciones que facilitan servicios comerciales o de información; datos que se almacenan en servidores que a veces no se encuentran en nuestro país y por tanto no permiten un control directo sobre ellos; también datos que se transmiten, al facilitar los desplazamientos de su usuario y que también quedan registrados, deslocalizando y diseminando información en diversos ámbitos geográficos. En muchas ocasiones estos datos se almacenan sin el conocimiento consciente del usuario, que los tiene configurados por defecto sin saberlo, sin conocer los permisos facilitados a las compañías. Datos que en ocasiones se ceden e intercambian sin querer o con el "chantaje" comercial³¹⁶ de su cesión para acceder a un servicio, que se ofrece de forma aparentemente "gratuita", sin la posibilidad de controlar quien accede finalmente a estos datos.

Este uso temporal de un servicio o de una aplicación, conlleva un almacenamiento masivo de datos que cuanto menos no somos conscientes de haber querido compartir o ceder a terceros, especialmente cuando se trata de empresas que recaban información de los consumidores para conocer sus gustos o necesidades y facilitan ofrecerles servicios con garantía de éxito.

Desde un punto de vista jurídico, se trata de información privada o personal y aunque se pueda referir a contenidos en ocasiones también conocidos por terceras personas, o incluso del dominio público, cuando se guardan en dispositivos reservados, deben ser consideradas privadas e íntimas, y por tanto excluidas del conocimiento de terceros. Constituye un secreto personal, una información que quien no la borra sabe que el sistema almacena y guarda, pero la conserva como protegida por el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE y además por la intimidad informática cuando puede ser tratada informáticamente siendo también protegida por el art. 18.4 CE.

³¹⁶ VELASCO NUÑEZ, ELOY; «Registros de dispositivos de almacenamiento masivo de datos y registros remotos». en *Número monográfico sobre Diligencias de investigación tecnológica de Cuadernos Digitales de Formación*. Consejo general del poder Judicial.2018

Esta información privada es siempre canalizada y restringida, viene protegida por el acceso limitado que el dispositivo proporciona a través de una clave, una contraseña, una huella digital o incluso el reconocimiento facial (en algunos equipos modernos). Estos mecanismos aseguran la exclusión de terceros sobre el contenido almacenado en su interior que constituye una suerte de entorno virtual o "morada o domicilio informático"³¹⁷, un santuario de la actual privacidad, similar al que tradicionalmente proporcionaban la vivienda, las cajas fuertes, cajones, armarios y otros continentes protegidos con llave, para excluir a terceros de secretos que se solían guardar en su interior en soporte documental. Igual que el acceso a dichos continentes más tradicionales, fracturando sus cerraduras u obteniendo sus claves de forma fraudulenta para acceder a su interior sin válido consentimiento, constituye allanamiento del domicilio, tipificado en el art. 197.bis CP, podríamos hablar en la actualidad de un allanamiento de la morada informática o del entorno virtual del individuo cuando se accede de forma fraudulenta a estos espacios virtuales. La protección jurídica de esta información de carácter secreta o desconocida, por querer su interlocutor mantenerla o guardarla de terceros, se debe proteger como un derecho del ciudadano, garantizando espacios de privacidad frente al Estado, incluso cuando se trata de labores, como la investigación de delitos, que benefician al conjunto de la sociedad y justifican la vulneración o limitación únicamente con las garantías y los requisitos legalmente establecidos para ello.

Para cumplir estas garantías, concretamente, respecto al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, entre los que se encuentran los ordenadores³¹⁸, el nuevo capítulo VIII del Título octavo, en el Libro II de nuestra LECrim, establece una regulación específica para estos supuestos. Esta nueva regulación viene presidida por el principio de la necesidad de autorización judicial para acceder a los datos que se intervienen en los procesos de transmisión y almacenamiento telemático de datos, que será precisa tanto en los supuestos en los que los dispositivos

³¹⁷ VELASCO NUÑEZ, ELOY; «Registros de dispositivos de almacenamiento masivo de ...», op. Cít.

³¹⁸ Siguiendo la STS 204/2016 de 10 de marzo.

se ocupen durante un registro domiciliario, como en los incautados fuera del domicilio del investigado. Así lo establecen los nuevos artículos 588 sexies a y 588 sexies b, de la LECrim, tras la reforma operada por la LO 13/2015, exigiendo una motivación individualizada para acceder a dicha información. La nueva regulación, señala expresamente la necesidad de motivación individualizada cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, al requerir que la resolución del juez de instrucción extienda su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos.

La simple incautación de cualquiera de los dispositivos de este tipo, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente. La razón de ser de la necesidad de esta autorización con carácter generalizado es la consideración de estos instrumentos como lugar de almacenamiento de una serie compleja de datos que afectan de modo muy variado a la intimidad del investigado, como por ejemplo comunicaciones a través de sistemas de mensajería, amparadas por el art 18. 3º CE, contactos y fotografías, protegidas por el art 18. 1º CE al garantizar el derecho a la intimidad o incluso los datos personales y de geolocalización, que además pueden estar tutelados por el derecho a la protección de datos informáticos del art 18. 4º CE.

La consideración de cada uno de estos aspectos de forma separada y con un régimen de protección diferenciado es insuficiente para garantizar una protección eficaz, pues por poner un ejemplo, parece que resulta muy difícil asegurar una vez permitido a los agentes actuantes el acceso directo a un teléfono móvil para investigar datos únicamente protegidos por el derecho a la intimidad (como los contactos incluidos en la agenda del teléfono móvil), que los agentes no accedan a consultar también otros datos tutelados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones albergados en el mismo dispositivo. Por ello el legislador ha otorgado un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles, reveladores del perfil personal del

investigado, configurando un derecho constitucional de nueva generación que es el derecho a la protección del propio entorno virtual.

La nueva regulación también autoriza excepcionalmente el acceso directo de los agentes policiales en casos de urgencia, conforme al art 588 sexies c, párrafo cuarto LECrim: “En los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. Si bien el juez competente, también de forma motivada, debe confirmar o revocar tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida”. Esta previsión obliga a tener en cuenta ambos plazos para asegurar la legitimidad de la medida en estos casos de urgencia en que puede prescindirse de la autorización judicial previa.

Al ensamblar esta cuestión con los principios generales, hay que partir de la forma en que el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Supremo han definido previamente como determinantes de su validez, los actos de injerencia en la privacidad de los investigados en un proceso penal. En este sentido, la sala segunda del Tribunal Supremo³¹⁹, viene señalando que, el acceso de los poderes públicos al contenido del ordenador de un imputado no queda legitimado a través de un acto unilateral de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo de datos, son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de estos dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, datos técnicos y datos

³¹⁹ Así se recoge en STS 342/2013, de 17 de abril y STS 204/2016 de 19 de mayo.

personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE). Su contenido también puede albergar -de hecho, normalmente albergará información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones con terceras personas ajenas al proceso judicial. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea son instrumentos tecnológicos para hacer realidad, de forma telemática, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas.

Es opinión generalizada en la doctrina que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje, a partir de entonces, es susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional exige protección, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. En consecuencia, el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los investigadores, requiere contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución debe dispensar una protección al investigado frente al acto de injerencia de los poderes públicos que supone la actuación de los agentes.

Son muchos los espacios de exclusión garantizados, pero no todos ellos gozan del mismo nivel de protección desde la perspectiva constitucional; de aquí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal. Es necesaria la ponderación judicial entre las razones que justifican la injerencia, consecuencia de una investigación penal y el sacrificio de los derechos del usuario del ordenador, sin perder de vista la diversidad de los datos que pueden almacenar los dispositivos informáticos.

El tratamiento jurídico será más adecuado si el conjunto de mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier investigado en un proceso penal, se contempla de forma unitaria puesto que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual³²⁰. En dicho entorno virtual del investigado se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de entidad propia, toda la información en formato digital que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o no, genera el usuario de equipos informáticos o electrónicos, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos.

En plena era digital parece necesario garantizar una protección jurisdiccional en el entorno virtual o digital frente a la necesidad del Estado de invadir, para las labores relacionadas con la investigación y el castigo de los delitos, dicho entorno. Este concepto de entorno virtual supera claramente la dimensión comercial y tecnológica de los diferentes tipos de dispositivos que utilizamos diariamente, alcanzando a toda esa gran cantidad de información reservada y protegida tanto conforme al art. 18.1 CE, como por la protección desplegada en función del art. 18.4 CE cuando se trata de datos personales, yendo más allá de los mismos aisladamente considerados e incluyendo en un sentido amplio, no sólo los datos técnicos, asociados a consultas, geolocalizaciones y telecomunicaciones personales, sino también los que surgen de su propio tratamiento cruzado, según la prevención establecida en el art. 588 ter j), LECrim, cuando se trata los metadatos susceptibles de ofrecer a las empresas comerciales.

En nuestra opinión, la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional al ensamblar los principios generales y la sala segunda del Tribunal Supremo al analizar la

³²⁰ A este derecho a la protección del entorno virtual del investigado venimos haciendo referencia desde el primer capítulo de nuestro estudio, como una novedad introducida primero por nuestra jurisprudencia y reconocida más tarde por el legislador con la reforma de nuestra LECrim., llevada a cabo en 2015.

protección del investigado, supone que tanto desde la perspectiva del derecho de exclusión del propio entorno virtual, como de las garantías constitucionales y legales exigidas para el sacrificio de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la intervención de un ordenador para acceder a su contenido, conlleva la indudable exigencia de un acto jurisdiccional habilitante. Esta autorización, queda claro que no está incluida en la resolución judicial previa para acceder al domicilio en el que aquellos dispositivos se encuentran instalados puesto que su objetivo no es la protección de la inviolabilidad del domicilio sino evitar la vulneración del entorno virtual del investigado e incluso proteger el derecho a la autonomía informativa.

Al examinar la inviolabilidad del domicilio en el Capítulo II, hemos puesto de manifiesto que se puede apreciar la conexión existente entre el entorno virtual y el domicilio físico, al constituir el domicilio un espacio reservado a terceros también desde la perspectiva telemática.

De acuerdo con lo expuesto, para intervenir efectos o información digital, al dictar la resolución habilitante para acordar la entrada, en la misma resolución o en otra formalmente diferenciada, el órgano jurisdiccional deberá manifestar y plasmar en su motivación, que ha tomado en consideración específicamente la necesidad de sacrificar, además del domicilio como sede física en el que se ejercen los derechos individuales más elementales, otros derechos que también pueden verse vulnerados como consecuencia de la entrada en el domicilio y la intervención de equipos informáticos allí instalados que facilitan la utilización de las nuevas tecnologías de comunicación.

Cuestión similar, que exige habilitación judicial específica, es la referida a la actuación del agente encubierto³²¹. La actuación del agente encubierto adquiere especial relevancia en la actualidad cuando actúa a través, de las redes digitales, para obtener información. El legislador ha dado nueva regulación a esta figura para adaptar el texto

³²¹ En relación a la incautación de datos por el agente encubierto vid. STS 750/2019, de 5 de noviembre de 2019.

legal a la sociedad digitalizada en la que nos encontramos actualmente. La actuación del agente encubierto en el entorno digital es de suma importancia frente a la delincuencia organizada. Por ello los apartados 6 y 7 del art. 282 bis de la LECrim, con las modificaciones introducidas por la reforma de 2015, regulan esta novedosa figura estableciendo que el agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos. Una previsión que resulta enfocada a la investigación de los delitos, relacionados con los medios telemáticos, llevados a cabo por la delincuencia organizada en delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización criminal o cualquier otro delito cometido a través de medios informáticos. El legislador prevé expresamente la posibilidad de que el agente encubierto pueda intercambiar o enviar archivos ilícitos, por razón de su contenido, para conseguir con ello datos que le permitan conocer la identificación del investigado, pero exigiendo una habilitación judicial expresa, la autorización judicial pertinente que viene a proteger el entorno virtual del investigado, en este caso de forma encubierta a diferencia de lo que sucede en el registro presencial.

En esta modalidad la actuación del agente encubierto, supone una injerencia en el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y el entorno virtual del investigado, a través de la red mediante el uso de equipos informáticos, pues el legislador contempla expresamente la posibilidad de que el agente pueda filmar imágenes y grabar las conversaciones que éste mantenga con el investigado, incluso si se desarrollan en el interior de un domicilio en el apartado 7, del art 282 bis. Para ello, el agente debe contar con una autorización previa otorgada por el Juez competente, se trata de otra variante necesitada de protección, en la que intervienen la vulneración del derecho al domicilio por el acceso a equipos informáticos y la garantía principal es la misma que en los casos anteriores, la autorización judicial.

El art. 297 LECrim establece que en todo caso, los funcionarios de Policía judicial están obligados a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, y se abstendrán bajo su responsabilidad de usar medios de averiguación que la Ley no autorice. Ello implica garantizar también la protección del derecho a la autodeterminación informativa, es decir la protección del derecho a obtener

información veraz a través de los medios telemáticos, sin ser objeto de engaño. Este derecho a la autodeterminación informativa parece que también se encuadra dentro del derecho a la protección del entorno virtual del investigado al que venimos haciendo referencia y reclama inexorablemente habilitación judicial incluso en las simulaciones policiales investigadoras de corta duración.

Es esencial tener en cuenta que la LECrim señala las condiciones y límites para los poderes públicos a la hora de obtener de los operadores comerciales evidencias tecnológicas que puedan encerrar información sobre extremos de interés para la averiguación de hechos y autores de delitos. El art. 588 ter k,) LECrim regula cómo se puede acceder de forma legal a los datos que generan este tipo de comunicaciones que normalmente son almacenados por empresas que los pueden y deben ceder en las condiciones señaladas. Este precepto nos indica cómo se puede acceder válidamente a los datos identificativos del autor a través de los datos vinculados a la IP, elemento esencial en este tipo de comunicaciones, al que ya hemos hecho referencia en el capítulo primero del presente estudio, permitiendo identificar a los titulares de equipos y dispositivos de conectividad, mediante los datos que facilitan al prestador de servicios, datos informáticos para utilizar la red. Para ello los agentes de la Policía Judicial que tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el artículo 588 ter e), la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso.

2. El acceso a los dispositivos y la afectación a los derechos del investigado

El acceso a la información contenida en los dispositivos electrónicos durante la investigación criminal, puede afectar a varios derechos fundamentales. Hemos hecho referencia principalmente al derecho a la intimidad personal del art. 18.1 CE y el derecho al secreto de las comunicaciones regulado en el art. 18.3. Pero como hemos visto también se puede plantear en algunos casos la vulneración del derecho a la

auto-determinación informativa como consecuencia de la intervención de equipos informáticos, en función de la forma que tienen los agentes para intervenir los datos que luego filtrarán para su investigación. La vulneración de estos derechos también se encuentra en relación con el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, en aquellos casos que el equipo informático contiene la información que se interviene como consecuencia de una entrada y registro en un domicilio.

El artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos, garantiza el derecho a la protección de la esfera privada del individuo, estableciendo que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, pero además, la intimidad es un bien jurídico que nuestra Constitución ha elevado a la categoría de derecho fundamental, vinculado con el libre desenvolvimiento de la personalidad y presupuesto del ejercicio potencial y pleno de otros derechos y libertades constitucionales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es fuente interpretativa en materia de derechos fundamentales dentro de nuestro ordenamiento jurídico,³²² al analizar el art. 8 CEDH, estima que la injerencia del Estado en la vida privada puede resultar justificada siempre que concurren tres requisitos, a saber, que la injerencia esté prevista por la ley (legalidad), que su finalidad sea legítima (legitimidad del fin) y, por último, que sea necesaria en una sociedad democrática para la consecución de ese fin (necesidad).

Como indican algunos autores³²³ el artículo 18 CE acoge un contenido amplio de la intimidad que irá variando, atendiendo a las ideas y convicciones más generalizada

³²² El artículo 10. Constitución Española, establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

³²³ LÓPEZ ORTEGA, JUAN JOSÉ; «La intimidad como bien jurídico protegido», en *Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado a «Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)»*, ed. CGPJ y Escuela Judicial, Madrid, 1996, págs. 287 y ss.

en la sociedad en cada momento histórico. Para Garrigues Walker³²⁴ el estamento jurídico español no debe quedar al margen de una imparable revolución tecno-científica que ya está afectando y lo seguirá haciendo, a derechos básicos de la ciudadanía así como a la práctica judicial y profesional.

Esta doctrina para garantizar los derechos inherentes a la intimidad y a la privacidad de los ciudadanos ha sido recogida y desarrollada por la jurisprudencia constitucional española³²⁵ en resoluciones que han creado una línea consolidada. Se trata de exigencias para la defensa del derecho a la intimidad establecidas por el Convenio Europeo y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos, resultando plenamente aplicables a la intromisión en el derecho a la intimidad que supone el acceso a las Informaciones contenidas en dispositivos electrónicos que se encuentran en un domicilio durante la entrada y registro, así como en el posterior volcado de los datos intervenidos.

Nuestra LECrim dentro del título dedicado a las medidas de investigación, dedica un Capítulo específico a las nuevas medidas tecnológicas y telemáticas, como a la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos. Esta regulación venía siendo demandada desde hace tiempo por los tribu-

³²⁴ GARRIGUES WALKER, ANTONIO; «Tecnología, ciencia y derecho. La revolución que viene», en *Revista del Consejo General de la Abogacía española*. Noviembre 2016,16.

³²⁵ En la STC 70/2002 de 3 de abril, FJ 10; y STC 207/1996, de 16 diciembre, FJ 4.º; entre muchas otras.

nales al resultar evidente la trascendencia que para la tutela de los derechos fundamentales puede suponer la protección del contenido almacenado en estos dispositivos³²⁶.

El capítulo comienza estableciendo en el artículo 588. bis a.) los principios rectores aplicables a todas estas medidas de investigación tecnológica. Según estos principios rectores, durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

La propia LECrim., resalta el principio de especialidad y exige que la medida adoptada esté relacionada con la investigación de un delito concreto y prohíbe autorizar medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva. Al mismo tiempo indica que el principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de estas medidas de investigación en virtud de su utilidad. Además y en atención a los principios de excepcionalidad y necesidad, solo puede acordarse estas medidas con los siguientes requisitos: en primer lugar, que no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o del autor se trata de medidas que se adoptan de forma excepcional; en segundo lugar que el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida, es decir la necesidad real que justifique autorizar la medida.

³²⁶ En este sentido, STC 173/2011, de 7 de noviembre

La ley impone también el requisito de la proporcionalidad de la medida, de forma que las medidas de investigación reguladas en el capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público efectuada por el Juez instructor se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

El juicio de razonabilidad de lo que se busca afectando la privacidad mediante la ocupación de información electrónica que la contiene, pretende inicialmente evitar ocupaciones prospectivas y no razonables de información privada, que además de ser invasivas, pueden llevar al hallazgo casual de actividad delictiva diferente respecto de lo que inicialmente se indagaba. Se deriva de lo anterior que el señalamiento de la extensión del alcance de lo autorizado en el registro de los dispositivos, al margen de los casos de hallazgos casuales, debe estar vinculado a la actividad delictiva que previamente a la aprehensión se esté desarrollando, y en su caso a actividades conexas atendiendo a lo establecido en el art. 17 LECrim-.

Después de regular las disposiciones generales para este tipo de medidas, la LECrim trata específicamente en el capítulo VII el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, estableciendo de nuevo la necesidad de autorización judicial previa cuando sea previsible la intervención y la necesidad de acceder a la información contenida en este tipo de dispositivos de almacenamiento en el art. 588 sexies b).

3. La protección de datos personales en dispositivos informáticos intervenidos

3.1 Protección en el ámbito penal

Nuestro TC, reconoce expresamente los datos personales como algo incluido dentro del ámbito de la intimidad que se encuentra constitucionalmente protegido. El cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador, datos sobre la vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) (...) no sólo forman parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrir aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad que reserva frente a su conocimiento ajeno, aunque este consentimiento pueda ser revocado en cualquier momento.

Los dispositivos electrónicos contienen amplias bases de datos, esto es un conjunto de datos almacenados sistemáticamente. Se trata de información más o menos homogénea, almacenada y normalmente sistematizada que permite un acceso directo, para facilitar su utilización, mediante programas o sistemas que tratan y operan los datos e información.

Se pueden definir las bases de datos informáticas como un conjunto exhaustivo de datos estructurados, organizados independientemente de su utilización y su implementación, con una ingente cantidad de datos accesibles de manera inmediata y compatibles con varios usuarios concurrentes. Actualmente todas las bases de datos tienen un formato informático que permite un almacenamiento masivo de datos, de los cuales debe protegerse aquellos que tienen carácter personal.

En España esta protección general se desarrolla a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). El objeto de la ley es, por una parte, adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 (en adelante, RGPD) y, por otra parte, garantizar los derechos digitales de la ciudadanía. En este sentido debemos tener en cuenta que la LOPDGDD da un trato muy distinto a la protección de los datos sensibles, especialmente protegidos, a aquellos que afectan a la ideología, religión y creencias amparados por el artículo 16 CE, a la intimidad de las personas del artículo 18 CE, al origen racial, salud y vida sexual. Estos datos obligan a un tratamiento muy distinto respecto al que procede con otros datos de carácter general a los que se refiere el art. 4., de la ley, permitiendo solo un acceso restringido a los mismos por parte del Ministerio

Fiscal (art. 11) y de forma más limitada, por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 22), y en general por la Administración (art. 6.2).

Esta normativa presenta una nueva configuración de la protección de datos que, ha superado el concepto de los ficheros, para centrarse en el tratamiento de datos y en las obligaciones que corresponden al responsable del mismo. Para ello, parte de la definición del tratamiento como "cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción" (art. 4.2 RGPD). Se identifica al responsable del tratamiento o responsable como "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento", añadiendo que "si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros" (art. 4.7 RGPD).

Existen datos sensibles por su propia naturaleza que conllevan una mayor exposición de la intimidad para el individuo, resultando más afectada o pudiendo deteriorar su imagen. Este deterioro puede deberse, tanto por estigmatizar o minusvalorar la personalidad del individuo por su pertenencia al grupo (minusvalías, deficiencias o salud, información genética, orientación sexual, origen racial, a la salud, orientación política, etc.) o por desvelar aspectos sujetos a prejuicios (ideología, religión o creencias). Especial consideración deben tener siempre los datos referidos a la salud, entendida ésta como reveladora de la situación o condición de una persona que puede exteriorizar las enfermedades o debilidades que sufre una persona alterando la percepción de su imagen por los demás. A este supuesto se refiere el artículo 8 de la ley, con remisión a la normativa especial y a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre. Estos datos sólo se pueden recoger para su tratamiento, cuando su utilización sea adecuada, pertinente y no excesiva teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la investigación en curso. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no pueden usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos.

En el ámbito penal debemos tener en cuenta la reciente Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, que traspone la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. Esta Ley siguiendo a COLOMER³²⁶ tiene como objetivo principal que los datos sean tratados por las autoridades competentes de forma que se garantice una protección adecuada a la par que establecer mayores estándares de protección de los derechos fundamentales y las libertades de los ciudadanos, garantizando que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 18.4 de la Constitución.

La nueva ley resulta de aplicación al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero realizado por las autoridades competentes, con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública. Pero el tratamiento de los datos personales llevado a cabo con ocasión de la tramitación por los órganos judiciales y fiscalías de las actuaciones o procesos de los que sean competentes, así como el realizado dentro de la gestión de la Oficina judicial y fiscal, en el ámbito del artículo 1, se regirá por lo dispuesto en dicha Ley Orgánica, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, las leyes procesales que le sean aplicables y, en su caso, por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Las autoridades de protección de datos a las que se refiere el capítulo VI no serán competentes para controlar estas operaciones de tratamiento.

³²⁶ COLOMER HERNANDEZ, IGNACIO MARÍA; «A propósito de la compleja trasposición de la directiva 2016/680», op. cít.

Se consideran «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará persona física identificable a toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, unos datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona y «tratamiento»: cualquier operación realizada sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción;

Cuando los datos sean objeto de un tratamiento con fines jurisdiccionales del que sea responsable un órgano del orden jurisdiccional penal, o el Ministerio Fiscal, el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, supresión y limitación del tratamiento se realizará de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, en las normas procesales y en su caso, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Durante la investigación criminal, los agentes actuantes y el Ministerio Fiscal³²⁷, se encuentran sujetos a la normativa de protección de datos, ya que el derecho a la protección de datos constituye, sobre la base del art. 18.4 CE, un derecho fundamental autónomo y específico, razón por la que vincula al MF, al igual que a otros poderes públicos (art 53 CE).

³²⁷ En esta materia destaca la Instrucción número 2/2019, de 20 de diciembre de 2019, de la Fiscalía General del Estado, sobre la protección de datos en el ámbito del Ministerio Fiscal: el responsable y el Delegado de Protección de Datos.

Durante la investigación, sucede con frecuencia, que la información se encuentra contenida en soportes electrónicos que albergan una cantidad ingente de datos inicialmente no susceptible de clasificación y tratamiento diferenciado. Es necesario acceder a la información contenida en el soporte informático y abrir cada documento. Las bases de datos por sí mismas contienen un conjunto de caracteres que no se traduce con una realidad tangible hasta que se puede analizar esa información, inicialmente es información virtual. La información a que accedemos inicialmente presenta el nivel más superficial; incluso antes de abrirlo muchas veces podemos conocer el título y autor del documento, así como la información que soporta el sistema según el tipo de archivo, pero es necesario un análisis exhaustivo para su valoración.

Aparte de la función documental e instrumental, los equipos contienen también a su vez otro tipo de información, como metadatos, índices contadores, etc. que son decisivos para conocer el origen y la eficacia de la información. Esta información y los metadatos que permiten reconocerla pueden tener un distinto grado de protección y hace necesario un tratamiento o expurgo de la misma para poder determinar qué contenidos pueden resultar afectados. En este sentido la STS 342/2013, 17 de abril; puntualiza que «la ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier investigado se contemplan de forma unitaria».

Las diligencias de reconocimiento judicial de este tipo documentos contenidos en equipos informáticos, conocidas como averiguación electrónica (e-discovery), han supuesto una verdadera revolución en el ámbito del derecho procesal moderno. La diligencia en el ámbito estrictamente procesal, obliga a una clasificación de la información en función de la sensibilidad de los datos que son tratados y de la información que pueda esperarse de ello para la investigación. Existe una obligación de preservar toda la información, pero también existe un deber de dotar de las debidas garantías a la información que es tratada al objeto de que un acceso casual a contenidos informativos sensibles ponga en riesgo los legítimos intereses de las personas afectadas

cuyo acceso a priori no guarde relación con el objeto del procedimiento. Se debe evitar las denominadas como phishing expedition, diligencias de averiguación indiscriminada que no tengan otra finalidad que una averiguación prospectiva.

La información contenida en los efectos informáticos presentará datos de distinta naturaleza cuyo acceso implica necesariamente una intromisión en la esfera de la intimidad del investigado. Información que el usuario puede querer preservar del conocimiento público, teniendo derecho a ello y en tal sentido, el acceso al mismo puede implicar una intromisión muy grave de la esfera personal.

Para garantizar el cumplimiento de esta protección, en el ámbito penal, la regulación vigente se basa en el principio de responsabilidad proactiva, que supone la obligación de aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, acordes con la naturaleza, ámbito y fines del tratamiento, a fin de garantizar y poder demostrar que el mismo es conforme a la normativa, e implica la necesidad de identificar a los responsables del tratamiento.

3.2. Funciones del Ministerio Fiscal en el ámbito de la protección de datos

El papel de garante de la legalidad que ejercita el Ministerio Fiscal en nuestro ordenamiento, conlleva un especial deber de cumplimiento de las normas de protección de datos, junto al resto de funciones que le vienen atribuidas. Este deber se traduce en obligación de respetar la confidencialidad de los datos personales tratados en los procedimientos en el ejercicio de su actividad. Existiendo un régimen sancionatorio especial previsto en la normativa de protección de datos y la posibilidad de aplicar la normativa general de responsabilidad civil, penal y disciplinaria para ello.

Con el objetivo de dar cumplimiento a esta norma se ha creado el Departamento de Protección de Datos del Ministerio Fiscal, asistido en sus funciones por una red de adjuntos que, bajo el principio de jerarquía, colaborarán con las funciones asignadas en su correspondiente ámbito. Las funciones del Departamento y su equipo de adjuntos se extenderán a todo el ámbito de actuación del MF que implique tratamiento de datos personales, en el ejercicio de funciones jurisdiccionales y gubernativas. La actuación del Ministerio Fiscal se encuentra, sin lugar a duda, sujeta a la normativa de protección de datos. La responsabilidad en el cumplimiento de estas normas para facilitar a los interesados el ejercicio de sus derechos supone la aplicación

de medidas técnicas y organizativas que permitan garantizar el tratamiento correcto de los datos personales.

La nueva regulación establece la figura de un Delegado de Protección de Datos (en adelante, DPD), con función de asesoramiento y supervisión en el cumplimiento de la norma. (también conocido por su nombre en inglés, Data Protection Officer, o bajo los acrónimos DPD o DPO). En términos generales, viene llamado a ejercer funciones de control y supervisión que faciliten el correcto cumplimiento de la nueva regulación.

El Ministerio Fiscal en su actuación necesariamente lleva a cabo un tratamiento de datos personales. Su actividad se desarrolla principalmente en el contexto de la actividad jurisdiccional o investigadora al promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, gestionando gran cantidad de datos personales del justiciable para cumplir su función. Su actuación, como no puede ser de otra forma, estará siempre sujeta a todo el marco legal, incluyendo la normativa de protección de datos. Como instituto de relevancia constitucional y con personalidad jurídica propia, tiene el deber de velar por el cumplimiento de las normas de carácter imperativo, lo que supone asegurar la aplicación de la ley de protección de datos. En base al principio de responsabilidad proactiva se deben aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el RGPD (arts. 5.2 y 24 RGPD).

Para aplicar esta normativa de protección de datos a la actuación del MF es necesario tener en cuenta su función, estructura y organización, a la luz de la nueva regulación. Para desarrollar la normativa, se establece un único DPD. Se designa un DPD del MF, que ejercerá sus funciones cuando se trata de la actuación del MF asistido por una red de adjuntos del DPD del MF que, bajo el principio de jerarquía, colaboren con las funciones asignadas al DPD del MF en su correspondiente ámbito. Con el fin de facilitar el cumplimiento de sus funciones, se designará un adjunto territorial del DPD en el ámbito de cada una de las CCAA. Las funciones del DPD del MF se extienden a todo el ámbito de actuación del MF que implique tratamiento de datos personales, tanto en el ejercicio de funciones jurisdiccionales o gubernativas.

La determinación del MF como responsable del tratamiento implica que las obligaciones que le incumben deben ser asumidas necesariamente por las fiscalías, las unidades y los órganos a través de los cuales ejerce su misión (art. 2.1 EOMF). En todas las fiscalías y unidades organizativas fiscales se debe adecuar el trabajo implementando la protección de datos. Además, corresponde a todos los fiscales, de acuerdo con sus respectivas competencias, el cumplimiento de las obligaciones en materia de protección de datos en las concretas operaciones de tratamiento que efectúan en nombre del MF. Entre estas obligaciones destacan el deber de respetar la confidencialidad de los datos personales tratados y el cumplimiento de las instrucciones sobre protección de datos recibidas (art. 29 RGPD).

4. Requisitos de la solicitud de la medida para acceder a los datos contenidos en equipos informáticos

En cuanto a la solicitud de esta medida, debemos tener en cuenta que el juez instructor puede acordar las medidas de intervención y acceso al contenido de teléfonos móviles o equipos informáticos incautados de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. Existen ambas opciones; sin embargo, parece lógico que si la investigación ha puesto de manifiesto la necesidad de acordar la medida serán los agentes actuantes los que soliciten su adopción.

Es importante conocer los requisitos que debe reunir la petición de la medida por los agentes, dado que lo comunicado con esa petición debe servir al juez instructor para decidir y fundamentar si procede la habilitación judicial a través del auto. Por ello establece el art 558 bis b), apartado 2º LECrim, que cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten del juez de instrucción una medida de investigación tecnológica, la petición habrá de contener como requisitos los siguientes:

1.º La descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos.

2.º La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis LECrim a, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia.

3.º Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida.

4.º La extensión de la medida con especificación de su contenido.

5.º La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

6.º La forma de ejecución de la medida.

7.º La duración de la medida que se solicita.

8.º El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.

La resolución judicial debe determinar el alcance del registro, la naturaleza de los datos a los que se va a acceder por los agentes y el grado de afectación de los derechos del investigado, como criterio principal para cumplir con la adecuada ponderación de los intereses en conflicto que debe justificar el registro del equipo informático concreto que se encuentra bajo investigación. En el mismo domicilio diferentes equipos pueden pertenecer a distintas personas y las exigencias de justificación se incrementan en aquellos casos en que pueda verse afectada la limitación de diversos derechos fundamentales como la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos o cuando, a pesar de resultar afectado solo un derecho, se prevea una especial intensidad en su afectación; por ejemplo, cuando se trate de datos que hemos indicado especialmente sensibles y objeto de especial cuidado en su tratamiento por concernir directamente a la imagen y a la privacidad, cuando son reveladores de la orientación política, sexual o religiosa o de padecer una enfermedad. Por el contrario, la justificación de la resolución judicial no necesita especial intensidad cuando se trata de acceso a datos concretos, pero de carácter general, que no inciden de manera grave en la privacidad, como el acceso al directorio de contactos de un teléfono móvil, por más que estos datos puedan aportar un valor inestimable a la hora de avanzar en la investigación al proporcionar los contactos de los que el investigado se sirve para cometer el delito o sus cómplices.

Llama la atención sobre la importancia que este tipo de datos pueden tener para la investigación, el hecho de que en estos últimos años se haya conseguido desarticular algunas bandas organizadas dedicadas a delitos contra el patrimonio,

después de veinte años o más de investigaciones relacionadas con robos cuyo denominador común en varios de estos supuestos resultó ser que los investigados no utilizaban ningún tipo de dispositivo móvil de telecomunicación. Ello nos muestra la importancia de tener acceso a este tipo de medios tecnológicos en las investigaciones especialmente complejas para avanzar en la investigación e interconectar datos. Resulta evidente que no tener acceso a estos datos que aportan los medios tecnológicos, por la falta de autorización o porque el investigado no los emplea dificulta en gran medida las investigaciones de grupos organizados, al no poder conocer su localización ni los contactos con los que se relacionan para cometer el delito, obligando a desarrollar un tipo de investigación diferente al que se impone en la actualidad.

La ley, al regular este tipo de medidas, teniendo en cuenta el necesario carácter reservado para que las mismas tengan éxito, también adopta ciertas garantías desde el punto de vista práctico, asegurando la tramitación de estos procedimientos sin perjudicar la investigación, estableciendo expresamente que en estos casos la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza informática de medidas, separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa (art.588 bis d.). En la práctica los programas informáticos que se utilizan en los juzgados se han adaptado a esta necesidad de reserva o confidencialidad para evitar filtraciones, de forma que estos procedimientos no figuran como número estadístico del órgano y solo el funcionario autorizado y el Letrado de la Administración de Justicia encargado del órgano judicial pueden acceder a la pieza que se tramita de forma independiente y claro está, sin notificación a las partes de la pieza secreta en la que se acuerda la medida.

De esta forma se consigue garantizar al mismo tiempo un mayor grado de protección de los derechos de la persona investigada y la efectividad de la medida, evitando filtraciones de información que pudieran producirse en la oficina judicial susceptibles de frustrar la efectividad de la medida adoptada. Parece que se trata de dos objetivos esenciales, opuestos pero legítimos y compatibles para el proceso penal en el que se investiga la actuación delictiva.

Frente al carácter secreto o reservado de este tipo de medidas, que el investigado desconoce para evitar frustrar la investigación, la aplicación del principio de especialidad impide que tenga lugar el registro preventivo o genérico de dispositivos de

almacenamiento de datos contenidos en este tipo de equipos informáticos como por ejemplo un teléfono móvil o un ordenador que no se encuentren relacionados con la causa que da lugar a la investigación de un delito concreto. Este requisito, unido a las exigencias del principio de excepcionalidad, suponen la ilegalidad de cualquier registro de dispositivos que se pueda llevar a cabo de manera sistemática en una detención que no guarde relación con la causa judicial concreta y los hechos que están siendo investigados.

La excepcionalidad de la medida debe ser apreciada juntamente con su idoneidad y la posibilidad al menos indiciaria, debidamente acreditada, de obtener con el registro del equipo informático intervenido datos relevantes para la investigación. Solo en este caso quedará justificado el auto habilitante. El registro resulta ilícito cuando se lleve a cabo de manera prospectiva, circunstancial o aleatoria, sin una investigación previa al efecto en busca de hallar de forma casual datos, indicios o pruebas que no están relacionados con datos previamente conocidos por los agentes. La medida debe provenir de una previa investigación que haya puesto de relevancia la posible existencia de un delito. Para que pueda acordarse por el Juez instructor la intervención y el uso de los datos intervenidos en los equipos informáticos debe existir un fin constitucionalmente legítimo, un interés público propio de la prevención e investigación del delito, y la determinación de unos hechos concretos y relevantes para el proceso penal mediante la prueba electrónica obtenida de los equipos intervenidos; sin este elemento la actuación en ningún supuesto puede quedar legitimada y la prueba obtenida será nula al obtenerse vulnerando un derecho fundamental.

El principio de legalidad viene proclamado como principio esencial para este tipo de medidas desde 2015. La ley venía exigiendo este principio de forma general en algunos preceptos como el art. 545 LECrim., para permitir el registro en algunos casos, pero sin proclamarlo expresamente al regular la entrada domiciliaria en los arts. 546 y 551 LECrim. Muchos autores³²⁸, desde hace tiempo venían manifestando su necesaria proclamación expresa, para garantizar una regulación concreta y específica del registro y la obtención de la información contenida en dispositivos electrónicos o informáticos, cumpliendo con las obligaciones derivadas de la ratificación del Convenio

³²⁸ DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN; «La prueba electrónica en el proceso penal». *En Diario la ley. Nº 8167, Sección Doctrina, noviembre de 2013*. Editorial LA LEY.

de Budapest sobre Ciberdelincuencia de 23 de noviembre de 2011, cuyo art. 19 establece expresamente que cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo para facultar a las autoridades competentes a registrar o a tener acceso de forma similar a un sistema informático o a medios de almacenamiento de datos informáticos.

En tercer y último lugar, para acordar el registro de dispositivos informáticos se debe garantizar el principio de proporcionalidad en el acceso a la información contenida en el mismo, que permita su posterior análisis y volcado con todas las garantías legales. Ello supone una autorización judicial previa, con una ponderación de los bienes en juego en el caso concreto, controlando su necesidad e idoneidad que debe venir puesta de manifiesto en sus oficios por los agentes actuantes al solicitar la intervención; es decir, un juicio de proporcionalidad, salvo en los supuestos de consentimiento del afectado o aquellos casos en que la urgencia de la intervención policial impida el juicio previo de proporcionalidad obligando a un control posterior de la medida ya adoptada.

En cuanto a esta proporcionalidad de la medida, el legislador ha optado por no establecer un catálogo de delitos fijo, con una gravedad mínima que permita acudir a este tipo de medidas, a pesar del riesgo de intromisión en los derechos fundamentales que podría hipotéticamente producirse en supuestos penales de escasa entidad al no exigir una gravedad mínima. La falta de delimitación parece provenir de casos en los que la injerencia que supone la medida puede ser también muy leve para la intimidad del investigado, cuando no afecta a datos de carácter sensible. Dejando que sea el juicio de proporcionalidad que lleve a cabo el Juez instructor el que justifique la medida en cada caso concreto, analizando los intereses en conflicto para valorar la gravedad del delito, no solo desde la perspectiva de la pena que le corresponda, sino atendiendo también a la naturaleza del bien jurídico protegido. En relación a este juicio de proporcionalidad, nos parece especialmente importante lo indicado en la STS 811/2015, de 9 de diciembre, al señalar que “cuando de infracciones cometidas mediante la utilización de equipos informáticos se trata, la diligencia tendente a su ocupación y al examen de sus contenidos, ha de considerarse como proporcionada, no tanto en función de la pena eventualmente aplicable sino de la propia naturaleza de los hechos investigados, de su mecánica comisiva y de las inevitables necesidades para su ulterior probanza”.

5. La autorización judicial para intervenir y acceder a equipos de almacenamiento masivo de datos

En la práctica se puede observar que los casos en que con mayor frecuencia se intervienen dispositivos de almacenamiento masivo de información son aquellos en que se produce su incautación como consecuencia de una diligencia de entrada y registro³²⁹.

Con anterioridad a la reforma de la LECrim de 2015, el modo habitual de proceder era el de considerar amparado su registro por la resolución judicial que autorizaba la entrada en el domicilio del investigado y el registro de los libros, papeles y demás documentos del mismo que pudieran tener relación con el delito.

La nueva regulación, sin embargo, parte de la conclusión esencial de que la simple incautación de los dispositivos de almacenamiento masivo de información que se lleve a cabo con motivo de una entrada y registro no permite acceder al contenido de estos dispositivos. Es decir, la autorización judicial de entrada y registro permite la incautación de los equipos (efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación, dice el art. 546 LECrim), pero el acceso a la información que estos dispositivos albergan es una cuestión diferente. Acceder a dicha información puede ser esencial para la investigación, puede incluso cambiar totalmente la orientación que va a seguir la investigación y será necesaria una motivación judicial especial, extra e independiente para registrar o acceder a la información contenida en estos dispositivos informáticos. Si bien es cierto, nada impide que una vez intervenidos y precintados debidamente los equipos se pueda más tarde autorizar el acceso, cumpliendo con todos los requisitos legales a través de la oportuna resolución judicial que permita el acceso posterior de los agentes a los equipos intervenidos. No ya en el domicilio sino por ejemplo en sede judicial, velando el Letrado de la Administración de Justicia por la integridad de los precintos que fueron practicados para garantizar que los agentes no han accedido a los datos hasta obtener la resolución habilitante. En este segundo supuesto será primordial

³²⁹ Sobre esta materia y su problemática vid. Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2019, sobre registro de dispositivos y equipos informático

la labor del LAJ en el precinto y en la custodia de los discos duros cuyo acceso esta inicialmente vedado a los agentes.

En caso de urgencia justificada, según permita el art. 588 sexies c en su apartado 4, la Policía Judicial o el fiscal podrán llevarlo a cabo, informando al juez inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación.

En cualquier caso, resulta siempre indiscutible la necesidad de autorización judicial expresa para acceder a los datos contenidos en los equipos informáticos intervenidos. La jurisprudencia ya había adelantado esta necesidad, como se refleja expresamente en la STS 786/2015, de 4 de diciembre, cuando señala que: “La jurisprudencia de esta Sala ha recordado la necesidad de que exista una resolución jurisdiccional habilitante para la invasión del derecho al entorno digital de todo investigado. Como hemos indicado supra, esa resolución ha de tener un contenido propio, explicativo de las razones por las que, además de la inviolabilidad domiciliaria, se alza la intimidad reflejada en el ordenador. Nuestro sistema no tolera el sacrificio de los derechos proclamados en los apartados 3 y 4 del art. 18 de la CE a partir de una legitimación derivada, de suerte que lo que justifica un sacrificio se ensanche hasta validar implícitamente otra restricción. Esta idea tiene ya un reflejo normativo en el art. 588 sexies a) 1º de la reforma operada en la LECrim en 2015. Se trata, por tanto, de una regulación podemos decir rupturista, que pretende abandonar prácticas en las que la autorización judicial para la entrada en el domicilio del investigado amparaba cualquier otro acto de injerencia, incluso cuando desbordara el contenido material del derecho reconocido en el art. 18.2 de la CE”.

No obstante, la necesidad de una motivación autónoma no impide que la motivación judicial que legitima el registro de los dispositivos de almacenamiento pueda realizarse en la misma resolución de entrada y registro. No es imprescindible que la autorización venga recogida en otra resolución independiente³³⁰.

³³⁰ Así en Sentencias del TS 342/2013, de 17 de abril y 204/2016, de 10 de marzo.

Nuestro sistema no ampara autorizaciones implícitas, ni mandamientos de intromisión en el espacio de exclusión que definen los derechos fundamentales que no estén dibujados con la suficiencia e indispensable claridad. Sin embargo, este irrenunciable punto de partida no está reñido con la necesidad de relacionar el documento policial en el que se postula la concesión de la autorización y el acto jurisdiccional habilitante. Sólo así podrá concluirse si lo que se concede es lo mismo que lo que se pide o si, por el contrario, la decisión jurisdiccional restringe o pone límites a la petición cursada. Lo normal será que, tanto la motivación que justifique el registro domiciliario, como la que justifique el registro de los dispositivos de almacenamiento, se incluyan en la misma resolución judicial en los casos en los que sea previsible el hallazgo de esta clase de dispositivos y su relevancia para la investigación con anterioridad a la práctica de la diligencia (art. 588 bis a.1), aunque nada impide que esa justificación se realice por separado. Cuando necesariamente constarán ambas justificaciones en resoluciones diferentes será en aquellos supuestos que prevé el apartado 2 del art. 588 sexies a) LECrim, en los que el auto de entrada y registro habrá legitimado la incautación de los dispositivos, pero resulta necesaria una nueva resolución, con su motivación específica, para acceder a los equipos y hacer en su caso el clonado o volcado de los mismos.

Hoy en día, resulta complicado imaginar un registro domiciliario en el que no aparezca algún tipo de dispositivo de almacenamiento masivo de datos, como pueda ser cualquier tipo de smartphone. Cuando la información que pudiera estar contenida en este tipo de soporte informático pueda resultar importante para la investigación que se lleva a cabo, teniendo en cuenta la naturaleza del delito investigado, deberá preverse específicamente, en orden a obtener la preceptiva autorización en el auto de entrada y registro que facilite también el acceso a los dispositivos informáticos que puedan hallarse en el domicilio durante la entrada y el registro. En otro caso, si tiene lugar su intervención sin estar prevista en el auto que autoriza la entrada, deberán quedar los equipos precintados, a la espera de recabar la autorización habilitante posterior, sin acceder a los datos contenidos en ellos, aunque estos estén intervenidos hasta obtener la consiguiente autorización, con todos los requisitos que hemos indicado.

Sea en la misma o en otra resolución acordada al efecto, es necesario que la justificación del registro de los dispositivos de almacenamiento masivo tenga un

contenido propio e independiente del que habilita el registro domiciliario. Como declara la jurisprudencia, sirva de ejemplo STS 786/2015, de 4 de diciembre, lo que la Ley pretende “es que el Juez de instrucción exteriorice de forma fiscalizable las razones que justifican la intromisión en cada uno de los distintos espacios de exclusión que el ciudadano define frente a terceros”. Esta circunstancia podría determinar, incluso, la nulidad del registro del dispositivo informático, a pesar de la validez de la entrada en el domicilio, al estar sujetas ambas a exigencias distintas para su autorización; por eso, en los supuestos en los que las dos motivaciones judiciales se incluyan en una misma resolución, deberá prestarse un especial cuidado con el fin de fundamentar la procedencia de cada una de ellas.

De la distinción entre ambas diligencias de investigación deriva, al mismo tiempo, la consecuencia de que no puedan extenderse al registro de los dispositivos las exigencias que se establecen para los registros domiciliarios. Así, aunque para el registro del domicilio será necesaria la presencia del interesado en los términos previstos por la LECrim, no lo será para el acceso a la información del dispositivo. Este diferente tratamiento, además, viene impuesto por la naturaleza de uno y otro registro; mientras que el registro de un domicilio puede desarrollarse en unas pocas horas, el de un dispositivo de almacenamiento masivo de información puede prolongarse durante días o incluso semanas. Por otra parte, no siendo imprescindible para realizar el volcado la presencia del investigado, si será necesaria la presencia de su abogado, quien debe estar presente durante el volcado o acceso a los datos que alberga el equipo informático. Si el acceso tiene lugar durante el registro, el abogado debe estar presente en el registro. Cuando se produce en un momento posterior, por quedar intervenidos y precintados los equipos, será imprescindible que para ese momento se cite, en el lugar en que se lleve a cabo, al investigado asistido por su abogado; al tratarse de una diligencia de investigación, la presencia del abogado del investigado es esencial, puesto que tendrá lugar la obtención de una fuente de prueba.

En la autorización judicial habilitante que facilita el acceso a los datos contenidos en los equipos, deben concurrir los siguientes requisitos derivados del principio de proporcionalidad:

1) *La idoneidad de la medida* que facilita el acceso. Supone la existencia de una relación de adecuación entre el acceso al dispositivo electrónico y el consiguiente

acceso a los datos en el contenidos y el fin perseguido por la medida de investigación, que no puede ser otra distinta a la finalidad constitucionalmente legítima; es decir, recabar datos que sean relevantes para investigación en curso llevada a cabo por los agentes actuantes.

2) *La necesidad de intervenir el dispositivo o equipo informático.* El acceso al equipo debe de resultar estrictamente necesario para la finalidad de la investigación; esto es, solo puede acordarse cuando el mismo fin no pueda lograrse con otra medida menos gravosa para el investigado. No se autoriza en aquellos casos en que los agentes puedan acceder a dicha información de otro modo o con medios menos lesivos; por ejemplo, cuando puedan obtener esos mismos datos con labores de seguimiento u observación de objetivos o seguimiento de los investigados. Se trata de una cláusula de subsidiariedad, de tal manera que el medio seleccionado para alcanzar el fin no pueda ser suplido por otro igualmente eficaz, sin lesionar el derecho fundamental o de una manera menos lesiva para el derecho fundamental.

3) *La existencia de una investigación* y un hecho que constituye el objeto del proceso penal, y no meros indicios de la existencia de delito. Siguiendo este presupuesto la diligencia acordada por el juez instructor no puede cercenar un derecho fundamental para recabar meros indicios o sospechas de criminalidad; la medida debe perseguir aportar prueba de hechos relevantes que integran el objeto del proceso penal.

4) *La proporcionalidad en sentido estricto.*

Principio que como afirma GONZÁLEZ-CUELLAR³³¹, tiene como finalidad la determinación, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de los bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, comprobando si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Para que el acceso al dispositivo electrónico resulte proporcionado en el caso concreto, deben tenerse en cuenta varios criterios:

³³¹ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLÁS; *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990, pág. 22

a) Criterio de la expectativa de las consecuencias jurídicas del delito, es decir, deberá tenerse en cuenta la gravedad de la pena señalada al delito que se está investigando.

b) Criterio de la importancia de la causa que, entre otras circunstancias, viene determinada por la naturaleza del bien jurídico lesionado, las concretas formas de manifestación del hecho (la habitualidad en la comisión delictiva, la peligrosidad social de los efectos del hecho, etc.) y las circunstancias relevantes en la persona del imputado (la tendencia a cometer hechos de la misma naturaleza o la especial intensidad del comportamiento delictivo).

c) Criterio del grado de imputación. El Estado podrá restringir un derecho fundamental sólo en aquellos supuestos en los que exista un grado suficiente de imputación de un delito, es decir, cuando existan razones objetivas que permitan afirmar la probabilidad de que se haya cometido un delito. En otro caso, se estaría otorgando a los órganos estatales una carta blanca para inmiscuirse de forma injustificada en la vida privada de los ciudadanos, algo inadmisibles en un Estado de Derecho. Por ello es exigible la concurrencia de indicios, y no meras sospechas, de la existencia del delito objeto de la investigación; evitando de esta manera investigaciones prospectivas.

6. Especial consideración de los requisitos previstos en los artículos. 588 bis c) y 588 sexies c) de la LECrim.

La resolución del juez de instrucción mediante la que se puede autorizar el acceso a la información contenida en los dispositivos informáticos, deberá fijar los términos y el alcance del registro, así como los efectos que pueden ser intervenidos, pero también podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos. Estableciendo en este caso las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial derivado del acceso al contenido que se encuentra en los equipos.

La nueva regulación establece en el art 588 sexies c) que, cuando quienes lleven a cabo el registro tengan acceso al sistema de información, al equipo informático o a una parte del mismo, conforme a los requisitos que hemos analizado, tengan razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en otro sistema

informático o en una parte de él, podrán ampliar el alcance del registro de los equipos, siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para este. Esta ampliación del registro deberá ser autorizada por el juez, salvo que ya lo hubiera sido en la autorización inicial. Como hemos anticipado, en caso de urgencia, la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal podrán llevarlo a cabo, informando al juez inmediatamente, a través del atestado ampliatorio correspondiente y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y el resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación.

La legislación actual establece expresamente que el juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal. De esta forma el juez instructor se encuentra obligado a dar traslado al Ministerio Fiscal antes de resolver acordando o no la medida solicitada y además esta resolución se debe dictar en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud por los agentes, un plazo bastante breve si tenemos en cuenta que la mayor parte de Juzgados de guardia no hacen guardias de veinticuatro horas de forma ininterrumpida, sino guardias de permanencia semanal. Parece que el plazo contará una vez efectuado el reparto desde el decanato correspondiente. Tengamos en cuenta que hoy en día todos los atestados entran vía lexnet, siendo la vía de presentación para las fuerzas y cuerpos de seguridad, por lo que una vez repartido al juzgado competente comenzaría a contar el plazo, salvo que se impugne el reparto efectuado; en este último caso, el plazo debe comenzar desde el acuerdo que resuelva la impugnación, situación esta última que se da con frecuencia en partidos judiciales con varios órganos competentes, alargando en ocasiones el plazo de veinticuatro horas que viene previsto en la ley.

Este plazo específico de veinticuatro horas, es un plazo especialmente exiguo para aquellos juzgados de instrucción que organizan su funcionamiento conforme al servicio de guardia permanente, tratándose de un plazo que parece más bien previsto para aquellos partidos judiciales en los que existe un servicio de guardia de veinticuatro horas interrumpidas para cada juzgado, servicio este solamente existente en las poblaciones de gran tamaño que cuentan con personal y medios para atender el servicio

durante veinticuatro horas ininterrumpidas, pero un plazo muy complicado de manejar para la mayor parte de órganos judiciales en partidos judiciales con menos medios, que hacen turnos de ocho horas al día durante todos los días de la semana y por distintas semanas según el número de juzgados que constituyen la planta judicial del partido.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que la ley también establece, siempre que resulte necesario para resolver sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos expresados en los artículos anteriores, la posibilidad de interrumpir este breve plazo cuando el Instructor necesita más información para resolver sobre la solicitud, pues puede en este caso el juez requerir a la policía judicial una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud con interrupción en este caso del plazo a que se refiere el apartado anterior.

La resolución judicial que autorice la medida de intervención dentro del plazo de veinticuatro horas, deberá concretar al menos necesariamente los siguientes extremos previstos en nuestra LECrim:

a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.

b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.

c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance y la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a.

d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

e) La duración de la medida.

f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.

g) La finalidad perseguida con la medida.

h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

Para garantizar la aplicación de estos requisitos, se impone la resolución acordando la medida, por medio de un auto del juez instructor que recoja y ponga de manifiesto el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida.

En definitiva, podemos decir que la resolución habilitante debe motivar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos o exigencias de la proporcionalidad en sentido estricto. Será necesario que el auto pueda plasmar toda la argumentación que fundamente la autorización, para hacer posible el control en instancias posteriores, aunque la jurisprudencia viene admitiendo en algunos casos la llamada motivación por remisión³³² cuando se trata de acordar el acceso a equipos informáticos siempre que, al ser integrada con la solicitud policial o informe del fiscal al que se remita, contenga todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad. Debe tenerse en cuenta que normalmente la causa que justifica el registro del domicilio puede ser la misma que sirve para motivar el acceso a los equipos que allí se encuentran, aunque como venimos indicando exige su propia motivación al respecto. Parece que cuando la información relevante para la causa se aprehende en el curso de un registro domiciliario judicialmente autorizado dentro de un equipo informático, lo mismo que sucede cuando la prueba se encuentra, por ejemplo, en un documento en papel hallado en el curso del registro, su ocupación será válida cuando en el auto se justifique la razón de la misma y habitualmente la razón será idéntica a la que habilita la entrada y registro, puesto que se trata de la misma investigación, siendo perfectamente válida la argumentación por remisión, pues el dispositivo tecnológico se aprehende y debe registrarse para acceder a pruebas del coincidente ilícito del que la entrada es un acto instrumental para su obtención.

³³² En este sentido por ejemplo la STC 25/2011 de 14 de marzo.

Esta autorización por remisión para acceder a los equipos no debe confundirse con la prohibición de motivación por remisión que viene establecida por nuestra jurisprudencia para el auto que autoriza la entrada y registro del domicilio. Cuando se trata del auto que habilita la entrada y registro, como diligencia que limita el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, partimos la existencia de una línea jurisprudencial marcada que prohíbe la autorización del registro domiciliario, rechazando la habilitación de la entrada y registro por un auto que cuya motivación consista exclusivamente en la remisión a lo indicado por los agentes actuantes en sus oficios al solicitar la medida de investigación. Este tipo de habilitación judicial como indicamos en el capítulo primero puede dar lugar a la nulidad de la entrada así acordada. Sin embargo la motivación por remisión a las mismas razones que motivan la entrada en el domicilio, en la resolución que autoriza a acceder a la información contenida en los equipos informáticos no está vedada, se deriva de forma lógica por ser la misma causa, la que habilita el acceso al domicilio y a la que autoriza el acceso a la información contenida en los equipos. No se puede hablar en este caso de motivación por remisión, pues como hemos indicado, aunque requiere una motivación expresa, puede acordarse la autorización en una misma resolución, que recogerá de forma específica la posibilidad acceder a los equipos informáticos y acceder al domicilio acordarse en un auto diferente al que habilita la entrada, aunque sea con idéntica motivación.

7. Límite temporal de la medida

En cuanto a la duración de la medida una vez adoptada, debemos tener en cuenta que la ley establece como límite que estas medidas de investigación tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no pueden exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos.

No existe un plazo específico para practicar el volcado o las copias que deban servir de pieza de convicción en el proceso penal, pero la desde la reforma de la LECrim de 2015, se han limitado los plazos de la instrucción penal y estas limitaciones afectan a todas las diligencias de investigación que puedan plantearse, incluidas las que estamos examinando. El control por el órgano judicial de la correcta aplicación de estas

normas durante la instrucción es fundamental y su incumplimiento puede derivar en la nulidad de las diligencias practicadas.

Una primera reforma en esta materia, se efectuó con la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituyendo, el punto de partida de los nuevos términos de la instrucción penal mediante la modificación del artículo 324 de la tal ley, desde el inoperante plazo de un mes que imperaba desde el año 1882.

Las características principales de esta primera modificación, a grandes rasgos, fueron inicialmente las siguientes; En primer lugar, establecer la distinción entre causa penal simple y compleja, de forma que inicialmente se fijaba un plazo máximo de seis o dieciocho meses, de forma respectiva. Además, si la causa se declaraba compleja, se facultaba al juez instructor para acordar una prórroga por un plazo igual o inferior a esos dieciocho meses, exigiendo que la solicitud de prórroga se presentara tres días antes de la expiración del plazo.

La declaración de la complejidad de la causa penal se hacía depender de la concurrencia de determinadas circunstancias tasadas (en el anterior artículo 324.2), o de cualquier otro motivo que sobreviniera a la investigación y que impidieran la finalización de la instrucción en plazo. También se establecía la posibilidad excepcional de señalar un nuevo plazo final sobre los plazos iniciales (seis o dieciocho meses), o sobre la prórroga en su caso acordada, siempre que estuviese justificado para poder terminar la instrucción.

En segundo lugar, atribuir un gran protagonismo al Ministerio Fiscal, quién debía solicitar al juez instructor la declaración de complejidad, así como la adopción de cualquier prórroga del plazo en cuestión, salvo el último plazo de prórroga, que también se podía solicitar por cualquier de las partes. En todo caso, estas cargas impuestas al Ministerio Público carecían de toda lógica al no recaer sobre este en nuestro sistema procesal penal la dirección de la instrucción, sino sobre el juez instructor quien, por ende, está en mejor disposición para conocer los tiempos que son necesarios para que la instrucción cumpla su objetivo. Esta anomalía legislativa se ha corregido posteriormente con la Ley 2/2020, que ha atribuido al juez instructor la posibilidad de acordar de oficio las posibles prórrogas.

No obstante, cinco años bastaron desde su entrada en vigor para que se constataran las carencias de la solución inicialmente implementada, de forma que el 29 de julio de 2020 ha entrado en vigor la Ley 2/2020, de 27 de julio, cuyo objetivo ha sido ampliar los plazos establecidos inicialmente y flexibilizar su sistema de prórrogas, por las dificultades que estaba generando cumplir el plazo establecido en la mayor parte de las causas.

La nueva redacción del art. 324 LECrim³³³ fija ahora en doce meses el plazo para la instrucción de los procedimientos penales. Si en este plazo no se declara la complejidad de la causa de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación, se perderá la posibilidad de practicar aquellas diligencias que no se hubieran acordado. Si la investigación es compleja con anterioridad a la finalización del plazo oídas las partes podrá acordar prórrogas sucesivas por periodos iguales o inferiores a seis meses. Por ello es muy importante que dentro del plazo previsto se acuerde el volcado o el clonado de los equipos de almacenamiento masivo de datos en aquellos casos en los que no se hubiera autorizado inicialmente el acceso a los equipos, habiendo sido los mismos precintados e intervenidos a la espera de la autorización posterior.

³³³ La nueva redacción del art. 324, dispone que «1. La investigación judicial se desarrollará en un plazo máximo de doce meses desde la incoación de la causa.

Si, con anterioridad a la finalización del plazo, se constatare que no será posible finalizar la investigación, el juez, de oficio o a instancia de parte, oídas las partes podrá acordar prórrogas sucesivas por periodos iguales o inferiores a seis meses.

Las prórrogas se adoptarán mediante auto donde se expondrán razonadamente las causas que han impedido finalizar la investigación en plazo, así como las concretas diligencias que es necesario practicar y su relevancia para la investigación. En su caso, la denegación de la prórroga también se acordará mediante resolución motivada.

2. Las diligencias de investigación acordadas con anterioridad al transcurso del plazo o de sus prórrogas serán válidas, aunque se reciban tras la expiración del mismo.

3. Si, antes de la finalización del plazo o de alguna de sus prórrogas, el instructor no hubiere dictado la resolución a la que hace referencia el apartado 1, o bien esta fuera revocada por vía de recurso, no serán válidas las diligencias acordadas a partir de dicha fecha.

4. El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad. Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda.».

Las principales características del renovado artículo 324 de la LECrim pueden resumirse de la siguiente manera:

1º) Se ha prescindido de la distinción entre procesos penales complejos y no complejos. Por ende, ya no será necesario la concurrencia de la complejidad para acordar una posible prórroga de los plazos procesales.

2º) Se amplía la duración de la instrucción a doce meses, eliminando toda referencia a un límite máximo para que aquella pueda cumplir su finalidad.

3º) El juez instructor podrá acordar prórrogas sucesivas por seis meses o menos mediante auto motivado. Entiéndase por auto motivado aquel que contenga las concretas diligencias de investigación que no se hayan practicado, la fecha en que, en su caso, se acordó su práctica, cuáles quedan por practicar para que la instrucción cumpla su objetivo, y el motivo de que no se hayan practicado con anterioridad. En todo caso, este auto tendrá que dictarse antes del vencimiento del plazo ordinario, o de cualquiera de sus prórrogas.

4º) Descargo de la responsabilidad del Ministerio Público para la solicitud de prórroga, pudiéndola adoptar de oficio el juez instructor, y solicitarse por cualquiera de las partes del proceso.

5º) Se declara, de manera categórica, la invalidez las diligencias de investigación acordadas y/o practicadas extemporáneamente.

En relación con este último punto, se han planteado ciertas dudas en cuanto a la validez de aquellas diligencias que se pudieran practicar bajo la cobertura del auto de prórroga, dictado por el juez de forma extemporánea. Parece que, tanto la Ley 41/2015, como la Ley 2/2020, muestran una intención evidente: vetar en el desarrollo de la fase instructora una interpretación que admita la validez de las diligencias ejecutadas de tal modo, ya que supondría una manipulación o fraude de ley.

Podemos decir que la Ley 2/2020 ha integrado, de forma acertada, un sistema de plazos³³⁴ más laxo y flexible que el anterior, al ampliar la duración de la investigación penal, al facilitar la adopción de sus posibles prórrogas sin límite alguno más allá del cumplimiento de la finalidad de la instrucción, y, al suprimir la enumeración *numerus clausus* para la complejidad de la causa. Por otra parte, en mi opinión esta flexibilización del nuevo sistema obliga a ser más estrictos aun si cabe en lo que se refiere a las consecuencias procesales ligadas a su incumplimiento, atendiendo, claro está, a las circunstancias concretas de cada caso, y, en función de los distintos derechos y libertades fundamentales que se puedan ver afectados.

La doctrina jurisprudencial comenzó a definirse apenas dos años después de la entrada en vigor de la reforma. La sentencia de la Sala Segunda del TS 470/2017, de 22 junio (Caso «Cartas Nigerianas»), en su fundamento jurídico cuarto analiza con detalle los aspectos esenciales. Señalando que el legislador parte de la clara intención de imponer unos plazos máximos de forma que la instrucción de las causas penales no pueda prolongarse más de lo estrictamente necesario y transcurridos los cuales no pueden practicarse más diligencias de prueba, sin perjuicio de incorporar a la causa las acordadas con anterioridad al transcurso del plazo. También en relación con esta cuestión debemos destacar la STS 455/2021, en ella el TS considera expresamente que el plazo del art. 324 LECrim es propio y preclusivo³³⁵.

³³⁴ Sobre los nuevos plazos de la instrucción vid. RODRÍGUEZ LAINZ, JOSÉ LUIS; «Las claves del nuevo art.324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Diario la Ley*, nº 9706, 2020

³³⁵ Sobre esta cuestión vid. MERCHÁM GÓNZALEZ, AMAYA; La fijación del plazo legal art. 324 LECRIM para practicar diligencias en fase de instrucción. *Diario la Ley*. Nº 9933, 2021

La doctrina consolidada³³⁶ establece que, hay que tener en cuenta que el transcurso del plazo no da lugar, en ningún caso, al archivo de la causa, si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 y 641 de la Ley procesal, sino a la conclusión de la fase de instrucción y la continuación del proceso, habrá que continuar con lo que se haya acordado y practicado en plazo. Se trataría de un efecto preclusivo por expiración del plazo de instrucción.

La doctrina al interpretar la primera modificación, entiende que el nuevo texto previene la validez de lo actuado con anterioridad a la finalización del plazo, incluso respecto de lo ordenado con anterioridad e incorporado con posterioridad, lo que indica que lo acordado con posterioridad son actuaciones procesales no válidas. En definitiva, realiza una interpretación a sensu contrario del artículo 324.7 para considerar nulas tales diligencias, ya que, por otro lado, carecería de total sentido afirmar que, tanto las diligencias practicadas en plazo, como las que no, serían válidas. Si tal hubiese sido el objetivo, el Poder Legislativo podría haber prescindido de ese numeral séptimo.

De modo que, cuando se trata de analizar la práctica de diligencias de investigación, la «inobservancia» del plazo máximo supone la imposibilidad de practicar diligencias de prueba adicionales y la invalidez de las acordadas fuera de plazo. En resumen, aun sin un pronunciamiento expreso en tal sentido, se configuran

³³⁶ En este sentido la STS (Sala de lo Militar) 62/2017, de 18 mayo y un año después, la STS 214/2018 (Caso «Gurtel-Fitur»), de 8 mayo, rec. 10311/2017 (34422/2018) que, plasmó en su fundamento de derecho preliminar duodécimo todas y cada una de las conclusiones establecidas en la STS 470/2017 sobre el artículo 324 de la LECrim. A pesar de ser un calco en este sentido, introdujo otra aclaración relevante para dar por zanjada —o, al menos, intentarlo— la discusión relativa a la falta de previsión por la Ley 41/2015 respecto al carácter que habrían de revestir las diligencias de investigación que hubieran sido acordadas o practicadas ex tempore —argumento que, a su vez, se había esgrimido por algunas Audiencias para admitir esas diligencias extemporáneas—

como auténticos plazos propios, esto es, vinculantes para el órgano instructor y para las partes, de forma que su incumplimiento lleva aparejadas consecuencias procesales. Siendo la prueba ilícita, aquella que no se ajusta a los parámetros establecidos en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bien ya sea atendiendo a su forma de obtención, o al fondo de la misma. En concreto, aquellas pruebas que se obtienen atentando contra los derechos y garantías fundamentales, o que impliquen abuso de derecho, fraude de ley o procesal, y que, por tanto, no podrían surtir efectos. El incumplimiento del plazo establecido afecta a las pretensiones de prueba que incurran en defectos formales (como puede ser el mero transcurso de plazos procesales), siempre que sean insubsanables o cuando las leyes no prevean ningún mecanismo para su subsanación.

Lo anterior se traduce en que la falta de prórroga del plazo de instrucción impide practicar las diligencias fuera de plazo, es decir dentro del plazo para instruir o la correspondiente prórroga deberán haberse acordado tanto las entradas y registros como el acceso y la copia o clonación a todos los datos que se puedan contener en los equipos de almacenamiento masivo de información que sean intervenidos, en caso contrario será imposible practicar estas diligencias pues su práctica habiendo sido acordadas fuera del plazo provoca su nulidad y deviene en la ilicitud de las pruebas que de ellas se puedan derivar.

CAPÍTULO V

LA EJECUCIÓN Y CONTROL JUDICIAL DE LA MEDIDA DE INVESTIGACION CON INTERVENCIÓN DE DISPOSITIVOS

1. El alcance del registro de los equipos de almacenamiento de datos

Es exigencia lógica e imprescindible conocer el delito investigado y sus circunstancias para la justificación que da lugar al registro del dispositivo informático. La que se tiene en consideración para acordarlo antes de descubrir el resultado de lo que aparece en el dispositivo, no siendo lo hallado posteriormente, medio que permita convalidar o subsanar lo autorizado sin justificación por muy determinante que sea lo encontrado para la averiguación del delito. Por ello el art. 588 sexies c, en sus dos primeros apartados, aborda el análisis de cuatro aspectos esenciales para la eficacia de los registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información: la necesidad de que la resolución judicial precise los términos y el alcance del registro, la posibilidad de realización de copias de los datos informáticos, la necesaria fijación de las condiciones para asegurar la preservación e integridad de los datos y la conveniencia de evitar la incautación de los soportes de almacenamiento, salvo excepciones.

La Ley impone la obligación de precisar los términos y alcance del registro, los concretos datos informáticos a los que podrá acceder la investigación. Esta decisión debe regirse por los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Se debe garantizar que la limitación de los derechos fundamentales del afectado alcance únicamente hasta donde resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación, garantizando, al mismo tiempo, el respeto al resto de su entorno virtual. Nuestro sistema no ampara autorizaciones implícitas, ni mandamientos de intromisión en el espacio protegido que definen los derechos fundamentales que no

se encuentren justificados con suficiencia³³⁷ e indispensable claridad. Sin embargo, es necesaria la existencia de conexión entre el documento policial en el que se postula la concesión de la autorización y el auto jurisdiccional habilitante. Sólo así puede motivarse la resolución judicial al conceder de forma motivada lo que se pide o por el contrario, restringiendo o limitando fundadamente la petición presentada ante el órgano.

La delimitación del alcance del registro que debe hacer el Juez tendrá una proyección tanto subjetiva como objetiva.

Subjetiva pues, lógicamente al afectar al domicilio deberá precisar los sujetos afectados por el registro. Aunque ordinariamente resultará solo afectado el investigado, el registro podría limitar derechos de terceros si el dispositivo de almacenamiento masivo viene siendo utilizado por varias personas o si los datos de interés para la investigación se encuentran almacenados en dispositivos utilizados por el investigado que no son de su titularidad. Esa posible afectación de terceros aparece ya prevista en el apartado 3.b) del art. 588 bis c y en el art 588 bis h. de la LECrim para todas las medidas de investigación tecnológica. Cabe también remitirse a las precisiones que sobre este particular ha efectuado la Circular de la Fiscalía General del Estado³³⁸ al tratar esta cuestión. La posibilidad de registrar dispositivos de un tercero parece admitida por la regulación específica de esta medida, cuando habla de “titular o propietario” en el art. 588 sexies c) 2.

La delimitación que haga el Juez debe tener un alcance objetivo, además de señalar qué dispositivos pueden ser registrados y cuáles no, así como la categoría o clase de datos o archivos de un dispositivo determinado a los que deberá alcanzar el registro.

³³⁷ Así se contempla en STS 97/2015 de 24 de febrero de 2015.

³³⁸ Así lo recoge la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2019, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.

El Juez, por lo tanto, partiendo de la naturaleza del delito que se investiga y de la clase de datos que se pretenda obtener con el registro deberá precisar en la resolución habilitante tanto los dispositivos que serán objeto de registro como la naturaleza o categoría de los datos que podrán ser registrados o, desde una perspectiva negativa, la naturaleza o categoría de los datos a los que no deberá alcanzar el registro.

Ahora bien, en ocasiones existen supuestos en los que la delimitación de estos equipos y estos datos durante el registro resultará complicada. Sobre todo, cuando se investiguen comportamientos delictivos capaces de generar registros informáticos de distinta naturaleza. Sería el caso, por ejemplo, de la investigación de delitos complejos, como el tráfico de drogas y blanqueo de capitales, que exigiría registrar la práctica totalidad de los datos almacenados (comunicaciones, correos, wasaps, archivos, datos económicos, fotografías, vídeos...). Otro tanto ocurriría en el caso de la investigación de delitos especialmente graves, en los que el principio de proporcionalidad podría justificar una intromisión más relevante en el conjunto de datos que conforman el entorno digital de una persona y que, indiciariamente, pudieran resultar relevantes para una investigación por ser de uso frecuente en las dinámicas delictivas, como sucede, por ejemplo, en los casos de terrorismo. Además, la adopción de cautelas especiales por parte de los investigados puede determinar que se amplíe el ámbito del registro en busca de archivos intencionadamente camuflados entre las ingentes cantidades de información que pueden almacenarse en uno de estos dispositivos como podría ocurrir, por ejemplo, en los casos de criminalidad organizada. En todos estos supuestos, la investigación policial previa a la incautación de los dispositivos deberá orientarse, entre otros fines, a determinar los indicios que posteriormente puedan sustentar un determinado alcance del registro en un sentido u otro.

Aunque puede no resultar sencillo delimitar los términos y alcance de un registro en un caso concreto, el acierto de la medida supone una adecuada justificación de los límites fijados para intervenir los datos, que se revelarán posteriormente como correctos o no. Por ello, lo esencial para la validez de la medida, lo que hace que la misma resulte ajustada a derecho, es siempre que la resolución habilitante haya fijado

un determinado alcance del registro -que podrá ser de todo el dispositivo o de parte del mismo-, y que, al mismo tiempo, refleje las razones y motivos en los que descansa esa decisión. A partir de aquí, será la razonabilidad o no del juicio valorativo, lo que dará validez o no a la decisión judicial y la hace susceptible de control.

Si analizamos la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de acceso a datos contenidos en soportes informáticos, destaca su sentencia de 3 de julio de 2012, que consideró violado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos en un supuesto de registro del ordenador de un abogado, en que la medida había permitido el acceso a todos los datos y no únicamente a las carpetas referidas a los clientes que eran objeto de investigación. El fundamento de la resolución, no fue el excesivo alcance del registro, sino la falta de justificación de ese alcance, señalando el TEDH que el Tribunal autorizante “dió razones muy breves y bastante generales al autorizar la búsqueda de todos los datos electrónicos del bufete de abogados del solicitante”.

El Tribunal no abordó la cuestión de si sería suficiente buscar solo los discos que contenían datos relacionados con los investigados o podían acceder a datos relacionados con terceros y tampoco daba ninguna razón específica para su conclusión de que era necesaria acotar la búsqueda de los datos del interesado para la investigación, pero limitaba la posibilidad de un acceso indiscriminado a los datos contenidos en el dispositivo. De esta interpretación también se deduce que determinado un concreto alcance del registro en la resolución judicial, nada impide que los términos fijados puedan ser ampliados en una nueva resolución si, como consecuencia del registro iniciado, apareciesen indicios que justifican la necesidad de acceder a otros datos³³⁹.

³³⁹ En Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 3 de julio de 2012, (caso Robathin contra Austria).

Por otra parte, es necesario señalar que la delimitación del alcance del registro también puede venir determinada por la concreta técnica que se utilice. De esta manera, que se autorice a investigar realizando búsquedas en la totalidad de los datos almacenados en un concreto dispositivo no significa que se vaya a acceder a la “intimidad” de todos esos datos. Para ello existen herramientas forenses que utilizan motores de búsqueda que permiten hallar determinados archivos en un ordenador o sistema informático sin necesidad de mostrar el contenido de todos los archivos sobre los que realiza la búsqueda; de esta forma, la privacidad del afectado queda salvaguardada, aunque tenga lugar el análisis de todos sus archivos.

Algunos autores a la hora de delimitar el alcance del registro se muestran en contra de aplicar como solución para racionalizar esta búsqueda la obligación judicial de determinar términos o expresiones cerrados que aplicar a los programas³⁴⁰ de rastreo como Nuix, Axiom, EnCase, FTK, Xways, o similares. Aplicaciones informáticas con buscadores por palabras, temas o tipo de archivo que utilizan para restringir la búsqueda técnicas basadas en algoritmos programados para ello. Para muchos autores los algoritmos no funcionan porque en la investigación criminal no todo es reducible a secuencias binarias o vocablos, por lo que aplicar criterios de búsqueda programados puede suponer cercenar las investigaciones, abocándolas al fracaso. Puede impedir la interrelación de datos, el cruce de datos, la deducción lógica normal de la investigación e incluso potenciar el uso por el delincuente futuro de lenguaje cifrado, encriptaciones y claves si conoce los criterios de programación empleados por los algoritmos de búsqueda (creando ficheros falsos el investigado). Investiga la persona, no la máquina, la investigación humana para estos autores, aunque sea más lenta es más fiable.

Por otra parte, en lo que se refiere al destino final de los contenidos y la protección de datos, debemos tener en cuenta que la ley establece en el artículo 588 bis k) la obligación de ordenar el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida, una vez terminado el procedimiento mediante resolución firme. Únicamente

³⁴⁰ VELASCO NUÑEZ, ELOY; «Registros de dispositivos de almacenamiento masivo de datos», op. Cít.

se conservará una copia bajo custodia del Letrado de la Administración de Justicia. Se acordará la destrucción de las copias conservadas cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito o se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado, siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal. Los tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para que lleve a efecto la destrucción contemplada en los anteriores apartados.

2. Especial análisis por su importancia de la STC 173/2011

Hemos destacado esta sentencia por su relevancia en el capítulo primero de nuestro estudio, pero merece la pena detenernos de nuevo en ella, pues se trata de una de las primeras sentencias que han delimitado las líneas básicas de la regulación y de la jurisprudencia en materia de protección del entorno virtual del investigado. Esta resolución analiza un supuesto en el que los agentes de Policía, ante la alerta proporcionada por el propietario de una tienda de informática (quien informó sobre el material pedófilo que había encontrado en un ordenador personal que un cliente le entregó para la reparación de una grabadora), procedieron a la intervención de dicho ordenador, así como al examen de su contenido sin solicitar autorización judicial previa al efecto, encontrando en su interior (en las carpetas «Mis documentos/mis imágenes» y «eMule/Incoming») un número importante de videos y fotografías de pornografía infantil.

La sentencia consideró que se trataba de uno de los supuestos excepcionados de la regla general, permitido en nuestra jurisprudencia, al existir y constatar razones para entender que la actuación de la policía era necesaria, resultando, además, la medida de investigación adoptada razonable en términos de proporcionalidad.

Razona la citada sentencia que hay que tener en cuenta que la persona denunciada no estaba detenida cuando se practica la intervención, un dato decisivo, por lo que tampoco aparece como irrazonable intentar evitar la eventualidad de que mediante una conexión a distancia desde otra ubicación se procediese al borrado de los ficheros ilícitos de ese ordenador o que pudiera tener en la «nube» de Internet.

Añadiendo que también aparece como un interés digno de reseñar la conveniencia de que por parte de los funcionarios policiales se comprobara con la debida premura la posibilidad de que existiesen otros partícipes, máxime en este caso en que se utilizó una aplicación informática que permite el intercambio de archivos, o que, incluso, detrás del material pedófilo descubierto, pudieran esconderse unos abusos a menores que habrían de acreditarse.

La anterior conclusión del TC ha levantado críticas en sectores doctrinales, que entienden que en el caso abordado por la sentencia no concurría una urgencia y necesidad que legitimara la intervención policial. La propia sentencia del TC recibió un voto particular de la Magistrada Pérez Vera, quien no alcanza a entender por qué, estando el ordenador físicamente en poder de la Policía, las diligencias de investigación no podían esperar a que su realización contara con autorización judicial; añadiendo que el acceso a archivos de Internet (como los que incriminaban al recurrente) sólo puede realizarse si el terminal en cuestión está conectado a la red, por lo que en nada se hubiera puesto en riesgo la labor investigadora de la Policía si, estando dicho terminal en su poder, se mantiene apagado hasta lograr la preceptiva autorización judicial. Sin embargo esta última afirmación no es admisible si tenemos en cuenta que cuando se trata de datos o archivos alojados en la nube o en servidores externos es posible acceder a ellos por terceros utilizando otros dispositivos si se cuenta con las claves necesarias para ello.

La sentencia estudia en profundidad la cuestión del consentimiento y el derecho a la intimidad como requisito habilitante para acceder a equipos informáticos para recordarnos que, con carácter general, el consentimiento del afectado puede legitimar la injerencia en el derecho a la intimidad porque corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento, aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento³⁴¹. La propia sentencia cita algunos ejemplos de la posibilidad de revocar el consentimiento, entre ellos la STC 206/2007, de 24 de septiembre, según dicha resolución se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no

³⁴¹ Así en STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5.º; STC196/2006, de 3 de julio, FJ 5.º y STC 173/2011, de 7 de noviembre.

sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida. Y en la misma línea, la STS 277/2007 de 13 de abril, referida a un cacheo en un proceso por delito contra la salud pública, recuerda que el consentimiento, además, puede actuar como fuente legitimadora del acto de injerencia.

Dicho en palabras de la misma jurisprudencia constitucional, debe recordarse que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, sino que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes siempre que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno. Esta construcción ha de resultar de aplicación a cualquier injerencia en el derecho a la intimidad, también cuando se realiza mediante el acceso a la información contenida en un dispositivo electrónico. De esta forma, cualquier injerencia en el contenido de un ordenador personal —ya sea por vía de acceso remoto a través de medios técnicos, ya por vía manual (accediendo de forma directa al equipo con las claves)— deberá venir legitimada en principio por el consentimiento de su titular, o bien por la concurrencia de los presupuestos habilitantes antes citados a través de la autorización judicial.

Tratándose de un supuesto en que medie “consentimiento”, resulta de aplicación la doctrina indicada que exige un consentimiento informado con todos los requisitos que le son propios³⁴², admitiendo la eficacia del consentimiento tácito derivado de actos concluyentes y una vez informada la persona de la finalidad y efectos

³⁴² Por ejemplo STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3.º son abundantes las sentencias que abordan estos requisitos de forma exhaustiva, concluyendo que el consentimiento no necesita ser expreso, puede ser verbal pero libre y con conocimiento de sus consecuencias, siendo imprescindible la asistencia de abogado. Se admite la eficacia del consentimiento tácito, pero debe derivarse de actos concluyentes, exigiendo además que la persona afectada sea informada adecuadamente sobre la finalidad y efecto de la diligencia para la cual presta consentimiento. La no existencia de constancia alguna de información correcta al investigado sobre la intervención y la finalidad de la misma, debemos descartar la presencia de un consentimiento informado eficaz del afectado que legitime la intervención.

de la diligencia para la cual presta su aquiescencia³⁴³.

El caso que analizamos específicamente en el presente epígrafe, se centra precisamente el tema del consentimiento, supuesto comprendido en la STC 173/2011. El investigado acude al establecimiento de informática que regentaba el denunciante y le hace entrega de su ordenador portátil con el encargo de cambiar la grabadora que no funciona; el encargado del establecimiento procede a la reparación tras lo cual, y para comprobar el correcto funcionamiento de las piezas (según el protocolo habitual), elige al azar diversos archivos para su grabación y posterior reproducción, para lo cual accede a la carpeta llamada «mis documentos/mis imágenes» del ordenador, encontrando diversos archivos fotográficos de contenido pedófilo que motivan la interposición de la denuncia, no hay un rastreo caprichoso de los archivos por parte del técnico sino que se limita a realizar la reparación que se le había encargado.

El TC descarta la vulneración del derecho a la intimidad al concurrir consentimiento del afectado que, aunque no autorizó de forma expresa al encargado de la tienda de informática a acceder al contenido de sus archivos o ficheros donde se encontraban las fotografías y videos de contenido pedófilo, señalando que la conducta del denunciante no se extralimitó del mandato conferido. Añade el Tribunal que avala

³⁴³ En STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2.º; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5.º; 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2.º; 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2.º. Viene a ser de aplicación la doctrina indicada que supone la necesidad de un consentimiento informado que cumpla todos los requisitos propios del consentimiento, Se vulnera el derecho a la intimidad personal cuando la injerencia en el ámbito propio y reservado, subvierte los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida.

esta conclusión la circunstancia de que el encargado limita su actuación a la carpeta «mis documentos» del usuario, como una actuación mínima necesaria para realizar la referida prueba de grabación, sin pretender adentrarse en otras carpetas respecto de las que, por hallarse más ocultas o por expresarlo así el título asignado a las mismas, pudiera presumirse un mayor revestimiento de protección y reserva. Seguidamente, una vez producido el hallazgo, el técnico reparador se limitó a cumplir con la obligación que le viene legalmente impuesta a todo ciudadano consistente en denunciar ante las autoridades competentes la posible perpetración de un delito público del que ha tenido conocimiento siguiendo lo establecido en los arts. 259 y ss. LECrim.

Algunos autores han criticado esta conclusión por entender que no existió un consentimiento del titular que abarcara el examen de los archivos por parte del encargado del establecimiento de informática, ni expreso ni tácito; ni tampoco éste le informó previamente sobre la necesidad de examinar archivos para comprobar el funcionamiento adecuado de la grabadora instalada. Actualmente desde la reforma operada en 2015 la regla general parte de que los terminales o equipos de comunicación que son objeto de intervención han de ser aquellos habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado, lo determinante será quien sea el usuario es decir la persona que utiliza el equipo. Además, nuestra LECrim en el 588. Ter c) establece que podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que:

1.º exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información.

2.º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad.

También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular.

Dicho lo anterior parece que quedarán excluidos del ámbito de la regulación los accesos a dispositivos de almacenamiento masivo de información llevados a cabo por particulares en contextos desconectados de la investigación de los delitos, aunque por otra parte nada impide que un tercero pueda voluntariamente aportar medios de prueba a una investigación.

La jurisprudencia reciente³⁴⁴ mantiene que cuando se trata de una prueba proporcionada por un particular a los agentes de la autoridad, sin que esa entrega haya sido concebida como un mecanismo de elusión de las garantías que el sistema constitucional reconoce para la protección de los derechos a la intimidad y al entorno virtual, nada impide su utilización. Afirmando que las reglas de exclusión probatoria se distancian de su verdadero sentido cuando no tienen relación con la finalidad que está en el origen mismo de su formulación. De lo que se trata es de limitar el afán del Estado en la persecución de los ilícitos penales y apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos. La proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas³⁴⁵ obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego, pero no altera estas reglas que un tercero cumpla con su obligación de denunciar el delito o colaborar con la justicia.

³⁴⁴ Así en STS 287/2017, de 19 de abril.

³⁴⁵ PARDO IRANZO, VIRGINIA. «La valoración de la prueba penal», en *Revista Boliviana de Derecho* N°. 2, 2006, págs. 75-86

3. Especial consideración del clonado y volcado de datos contenidos en los equipos informáticos.

Continuando con el examen de los requisitos contenidos en el art. 588 sexies c) de nuestra LECrim, su apartado primero establece que la resolución judicial dictada en el correspondiente procedimiento, puede autorizar la realización de copias de los datos contenidos en equipos informáticos, lo que parece de acuerdo con la previsión contenida en el apartado segundo del mismo artículo, al imponer la realización de las copias como regla general, para evitar la intervención de los equipos.

Siguiendo esta previsión general, la realización de copias será el modo habitual de proceder y debemos interpretar que tiene siempre como requisito la autorización judicial. El copiado de los dispositivos constituye un mecanismo esencial para garantizar la integridad de la prueba, pero también supone una intromisión mayor en el entorno virtual del afectado que la simple visualización del contenido; de ahí que tal vez por esta razón la ley prevea expresamente la necesidad de autorizar también la realización de copias de los dispositivos.

La volatilidad y facilidad de alteración de los datos informáticos contenidos en este tipo de soportes que estamos analizando, aconsejan con la finalidad de garantizar la integridad de la prueba, que el registro y análisis de los dispositivos de almacenamiento se practique sobre copias y no sobre los originales. La realización de copias permite, igualmente, un mayor dinamismo en la elaboración de informes sobre el contenido de los dispositivos, al poder realizar simultáneamente varios estudios sobre los mismos los peritos designados de oficio por el Juzgado y, al propio tiempo, permitir que otros peritos designados a instancia de las partes puedan emitir también sus informes.

El copiado de dispositivos de almacenamiento masivo de información puede llevarse a cabo de dos formas. Mediante el clonado, que consiste en la realización de una copia espejo o copia bit a bit de la información original, o mediante la realización de una copia lógica o volcado de datos, es decir, una copia selectiva de ciertas carpetas o ficheros. En el primer caso, la imagen obtenida con la copia será idéntica a la original (hasta en los archivos que hayan podido ser borrados del soporte de almacenamiento) y

debe ser firmada digitalmente a través de una función hash, que garantizará la identidad de los datos informáticos entre los que existen en la copia y el original. En el caso de las copias lógicas, sin perjuicio de que también es posible la firma digital a través de la función hash, sería recomendable su realización a presencia o bajo el control del Letrado de la Administración de Justicia con el fin de otorgar mayores garantías a la selección de archivos que se copien.

El acceso a los datos que venimos analizando puede ser útil en el momento de acceder a ellos para la investigación, pero el volcado y clonado de los datos contenidos en los equipos con las garantías necesarias para asegurar que se trata de la información contenida en los equipos y que esta información no ha sido modificada se ha convertido en una prueba clave en cualquier proceso penal que tenga por objeto cualquier delito mínimamente complejo.

La intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que participe el sujeto investigado, ya sea como emisor o como receptor, y podrá afectar a los terminales o los medios de comunicación de los que el investigado sea titular o usuario. También podrán intervenir los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad. A los efectos previstos para la intervención de equipos telefónicos o telemáticos, se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga. Como hemos visto al comienzo de la exposición de este capítulo estos datos pueden ser de lo más variado y necesariamente van a afectar a la intimidad del usuario del equipo intervenido.

Debemos diferenciar en este punto entre el volcado y el clonado de los datos contenidos en los equipos. Para entender en que consiste el volcado de datos informáticos conviene analizar en primer lugar la validez como medio de prueba del

volcado de datos informáticos que se lleva a cabo para para obtener medios de prueba de un delito.

Dejando al margen las autorizaciones que puedan necesitar los agentes actuantes, la jurisprudencia ha analizado la validez del volcado efectuado por un particular como medio de prueba. Supuestos en que por ejemplo un particular hace entrega a la policía de un pen drive que contiene datos o imágenes incriminatorias volcados desde un equipo informático que utiliza el investigado.

Se ha planteado por ejemplo la validez de una aportación de este tipo de prueba efectuada por la madre de la víctima menor de edad. La madre accede al equipo que usa su hija menor y encuentra material fotográfico realizado por el acusado empleando u obligando a la menor, material probatorio que se halla alojado en el ordenador que utiliza la familia, partiendo de un hallazgo casual, se halla el material pornográfico al buscar otros archivos, volcando o copiando el contenido de las fotos comprometidas en el pendrive que posteriormente se entrega a la policía y que el juez acuerda unir a la causa. Tengamos presente además que en estos delitos denominados como “childgrooming” la jurisprudencia³⁴⁶ en caso de resultar de aplicación varios tipos penales, interpreta siempre la existencia de un concurso real de delitos, de modo que el material entregado a los agentes podría servir de medio de prueba para evidenciar la existencia de una pluralidad de delitos.

La jurisprudencia es clara en estos supuestos estableciendo que no existe violación de derechos fundamentales por parte del Estado a través de los agentes, sino

³⁴⁶ En el pleno de 8 de noviembre de 2017 de la Sala II del TS sobre el concurso de delitos entre el de “child grooming” y el abuso/agresión sexual a menores y prostitución de menores. “El delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 Ter.1 del Código Penal, puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189”.

en su caso una invasión de la intimidad de la hija menor por su madre, pero dicha invasión se considera justificada al tener como finalidad denunciar un delito y actuar en protección del menor la persona obligada a ello, su progenitora³⁴⁷.

El volcado consiste en copiar los datos del equipo a otro soporte que permita su acceso y conservación. En este proceso se ha cuestionado la posible ilicitud derivada de la ilegalidad del acceso a la información del ordenador puesta a disposición de la Policía por el particular, que actúa siguiendo su obligación de denunciar el delito y se cuestiona también la ilegalidad por la posible ruptura de la cadena de custodia, impugnando el valor probatorio de las fotografías aportadas a la causa, que no se encuentran en el disco duro del ordenador, sino en los soportes provenientes del volcado, como por ejemplo una memoria USB, adquirida por la parte denunciante y aportada por ella misma a la causa. Se plantean dudas por su origen y el acceso a ella por diferentes personas, con las lógicas posibles manipulaciones de su contenido.

³⁴⁷ En Sentencia del Tribunal supremo de 10 de diciembre de 2015, Child Grooming (interpretando el art. 183 bis/183 ter actual CP): el ciberacoso a menores. El Tribunal Supremo, al abordar esta cuestión, ha establecido claramente que, el progenitor titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor, puede acceder a la cuenta de su hija menor ante signos claros de sufrir una actividad criminal en la que no cabe excluir la victimización de su hija. Dice la sala segunda que no puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar su situación, en casos en que las evidencias apuntan inequívocamente a la comisión de un delito. La inhibición de los progenitores ante hechos de esa naturaleza, sería contraria a los deberes que les asigna la legislación civil, especialmente cuando se trata de actividad delictiva no agotada, sino viva, y es objetivo prioritario hacerla cesar, remarcando el Tribunal que en estos casos tienen componentes muy distintos las valoraciones y ponderación a efectuar cuando sea aquellos en que se trata de investigar una actividad delictiva ya sucedida, pues hay que impedir que la actividad delictiva se perpetúe, más en una materia tan sensible como esta en que las víctimas son menores, por lo tanto estarían legitimados en estos casos para poder actuar aunque sea sin consentimiento de sus hijos y poder impedir que continúe la comisión del delito.

Respecto a la violación de la intimidad del investigado, la jurisprudencia ha subrayado que no es necesario incorporar ningún dato privado del acusado a la causa, a raíz del análisis del ordenador, lo que permite descartar la existencia de prueba ilícita por la violación de un derecho fundamental. Por otra parte, la utilización de un ordenador por todos o varios de los miembros de una familia introduce una doble singularidad que merece ser destacada. Aunque con carácter general, el desafío probatorio que incumbe a la acusación a la hora de probar la autoría de un hecho ligado al empleo de las nuevas tecnologías exige siempre un esfuerzo argumental más depurado e intenso.

Desde otra perspectiva, la reivindicación de una hipotética vulneración del derecho a la intimidad, en los supuestos de utilización compartida de un ordenador, no puede prescindir de un hecho determinante como, por ejemplo, el uso común de una contraseña de acceso. Y es que, frente a lo que sucede respecto del contenido material de otros derechos, el derecho a la intimidad o, si se quiere, el espacio de exclusión que frente a otros que protege el derecho al entorno virtual, es susceptible de ampliación o reducción por el propio titular. Quien incorpora fotografías o documentos a un dispositivo de almacenamiento masivo compartido por varias personas es consciente de que la frontera que define los límites entre lo íntimo y lo susceptible de conocimiento por terceros, se difumina de forma inevitable. Son imaginables usos compartidos de dispositivos de esta naturaleza, la propia LECrim en el art. 588 ter d) señala como límite que los terminales o medios de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado. Esta idea cuenta, además, con el respaldo de una jurisprudencia reiterada de la Sala Penal del TS y del Tribunal Constitucional³⁴⁸. Por otra parte, en caso de uso compartido se vulnera el derecho a la intimidad personal al realizar el volcado cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto «aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se

³⁴⁸ En efecto, en STS 786/2015, 4 de diciembre, con cita de la STC 173/2011, 7 de noviembre, «...el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno» (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5 ;196/2006, de 3 de julio, FJ 5), aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3).

otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida»³⁴⁹.

En relación a la segunda cuestión planteada, la ruptura de la cadena de custodia al realizarse el volcado de los datos por un particular y entregar el soporte obtenido a la policía, la jurisprudencia señala que la alegación de una quiebra de la cadena de custodia no puede convertirse en una recurrente estrategia para proyectar sobre una u otra pieza de convicción la duda de su integridad.

Si bien es cierto que su ruptura puede tener una indudable influencia en la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, la jurisprudencia admite el volcado presentado como prueba principal por el particular denunciante. Ello por entender que se trata de una prueba proporcionada por un particular a los agentes de la autoridad sin que esa entrega haya sido concebida como un mecanismo de elusión de las garantías que el sistema constitucional reconoce para la protección de los derechos a la intimidad y al entorno virtual.

Es decir, volvemos a la negativa a proyectar cualquier sombra de ilegalidad, como reiteradamente ha reconocido la jurisprudencia del TS cuando el medio de prueba se ha obtenido por un particular que actúa de forma espontánea. Reconociendo al mismo tiempo que la cuestión se plantea en otros términos cuando se trata de los agentes en el ámbito de una investigación penal, pues en este caso la proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego. Ello siguiendo la doctrina tradicional del árbol de

³⁴⁹ Así en Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2006

los frutos envenenados³⁵⁰, la proyección de nulidad sobre todo aquello que deriva de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, doctrina que como ha establecido reiteradamente no opera cuando quien actúa es un particular³⁵¹. Debemos entender por lo tanto que en el volcado de datos practicado por los agentes es imprescindible el consentimiento o la autorización judicial habilitante en los términos y con los requisitos ya expuestos.

Cuestión diferente al volcado de datos será el clonado de datos contenidos en el equipo informático. La clonación de discos es el proceso de copiar los contenidos de un disco duro de un equipo informático a otro disco o a un archivo imagen. A menudo, los contenidos del primer disco se escriben en un archivo imagen como un paso intermedio y, un paso posterior, el disco de destino es cargado con el contenido de la imagen, para que todo quede tal y como estaba en el anterior disco. En este caso no se puede especular sobre una posible manipulación de los datos porque existe una técnica que cuenta con gran precisión a través del sistema de huella digital y además porque la disponer del soporte original, si se pusiera en duda la veracidad de lo clonado sería siempre posible efectuar la comparación con el soporte original.

Para que el clonado sea fiable, al realizar el clonado hay que utilizar el algoritmo denominado como “hash” o “huella digital”, la serie de algoritmos SHA (Secure Hash Algorithm, en inglés) incluye un grupo de funciones hash que son consideradas las más seguras hoy en día y marcan una diferencia importante en relación al volcado.

³⁵⁰ Entre otras, podemos citar como sentencias que analizan la doctrina del árbol de los frutos envenenados las STS 116/2017, 23 de febrero; STS 793/2013, 28 de octubre; 45/2014, 7 de febrero.

³⁵¹ STC 97/2019 Vid., MARCHENA GOMEZ, MANUEL; «Prueba ilícita y reglas de exclusión: los matices introducidos por la Sala Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia 116/2017, 23 de febrero(caso Falciani) », en ASENSIO MELLADO (COORDINADOR), *Derecho probatorio y otros estudios procesales*. Liber amicorum, VICENTE GIMENO SENDRA, Ed. Castillo de Luna, Toledo,2020, pág 1181-1200; ZARAGOZA TEJADA J.I Y GUTIERREZ AZANZA, D.A, «La exclusión de la prueba ilícita tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2019 sobre la “lista Falciani” », *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 56,2019, pág. 209-222.

Primero, se aplica un algoritmo a todo el contenido del disco duro original y se obtiene como resultado una primera clave denominada en informática³⁵² “clave HASH” (o huella digital). La “clave HASH” se genera en función de todos los datos contenidos en el disco duro original y es única para cada contenido de un disco duro. Haciendo una comparación con lo que sucede en las pruebas de carácter biológico, podríamos decir que se obtiene el ADN de lo contenido del disco duro.

Un segundo paso supone aplicar un idéntico algoritmo (al contenido extraído del disco duro original) a toda la imagen o copia de datos realizada del disco duro original obteniendo como una segunda “clave HASH” (o huella digital).

Finalmente, se comparan las 2 “claves HASH” obtenidas; la del contenido del disco duro original y la de la imagen o copia realizada. Si ambos valores coinciden, la imagen o copia se ha realizado correctamente; si no coinciden, es necesario repetir todo el proceso de extracción informática forense de los datos del equipo. De esta forma, clonar el disco duro consiste en copiar con absoluta exactitud todo el contenido de un disco duro, bit a bit, en otro dispositivo de almacenamiento o soporte de imagen obteniendo una firma hash que garantiza la coincidencia de los bits leídos durante el proceso. Así obtenemos una copia exacta a todos los niveles nivel del contenido completo del disco duro además de certificar al mismo tiempo su contenido con una firma hash vinculada a una firma electrónica. El proceso de aplicación de la firma se inicia cuando el firmante, genera y cifra el hash del documento mediante el uso de su clave privada, para luego adjuntar el resultado del cifrado al mismo documento junto con su certificado digital. El certificado contiene su clave pública, clave de suma importancia debido a que hace posible la realización del proceso de validación posterior

³⁵² MELHORN, KURT y SANDERS, PETER; «Las herramientas básicas», en *revista de algoritmos y estructuras de datos. Noticias volumen 42, de 4 diciembre 2011. New York. pp 26–29*. Un algoritmo es un conjunto ordenado de operaciones sistemáticas que permite hacer un cálculo y hallar la solución de un tipo de problemas, una serie de instrucciones sencillas que se llevan a cabo para solventar un problema.

mediante su comprobación. Así por ejemplo los algoritmos hash son elementos esenciales en el ámbito de la criptografía, siendo una pieza fundamental en las tecnologías blockchain (bloques de datos, que están organizados en orden cronológico y están vinculados y protegidos por pruebas criptográficas para proteger documentos. tan utilizadas en la actualidad para garantizar las criptomonedas) y por supuesto, en las aplicaciones de firma electrónica.

La utilización de la huella digital impide que la imagen pueda ser modificada posteriormente, los datos copiados quedan protegidos y son inmodificables, mediante la relación de clave hash que se corresponde con cada archivo que ha sido copiado. En todo momento se trabajará sobre la “imagen de datos” forense obtenida y la prueba original queda depositada en el Juzgado bajo la custodia del Letrado de la Administración de Justicia garantizando la cadena de custodia. La huella digital obtenida en la “extracción forense de los datos informáticos” garantiza la continuidad de la cadena de custodia electrónica. Si la prueba original se modifica, quedaría constancia de ello y sería fácilmente comprobable.

Para realizar estas operaciones de extracción de datos mediante clonación, existen unos dispositivos, denominados clonadoras, que a través de hardware y software embebido realizan la operación de clonado de disco origen a disco destino. Para que la operación sea jurídicamente válida y pueda admitirse como medio de prueba, la clonadora debe permitir obtener la firma hash de la operación al concluir la extracción de los datos, exigencia que encarece, y mucho, el precio del dispositivo para la extracción de los datos. Así por ejemplo, las clonadoras más baratas se pueden adquirir por un importe aproximado de 2000€, pero estos moddos básicos únicamente permiten el clonado de un sólo disco cada vez y a velocidades bastante bajas, llegando a tardar hasta doce horas en clonar un disco duro de 1TB, lo que hace poco práctico el operativo para el registro, pues transcurridas doce horas el operativo será conocido por el resto de coautores investigados. En la práctica solo las comandancias provinciales o los equipos especiales de policía judicial informática disponen de clonadoras y personal cualificado, lo que dilata en gran medida y dificulta el proceso penal cuando depende de este tipo de prueba, pues no hay disponibilidad de equipos para atender todas las solicitudes; basta tener en cuenta que en la actualidad en la mayor parte de delitos las pruebas

relacionadas con teléfonos o equipos informáticos son siempre esenciales en cualquier investigación, y la falta de tecnología necesaria para realizar el clonado obliga en muchos casos a un simple volcado en presencia del Letrado de la Administración de justicia quedando los equipos precintados e intervenidos.

La LECrim impone la necesidad de utilizar un sistema de sellado digital en el art. 588 ter f), al establecer que para controlar las grabaciones y prorrogas de autorizaciones en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 588 bis g, la Policía Judicial pondrá a disposición del juez, con la periodicidad que este determine y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que considere de interés y las grabaciones íntegras realizadas. Para hacerlo la policía judicial debe indicar el origen y destino de cada una de ellas y se asegurará, mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, de la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas. Esta exigencia previa se debe extrapolar al volcado de datos, pues carece de lógica aplicar estas garantías en el control judicial de las autorizaciones y no aplicar la misma exigencia en el momento de constituir o intervenir los medios de prueba.

Esta escasa disponibilidad de equipos para realizar el volcado hace que exista un gran número de causas pendientes, cuya instrucción se encuentra suspendida a la espera de que la policía judicial pueda realizar una clonación de los equipos intervenidos, pudiendo alargarse la espera a más de un año, ralentizando de forma severa la instrucción de causas importantes. Como es lógico se da preferencia a las causas más graves y especialmente a la investigación de los delitos contra la vida de las personas lo que obliga a relegar el resto de causas.

4. Acceso de las partes a las evidencias obtenidas en el registro del domicilio.

Una vez alzado el secreto de las actuaciones y expirada la vigencia de la medida de intervención que fue acordada, la ley prevé en el art. 588 ter i), que se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Esta

posibilidad entendemos que se refiere a las intervenciones telefónicas y a su transcripción porque cuando se trata de volcado o clonado lo que se entregará será una copia del disco duro y una copia del acta del volcado extendida por el Letrado de la Administración de Justicia; si se trata de clonado el acta puede contener anexo el listado de claves que contiene el código hash relativo a las copias de las que se hace entrega.

Tratándose de grabaciones indica la ley que, si en ellas hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos, pero la no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se debe hacer constar de modo expreso. Esta previsión análogamente parece que abre la posibilidad de no entregar copia de aquellos archivos volcados o clonados en la medida en la que la parte que lo solicita no requiere esa información que no le afecta y puede vulnerar la intimidad de la parte involucrada en la información o imágenes contenidas en los archivos. Habrá de señalarse al efecto una comparecencia con las partes para el visionado de los archivos en presencia del Letrado de la administración de justicia; una vez visionadas y examinadas las grabaciones, en el plazo fijado por el juez, en atención al volumen de la información contenida en los soportes, cualquiera de las partes podrá solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El juez de instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa. En principio para ello bastaría con una resolución por medio de providencia pues no se depende de la ley la necesidad de una motivación expresa.

Cuando los archivos se refieran a comunicaciones localizadas en el disco duro del ordenador o el teléfono, es frecuente el descubrimiento de datos relevantes contenidos en conversaciones que una vez hecho el volcado o el clonado serán transcritas. La ley establece que se notificará por el juez de instrucción a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas el hecho de la práctica de la injerencia y se les informará de las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones. Si la persona notificada lo solicita se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones,

en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia.

Debemos tener en cuenta que, el acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados se puede producir fuera del domicilio del investigado, viniendo regulado por el artículo 588 sexies b). En estos supuestos, la entrega de las copias de las grabaciones o del material obtenido en los equipos se debe hacer con los mismos requisitos y las mismas garantías que hemos indicado, lo que en la práctica exigirá una citación a las partes para que puedan comprobar y verificar el material obtenido y solicitar la grabación o la copia de aquello que sea relevante para la causa.

La autorización judicial para estos casos viene regulada en el artículo 588 sexies c, estableciendo que la resolución del juez podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos. Parece que bastaría con una providencia del instructor en este sentido que determinará también las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, si es necesario, la elaboración de un dictamen pericial.

5. La intervención en el clonado o volcado informático del Letrado de la Administración de Justicia

Cuando se trata de volcados o clonados informáticos de equipos; es decir, el copiado de información desde el disco duro original que realizan los agentes de policía tras haber intervenido el equipo a la persona investigada, los principios aplicables serían los mismos que cuando se trata de las grabaciones o intervenciones de comunicaciones telefónicas que se puedan presentar en la causa. Se trata de medios de prueba de la misma naturaleza siempre que el acceso a los datos se haya efectuado con la habilitación necesaria para ello; sin embargo las especialidades vienen dadas por la ingente cantidad de datos que pueden albergar estos equipos.

De algunas recientes sentencias³⁵³ podemos extraer la no necesidad de la intervención del Letrado de la Administración de Justicia, durante todo el proceso cuando se desarrolla este tipo de actuaciones, para la validez del copiado de datos entre discos duros, pues la presencia del LAJ, no aporta nada especial en el mismo momento del volcado más allá de verificar que los equipos se interviene y se precintan con todas las garantías necesarias, que se trata de los mismos equipos y que los precintos no han sido quebrados posteriormente en el momento de practicarse el volcado. Si, examinamos lo dispuesto en el art. 588 sexies b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos encontramos con que, conforme a la línea jurisprudencial señalada, nada nuevo en relación a la normativa anterior establece la nueva regulación legal sobre la intervención del Letrado de la Administración de Justicia, en las operaciones de volcado de datos informáticos en equipos intervenidos.

La copia autorizada por el Juez puede llevarse a cabo al mismo tiempo que se practica el registro del domicilio o lugar en el que el dispositivo de almacenamiento haya sido hallado, o posponerse para un momento ulterior. La primera solución, el clonado “in situ” durante el registro, aporta agilidad a la investigación, al poder utilizar esas copias ya desde un primer momento, pero presenta el inconveniente de que el proceso de copiado puede resultar bastante lento y prolongarse más allá de lo que dure el registro domiciliario, sobre todo, en los casos de clonado. Por eso, la práctica más habitual consistirá en la incautación de los dispositivos de almacenamiento masivo de información en el momento del registro domiciliario para su posterior clonado. Por el contrario, cuando se acuerde realizar copias lógicas durante el registro domiciliario deberá aprovecharse la presencia del Letrado de la Administración de Justicia para que haga constar en el acta del registro el concreto alcance del copiado del dispositivo, garantizándose con ello la autenticidad e integridad de la copia en virtud de las cautelas que adopte el Letrado de la Administración de Justicia. En la práctica serán las concretas circunstancias del caso, su urgencia o la naturaleza de los datos que interesen a la investigación, las que aconsejen decantarse por uno u otro tipo de copiado.

³⁵³ Así en las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 256/2008 de 14 de mayo y 342/2013 de 17 de abril, entre otras.

La doctrina jurisprudencial entiende que a diferencia de lo que se ha señalado para la realización de copias lógicas o parciales, durante el volcado o clonado de datos no es necesaria la presencia del Letrado de la Administración de Justicia. Como se ha indicado, la garantía de la integridad de la copia vendrá dada en estos casos por la huella digital (al poderse comprobar que el resultado de la función hash del original coincide exactamente con el de la copia).

La función del Letrado de la Administración de Justicia, en estos casos, se agotará en dar fe de la coincidencia entre el soporte de almacenamiento masivo de información intervenido en el domicilio y el que fue volcado, esto es, que el soporte copiado es el mismo que fue hallado en el registro domiciliario y, como tal, lo debe hacer constar en el acta que refleja la entrada o en un acta posterior si el volcado se practica a posteriori, reseñando los números de serie que permiten identificar los equipos y sus componentes garantizando que no se han vulnerado los precintos establecidos durante el registro. En este sentido, señala la STS 342/2013 que “la presencia del fedatario judicial en el acto del volcado de datos no actúa como presupuesto de validez de su práctica. Lo decisivo es que, ya sea mediante la intervención de aquél durante el desarrollo de la diligencia de entrada y aprehensión de los ordenadores, ya mediante cualquier otro medio de prueba, queden descartadas las dudas sobre la integridad de los datos y sobre la correlación entre la información aprehendida en el acto de intervención y la que se obtiene mediante el volcado”.

Por otro lado, el proceso de volcado o clonado se lleva a cabo a través de un procedimiento técnico que el Letrado de la Administración de Justicia no solo puede desconocer, sino que, además, no siempre puede controlar, por lo que difícilmente podrá dar fe del contenido del mismo: aunque no hay duda de que el secretario judicial es una instancia formal de garantía, algunas sentencias³⁵⁴ expresamente eximen su presencia durante todo el proceso informático de volcado de datos, por su propia condición de profano en materia de conocimientos informáticos: “no se puede pretender que el

³⁵⁴ En sentencias del Tribunal Supremo 116/2017, de 23 de febrero, 342/2013, 17 de julio, 480/2009, 22 de mayo y 256/2008, 14 de mayo.

fedatario público esté presente durante todo el proceso, extremadamente complejo e incomprensible para un profano, que supone el análisis y desentrañamiento de los datos incorporados a un sistema informático. Ninguna garantía podría añadirse con la presencia del funcionario judicial al que no se le puede exigir que permanezca inmovilizado durante la extracción y ordenación de los datos, identificando su origen y procedencia”. Presenciar el acto solo le permite comprobar que se trata de los mismos equipos y si se precintaron los equipos, comprobar que los precintos no han sido vulnerados.

Ahora bien, aunque la intervención del Letrado de la Administración de Justicia no sea necesaria durante el proceso de copiado, en ocasiones será preciso que garantice la identidad e integridad de la prueba, extendiendo al efecto acta en el momento de desprecinto del dispositivo y comienzo del clonado, así como de la conclusión del mismo. Igualmente, en los supuestos excepcionales en los que en el proceso de clonado concurren circunstancias extraordinarias que pudieran suscitar dudas acerca de la identidad o integridad de la prueba, deberá proponerse su intervención.

Cosa diferente es lo que ocurre en los casos de realización de copias lógicas en los que, como se indicaba, la mejor forma de garantizar qué se copia, cómo se copia y la integridad de la copia, será su realización a presencia y bajo la fe del Letrado de la Administración de Justicia. En cualquier caso, no debe olvidarse que el copiado de los datos es una cuestión de legalidad ordinaria que no alcanza a afectar a los derechos fundamentales, por lo que las irregularidades que puedan producirse en su práctica se traducirán en la imposibilidad de valorar la prueba, pero no en su nulidad, con las consecuencias que de ello derivan.

La presencia del interesado, en principio, no es necesaria para llevar a cabo el copiado de los datos. En los supuestos en los que se practique durante la diligencia de entrada y registro, sin embargo, su presencia en el propio registro debe permitirle presenciar el copiado. Además, cuando se lleve a cabo una copia selectiva de archivos deberá requerirse siempre su presencia, pues no se tratará de una simple diligencia de

copia de archivos, sino que en el propio acto, habrá que decidir también acerca de la selección de esos archivos, lo que requiere contradicción para garantizar el derecho de defensa del afectado. El art. 336 LECrim reconoce al afectado y su Letrado el derecho de asistir al reconocimiento pericial de efectos que pudieran tener relación con el delito. En el caso de los dispositivos de almacenamiento masivo de información, dicha facultad debe interpretarse como la posibilidad de que el afectado designe su propio perito para llevar a cabo otro reconocimiento pericial distinto, ante la imposibilidad de admitir una interpretación literal del precepto en este caso, en atención a la duración del largo proceso de análisis de esta clase de dispositivos.

Finalmente, respecto a la posibilidad de que las partes asistan al acto de volcado o clonado de los dispositivos de almacenamiento señala la STS 165/2016, de 2 de marzo, que “ni la ley procesal anterior al año 2015 ni tampoco la nueva normativa de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 13/2015, de 5 de octubre) imponen que estén presentes el abogado del imputado, ni un perito que pudiera nombrar en el momento de volcar el contenido del ordenador”. Es cierto que el art. 476 LECrim reconoce a las partes la posibilidad de designar un perito que presencie el volcado o clonado, pero “esa presencia no es presupuesto de validez³⁵⁵ del acto. Nada de ello se desprende de la literalidad de aquel precepto”.

³⁵⁵ Así en Sentencia del Tribunal Supremo 342/2013, de 17 de abril.

6. Condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación.

6.1. La custodia de los dispositivos intervenidos

Una vez se han obtenido los archivos extraídos a través del volcado o el clonado de los equipos informáticos o de almacenamiento se plantea el problema de su custodia y conservación hasta el momento del juicio oral en el que jugaran su importante papel como prueba de cargo o descargo.

En caso de clonación de equipos los problemas en cuanto a la cadena de custodia se deberían plantear únicamente hasta el momento de la extracción de la información, porque después de la extracción si ésta ha tenido lugar con las garantías que ofrece la huella digital no existe ya ningún problema en la custodia; las partes dispondrán de una copia de exacta coincidencia con el disco original que quedará custodiado en el juzgado correspondiente bajo la responsabilidad del Letrado de la Administración de Justicia y cuya autenticidad puede ser verificada en cualquier momento a través de la coincidencia de código hash, es decir, por tener la misma huella digital los dos archivos. Sin embargo, en aquellos casos en que no se utilice el sistema hash o sistema de algoritmos para proteger los archivos mediante la huella digital se pueden plantear problemas en cualquier momento desde la aprehensión de los equipos informáticos, hasta su aportación al juicio como prueba, pues los archivos informáticos si no han quedado protegidos pueden ser modificados, debido a que por su propia naturaleza los archivos digitales suelen ser modificables en mayor o menor medida.

Como advierten algunos autores³⁵⁶ en los últimos tiempos adquiere gran importancia el concepto de «cadena de custodia» entendida como el procedimiento y la documentación del tratamiento de las evidencias recogidas en el lugar de comisión del delito para su análisis y utilización como prueba dentro del proceso penal. La importancia de esta cuestión es evidente al estar directamente relacionada con el derecho a la legalidad de los medios de prueba, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. Efectivamente, los derechos que constituyen el fundamento del proceso penal, se basan en la existencia de una prueba válida y legalmente obtenida. De su validez depende que pueda ser objeto de valoración y constituir, en su caso, con todas las garantías para ello prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia que corresponde al investigado en el proceso penal, con la consecuente condena penal. En nuestra opinión, la importancia de las cuestiones relacionadas a la ruptura de la cadena de custodia es evidente por la importancia que adquieren las piezas de convicción en el proceso penal y más cuando se trata de teléfonos o equipos informáticos de almacenamiento masivo de datos, cuyo contenido consiste en archivos, documentos o imágenes que pudieren resultar fácilmente modificables.

Otras pruebas de convicción como pudieran ser las armas utilizadas para cometer un delito, como por ejemplo una navaja, una barra de hierro, cualquier tipo de objeto contundente o un arma de fuego resultan difíciles de modificar una vez han quedado intervenidas en el lugar de los hechos y documentadas en el proceso penal. Las características y valor probatorio de este tipo de efectos son previsibles desde ese momento en que tiene lugar su intervención en el domicilio; en ese momento quedan claramente recogidas y constatado su valor como pieza de convicción. Sin embargo, cuando se trata de la prueba que puede ofrecer un equipo de almacenamiento masivo de

³⁵⁶ Así por ejemplo RICHARD GONZALEZ, MANUEL; «La cadena de custodia en el proceso penal español». *Diario La Ley, N° 8187, Sección Tribuna, 8 de Noviembre de 2013, Año XXXIV*, Editorial LA LEY. Vid., asimismo GUTIERREZSANZ, ROSA; *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2016; FIGEROA NAVRRO, CARMEN (directora), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Ed Dykinson, Madrid, 2015

datos, la información contenida en su interior constituye la verdadera prueba y es imprevisible, puesto que no puede ser reflejada y valorada hasta que se realiza un análisis exhaustivo de su interior. Ese análisis puede resultar arduo, largo y complicado para los agentes actuantes y los peritos informáticos teniendo en cuenta la ingente cantidad de datos que puede albergar hoy en día todo equipo informático. Cualquier equipo medio puede contener más de un tera-bit de datos; cualquier teléfono guarda meses o años de conversaciones y mensajes de todo tipo.

Como hemos visto en algunas de las resoluciones analizadas al tratar el acceso a este tipo de información por los agentes y como la jurisprudencia refleja, las defensas con frecuencia y con mayor o menor acierto, suelen alegar como de infracción de la norma la ruptura de la cadena de custodia, así como la imposibilidad de demostrar que los archivos no han sido alterados. En muchas ocasiones resulta evidente que el tratamiento de las evidencias y pruebas de convicción en la investigación o durante el proceso penal resulta inadecuado y deficiente; además no ha sido hasta la reforma de 2015 cuando el legislador ha empezado a regular las cuestiones relacionadas con la misma.

La intervención de equipos de almacenamiento masivo de datos, afecta a este tipo de tecnología que estaba siendo ya utilizada al menos desde 2010 en lo que a smartphone y comunicación se refiere y una década antes si pensamos en ordenadores o equipos que permiten acceso a internet, de forma que la legislación ha llegado en 2015 cuando este tipo de tecnología digital estaba en pleno uso global.

Nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal adolece en líneas generales de la falta de un tratamiento adecuado unitario en lo que a cadena de custodia de evidencias o piezas de convicción se refiere, entendiendo la cadena de custodia como aquella sucesión de acontecimientos en la custodia de las evidencias o piezas de convicción relacionadas con la investigación criminal y con la prueba pericial de la que se servirán las partes en el juicio oral. En la práctica es frecuente que, a la hora de aportar las piezas de convicción, no haya conocimiento de si las mismas quedaron depositadas en las dependencias policiales, si se encuentran en el juzgado o si por el contrario fueron devueltas a los perjudicados, como por ejemplo cuando la pieza consistía en dinero o documentación robada y el perjudicado estaba identificado. Siendo

habitual que después de algunos quebraderos de cabeza para los diferentes responsables del órgano judicial afectado y rastreando las diligencias de entrega de efectos, que se hacen constar durante la investigación, se localizan los efectos o se introducen en el juicio de la forma prevista para ello. A los problemas en la custodia de efectos entregados en los juzgados para servir de evidencias o pruebas de convicción debemos añadir que en muchos casos el juzgado que conoce inicialmente de las diligencias durante la guardia puede no ser quien conozca de forma definitiva de la instrucción, cuando se haya producido la inhibición a favor de otro juzgado, con la remisión de las piezas correspondientes a la causa al juzgado competente y en estos casos será necesario comprobar las diligencias de entrega de efectos del juzgado que conoció inicialmente para saber qué efectos fueron entregados. No obstante, estas diligencias de entrega de efectos que son usuales en el proceso penal y permiten seguir la cadena de custodia de los efectos, constatan y aportan poco cuando se trata de soporte tecnológico albergado en el interior de equipos informáticos, más allá de la posible entrega de cierto tipo de equipos informáticos siempre que fueran reseñados de forma correcta a través del número de serie. Se hace necesaria una regulación legal precisa y especial de la cadena de custodia garantizando un adecuado tratamiento de las evidencias por parte de todos los intervinientes en la custodia de los efectos, con el adecuado control de los tribunales de justicia que deben exigir el riguroso cumplimiento de estas normas para evitar que se cuestione la validez de las evidencias y piezas de convicción aportadas al proceso.

El art. 588 octies de nuestra LECrim, constituye una novedad positiva desde el punto de vista de nuestra regulación, al establecer que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial podrán requerir a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión con arreglo a lo dispuesto en los artículos precedentes.

Sin embargo, no detalla la nueva norma la forma en que se puede garantizar la cadena de custodia cuando los equipos se encuentran bajo custodia. Se prevé como posibilidad, pero no se desarrolla suficientemente la forma de llevar a cabo la conservación y custodia de los efectos una vez establecidos los imprescindibles precintos policiales y judiciales antes y después de la intervención de los efectos.

Una regulación precisa de la cadena de custodia en la intervención de estos dispositivos obligaría a todos los intervinientes a actuar de una manera determinada, coordinada y conforme a la Ley. En tanto que eso no sucede lo cierto es que en ocasiones no se atiende adecuadamente a la correcta gestión de las evidencias a fin de que puedan ser posteriormente valoradas como prueba. Especialmente cuando se trata de equipos informáticos y los agentes actuantes interpretan erróneamente, como con otro tipo de efectos intervenidos más simples, que su trabajo finaliza cuando se incautan las evidencias poniéndolas a disposición judicial, puesto que cuando se trata de equipos informáticos por las razones expuestas en el apartado anterior, el análisis de los datos contenidos en los mismos es una tarea ardua que debe venir rodeada de importantes garantías. Es a partir de ese momento cuando la deficiencia de la regulación legal se pone de relieve al no regular la ley con precisión, por quién y cómo se deben recoger las evidencias, cómo se transportan y custodian y, finalmente, quien está autorizado a analizar los objetos, cosas o rastros.

La obligatoria puesta a «disposición judicial» por parte de los agentes actuantes supone que las evidencias se corresponden a una causa que instruye un Juez instructor, quien dispone de ellas a los efectos de sus funciones de investigación, al igual que también pueden solicitar acceso a ellas las partes para analizar las muestras y preparar la acusación o la defensa, en función de las evidencias aportadas y sus efectos probatorios. Las evidencias o piezas de convicción se hallan a disposición judicial a efectos de servir de prueba de cargo o descargo en función de su contenido. Ese poder de disposición queda condicionado por la finalidad de la investigación, pudiendo llevar a acordar en algunos casos su destrucción³⁵⁷ o eliminación. Si la destrucción de las

³⁵⁷ El Art. 367 ter. LECrim. Establece que, Podrá decretarse la destrucción de los efectos judiciales, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario, si fuere conocido, o a la persona en cuyo poder fueron hallados los efectos cuya destrucción se pretende. Y añade en su apartado 2: “El Secretario judicial extenderá la oportuna diligencia y, si se hubiera acordado la destrucción, deberá quedar constancia en los autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos. Si no hubiese tasación anterior, también se dejará constancia de su valor cuando su fijación fuere imposible después de la destrucción”.

evidencias se produce sin los permisos necesarios o fuera de los casos en que la ley expresamente lo establece, pueden plantearse problemas por no disponer de evidencias o piezas de convicción en el momento de practicar la prueba. La ley únicamente prevé supuestos en que por la peligrosidad de estos efectos es necesario acordar su destrucción dejando constancia y muestras, como por ejemplo cuando se trata de sustancias tóxicas o peligrosas, sustancias acelerantes cuyo depósito pudiera generar riesgo de incendio.

Parece que cuando se trata de equipos informáticos que constituyen evidencias recogidas en una investigación criminal, su destrucción carece de sentido en tanto que las mismas estén sometidas a un proceso jurisdiccional en cualquier fase de tramitación, sea en primera instancia o en apelación, contienen información que puede servir a los fines de la Administración de Justicia y, por tanto, deben conservarse como mínimo hasta que la sentencia adquiera firmeza, fuera de aquellos casos en que resultará necesario y pudiera causar perjuicio al perjudicado que estuviera identificado. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de equipos informáticos será suficiente con guardar y custodiar los discos duros que almacenan la información y de los que se va a extraer el contenido y hoy en día estos soportes han ido reduciendo sus dimensiones.

Los discos duros modernos de una computadora personal común tienen capacidades de 250, 500 GBytes o incluso 1 TByte (1 TByte o TeraByte, equivale a 1024 GBytes). La industria se está esforzando para ofrecer una mayor capacidad y rendimiento en sus productos, así como un menor consumo energético, la capacidad de almacenamiento instalada a nivel global no para de crecer a medida que aumenta la necesidad de espacio para guardar los datos que se generan cada día. Ello hace que en la práctica los equipos intervenidos cada vez tienen menores dimensiones lo que va a facilitar la custodia de este tipo de efectos aunque al mismo tiempo puede complicar su volcado o clonado.

Por otra parte, la destrucción de las evidencias o piezas de convicción es una cuestión en ocasiones controvertida, por ejemplo, cuando no se permite utilizar las

mismas piezas en otros procedimientos pendientes³⁵⁸ o se acuerda la destrucción de las evidencias judiciales sin esperar a la celebración del juicio oral³⁵⁹. De lo expuesto se deduce la necesidad de tratar adecuada y legalmente las evidencias que se encuentran contenidas en dispositivos informáticos, que se hayan sometidos a un teórico control judicial, control que en algunos casos resulta complicado pues precisamente son los cuerpos y fuerzas de seguridad los que llevan a cabo las investigaciones que llevan a

³⁵⁸ En caso por la operación Puerto la sentencia de 29 de abril de 2013 del Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid en procedimiento abreviado nº 52/2012 rechazó la entrega de efectos para su utilización en el proceso administrativo, acordando: « ... el comiso y posterior destrucción, de las bolsas de sangre, plasma y concentrados de hematíes y de su contenido aprehendidas en las entradas y registros realizados en los domicilios de .../... sin lugar a la entrega de muestras solicitada por la Real Federación Española de Ciclismo (RFEC), Asociación Mundial Antidopaje (AMA), Unión Ciclista Internacional (UCI) y Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI)». Esta decisión impide utilizar las evidencias en el marco de otras investigaciones o procedimientos administrativos. Sin embargo la sentencia de 10 de junio de 2016 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Primera), que resuelve los recursos de apelación en la llamada “operación Puerto”. revocando en este punto la apelada (y estimando el recurso de apelación de los organismos competentes para la vigilancia del dopaje), acuerda que se entreguen “muestras de los contenidos de las bolsas de sangre, plasma y concentrados de hematíes a la Real Federación Española de Ciclismo, a la Asociación Mundial Antidopaje, a la Unión Ciclista Internacional y al Comitato Olimpico Nazionale Italiano”, con plena conciencia de que dichos entes van a utilizar las muestras “en orden a la posible incoación de expedientes disciplinarios a los corredores profesionales que pudieren ser identificados como consecuencia de los análisis” (página 72). Para el tribunal es muy importante la distinción entre muestras obtenidas en un registro domiciliario y datos obtenidos a través de otras técnicas de obtención de pruebas con limitación de los derechos fundamentales como, por ejemplo, la intervención de conversaciones telefónicas. En este sentido la utilización en otro procedimiento sancionador de los hallazgos casuales obtenidos en un expediente administrativo sancionador abierto por otra infracción ha sido admitida recientemente por una sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016 (recurso de casación 113/2013). Recordemos, además que, desde 2015 tiene acogida normativa en el art. 588 bis f) en relación con el art. 579 bis LECrim.

³⁵⁹ En el proceso penal seguido por los atentados del 11-M en Madrid. Los restos de los trenes objetivo del atentado del 11 de marzo, que de alguna forma eran evidencias, tal vez por una necesidad logística comenzaron a ser desguazados por orden de la policía el 15 de marzo sin resolución judicial.

intervenir estos efectos y el tránsito de las evidencias por la instrucción penal puede ser en cierta medida ajeno al conocimiento del Juez instructor que no puede garantizar el control necesario de todo el contenido en el interior de los discos duros intervenidos y con ello la plenitud de integridad de la prueba.

6.2 La validez y garantías en la cadena custodia de los dispositivos intervenidos.

En un sentido amplio la cadena de custodia es el nombre que recibe el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la custodia de las evidencias obtenidas en el curso de una investigación criminal. Esta cadena de transmisión tiene por finalidad garantizar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba. Este conjunto de actos debe venir reflejado en el proceso, plasmado en las actuaciones mediante las diligencias de recogida y entrega que acreditan las fechas de recepción y custodia por los intervinientes en la investigación penal. Aunque no es absolutamente necesario que los actos de la cadena de custodia se documenten por escrito pudiendo darse cuenta de la realización de las citadas actividades mediante testimonio de las personas que actuaron, es absolutamente recomendable la documentación para facilitar el control y permitir verificar la cadena de transmisión que han seguido los efectos intervenidos.

En nuestra opinión, por lo que se refiere a la documentación de la cadena de custodia, es aconsejable que se recojan por escrito, con las consiguientes firmas de los distintos receptores a través de las correspondientes diligencias policiales y judiciales, los actos y las diferentes entregas de efectos que tienen lugar a lo largo de la investigación e instrucción. No cabe duda de la importancia de seguir protocolos de constancia, documentando todas las actividades relacionadas con el manejo de evidencias y, en definitiva, con la cadena de custodia, reflejando y plasmando en las actuaciones procesales el recorrido que han atravesado las piezas de convicción hasta llegar a su valoración en el día del juicio. Lo que se pretende con ello es garantizar la trazabilidad de las evidencias o la solución de continuidad en su custodia: «Una correcta cadena de custodia ha de basarse en los principios de aseguramiento del tracto sucesivo del objeto custodiado desde su aprehensión hasta que se disponga su destino

definitivo»³⁶⁰. De otro modo la prueba, como se expone a continuación, podrá ser declarada inválida a efectos de fundar una sentencia de condena.

Sobre qué sea la cadena de custodia y su relevancia se ha pronunciado en varias ocasiones la jurisprudencia, y ha reconocido en diferentes sentencias que³⁶¹: «es a través de la corrección de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la "mismidad" de la prueba». O que «la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico». Se puede decir que existe bastante consenso doctrinal y jurisprudencial sobre el modo en el que la cadena de custodia se relaciona con la investigación y la prueba en el proceso penal.

La doctrina y la jurisprudencia señalan como característica esencial de la cadena de custodia, la de constituir un sistema formal de garantía, que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo durante la investigación por todas las personas que participan y están en contacto con las evidencias al intervenir en los diferentes momentos que se suceden durante la investigación e instrucción de la causa. De este modo la cadena de custodia sirve como garantía de la autenticidad e indemnidad de la prueba. La infracción de la cadena de custodia afecta a lo que se denomina la «verosimilitud de la prueba pericial» y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso penal.

La cadena de custodia también conlleva la garantía de que las evidencias analizadas y los resultados plasmados en el dictamen pericial son las mismas que se

³⁶⁰ SAP Huelva, Sección 1.ª, de 25 de junio de 2007

³⁶¹ En este sentido, la STS 20 de julio de 2011, núm. 776/2011 en la que TS declara que: «El problema que plantea la cadena de custodia, hemos dicho en STS 6/2010 de 27.1 "es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediatez, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la 'mismidad' de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de, en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde el momento en que se interviene hasta el momento final que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye"».

recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas, ni errores sobre el objeto de la prueba pericial³⁶². A este respecto resulta evidente la relación entre la cadena de custodia y la prueba pericial, por cuanto la validez de los resultados de la pericial depende de la garantía sobre la procedencia y contenido de lo que es objeto de análisis.

Al fin de regular y garantizar la cadena de custodia, responde en nuestro ordenamiento jurídico la Orden JUS/1291, de 13 de mayo de 2010, cuando se trata de pruebas toxicológicas, estableciendo los protocolos sobre recogidas de muestras y rastros y su envío al laboratorio³⁶³. Dicha orden de Justicia regula un protocolo detallado para realizar la recogida, embalaje y envío con las debidas garantías de este tipo de pruebas biológicas, pero no contiene ninguna referencia para pruebas de tipo electrónico o informático, tan importantes hoy en día en cualquier investigación; por ello parece necesario la elaboración de unos protocolos forenses similares que regulen la forma de llevar acabo la intervención y custodia de efectos electrónicos y de almacenamiento de datos informáticos similares a los existentes para las pruebas de tipo biológico. Según la regulación existente para las muestras biológicas la cadena de custodia se refiere y está asociada a la prueba como actividad y también como resultado; determina la validez de la prueba e, indirectamente, de su resultado por cuanto la infracción de sus normas puede determinar que se «aparte» o «expulse» del procedimiento penal la evidencia y el resultado que se contuviere en el informe pericial. Estas mismas garantías deben asegurarse para la prueba informática o electrónica. No puede haber un juicio justo sin una actividad probatoria válida y de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia. La relación directa de la evidencia con los hechos objeto de enjuiciamiento y su verosimilitud son requisitos para su validez.

³⁶² Sobre esta materia vid. Ampliamente LUCENA MOLINA, J.J., ESCOLA GARCÍA, M.A. y PARDO IRANZO, V. «Elementos para el debate sobre la valoración de la prueba científica en España: hacia un estándar acreditable bajo la norma ISO 17.025 sobre conclusiones de informes periciales», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, N.º. 2, 2011.

³⁶³ Así se regula por Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

De otro modo, sin garantizar la verosimilitud de la prueba y sin su fiabilidad, no puede hablarse de un juicio justo, con todas las garantías³⁶⁴.

La cadena de custodia correctamente efectuada puede acreditarse documentalmente y si es necesario por testimonio. Nada impide que la cadena de custodia se acredite mediante el testimonio de las personas que recogieron, custodiaron y conservaron las evidencias. Pero debe tenerse en cuenta, que el atestado policial donde se suelen contener los actos de la cadena de custodia tiene la consideración de denuncia por lo que será necesario traer al plenario a los policías para sostener el ejercicio de la acción penal que serán también quienes actuaron en la cadena de custodia. Para la plena convalidación de los actos de cadena de custodia será necesaria la declaración en el juicio oral de los agentes que la efectuaron, siempre que alguna de las partes alegue infracción y se solicite su presencia por la acusación o la defensa. En caso de que la cadena de custodia esté debidamente documentada y no exista ninguna clase de impugnación, la jurisprudencia viene considerando que, al no existir irregularidad, no será necesario verificar la legalidad de la cadena de custodia a través del testimonio de quienes han intervenido, pudiendo valorarse la prueba conforme resulta del informe pericial.

³⁶⁴ En el mismo sentido argumenta con acierto la SAP Las Palmas, Sección BIS, de 29 de julio de 2009, núm. 52/2009 cuando declara que: «... la vinculación de la cadena de custodia a la verosimilitud de la prueba, determina la vinculación de la actividad probatoria del proceso penal con los grandes principios que lo inspiran, de manera que sin verosimilitud de la prueba no puede hablarse siquiera formalmente de juicio justo o "proceso con todas las garantías" como declaró la STC de 29 de septiembre de 2003, antes citada, que otorgó el amparo precisamente por "rotura de la cadena de custodia" en cuanto, como también dijo la STC de 24 de octubre de 2005, "ante una rotura de la 'cadena de custodia' de una prueba resulta prácticamente imposible defenderse en el caso de que los Tribunales estén dispuestos a validarla y sirva como prueba de cargo"».

Finalmente, cabe señalar que no afectan a la cadena de custodia los problemas que se puedan plantear con relación a evidencias que puedan haber quedado en la escena o lugar del delito tras una primera inspección de la policía. Este es un supuesto que puede darse y que no se relaciona directamente con la cadena de custodia, sino con la acreditación de la autoría mediante la prueba de la relación entre los hechos delictivos y los acusados. Pero entiende la jurisprudencia³⁶⁵ que la regularidad de la cadena de custodia es un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción intervenido; se asegura de esa forma que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido alteración alguna. En última instancia el efecto derivado al fracturarse la cadena de custodia y los problemas relacionados con esta ruptura pueden impedir que las evidencias obtenidas puedan ser empleadas para enervar la presunción de inocencia.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene una regulación unitaria y sistemática sobre los requisitos y garantías de la cadena de custodia, si bien regula de forma dispersa algunos aspectos concretos sobre la materia. Por ejemplo, cuando prevé en el art. 326 que "cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez Instructor o el que haga sus veces los recogerá y conservará para el juicio oral ..." (art. 326 LECrim.); o cuando dispone el art. 334 de la LECrim. que "el Juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió...". Igualmente se ocupan de otras cuestiones relacionadas con la cadena de custodia los arts. 282, 292, 330, 338, 770.3 y 796.1.6, de la LECrim.

El procedimiento de recogida, custodia y análisis de evidencias está sometido a las normas sobre investigación criminal que existen en nuestra LECrim. Sin embargo,

³⁶⁵ En un sentido más amplio se ha pronunciado el TS al indicar que preservar una evidencia informática que proviene de un dispositivo electrónico es un aspecto crucial del proceso judicial en el que una evidencia de este tipo pueda llegar a convertirse en prueba de cargo. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 208/2014 de 10 Mar. 2014, Rec. 836/2013

se regulan de un modo impreciso y deficiente debido a las múltiples modificaciones de la Ley, que han conducido a un sistema en el que se entremezclan las competencias del Juez instructor y de la Policía Judicial de un modo difícil de entender y mucho más complicado de gestionar en el día a día de la investigación criminal. Sin embargo, y sin perjuicio de que el Juez pueda personarse en el lugar del delito y realizar alguna de las funciones descritas, la función de recoger los objetos de cualquier clase relacionados con el delito se atribuye, con carácter general, a la policía muchas veces en presencia del Letrado de la Administración de Justicia. Así está previsto en los arts. 282 y 292 LECrim y especialmente en las normas del procedimiento abreviado y de enjuiciamiento rápido en las que se prevé que la policía judicial acudirá inmediatamente al lugar de los hechos y realizará las siguientes diligencias: « Recogerá y custodiará en todo caso los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial» (art. 770.3 LECrim.) y « Remitirá al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente» (art. 796.1.6 LECrim).

Determinada la competencia para la recogida de evidencias no encontramos en la LECrim normas detalladas y suficientes que determinen con precisión como se debe actuar. Es decir, como se debe proceder a la recogida, custodia y remisión de las muestras e indicios de modo que quede garantizada su integridad y la validez de la prueba pericial que se realice. A ese fin se refieren insuficientemente algunos preceptos de la LECrim., entre otros los arts. 13, 326, 330, 334, etc., y especialmente el art. 338 LECrim. que dispone que: «... los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el art. 334 se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito».

Existen algunas normas reglamentarias que regulan, parcialmente, esta cuestión, pero que carecen del rango y la sistemática adecuada para servir correctamente a la regulación de una materia de indudable importancia por su relación con el derecho a un juicio justo que puede quedar vulnerado cuando las pruebas no sean válidas por la rotura de la cadena de custodia. Resulta evidente, por tanto, la necesidad de regular con precisión la documentación de todos los actos de recogida, custodia y remisión de las

evidencias informáticas o electrónicas de forma que queden registradas todas las circunstancias relativas a las cosas, objetos o muestras recogidos con relación a una investigación criminal.

Entre las normas protocolos para garantizar la cadena de custodia cabe citar las siguientes: en primer lugar, la mencionada Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Se trata de una regulación moderna y útil, pero redactada como un conjunto de normas o reglas que debe observar la policía para tomar y enviar muestras de tipo biológico aptas para su análisis por parte del Instituto Nacional de toxicología y ciencias forenses. En la norma se hace referencia a la cadena de custodia, pero únicamente para este tipo de muestras biológicas como una serie de informaciones, que debe contener el formulario de solicitud de análisis o estudios de muestras [art. 3.3 f)]. Información que se limita a un pequeño cuadrado en el que se debe hacer constar: nombre u organismo, fecha y hora, actividad de custodia sobre las muestras (sic) y firma. Se trata de una información insuficiente para garantizar debidamente la trazabilidad de las evidencias y no diseñada para muestras tomadas en equipos informáticos.

El Acuerdo marco de colaboración entre el CGPJ, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, el Ministerio del Interior, y la agencia española de medicamentos y productos sanitarios, de 3 de octubre de 2012 establece el protocolo a seguir en la aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. La finalidad de este acuerdo, recogida en el apartado II de la Exposición de Motivos, consiste en limitar el período de tiempo durante el cual las sustancias estupefacientes son almacenadas a disposición judicial, con la finalidad de evitar riesgos para la salud y la seguridad ciudadana, especialmente los derivados de la custodia y el almacenamiento de las drogas. Nada se acuerda en relación a pruebas de carácter tecnológico tan importantes hoy en día y tan complicadas de custodiar debido a las razones apuntadas, no se puede conocer la relevancia de la prueba sin acceder a su interior. Se hace necesario en la investigación policial y el proceso penal, un protocolo similar al existente para muestras toxicológicas que regule la forma en que se deben

intervenir y custodiar las evidencias de carácter tecnológico y las procedentes de equipos informáticos de almacenamiento masivo de datos, con un informe detallado de la incautación: la persona y el lugar en el que se localizó las evidencias, muestras recogidas y la documentación del hallazgo. descripción, numeración, ponderación, embalaje, origen, características externas, apariencia.

Finalmente, debe distinguirse la cadena de custodia de determinadas actividades de investigación o documentación que se pueden practicarse sobre los efectos intervenidos y que suelen documentarse en relación con los actos de la cadena de custodia. Este es el supuesto, por ejemplo, de la descripción, la reseña de los equipos informáticos, el pesaje, la aplicación de reactivos, la grabación de videos, toma de fotografías. Estos actos nos sirven para aportar mayor información y detalle sobre lo intervenido, pero no son estrictamente necesarios para garantizar la cadena de custodia, puesto que si no se ha roto la cadena, los efectos no habrán sufrido alteración alguna. Por esta razón, las diferencias de descripción de los efectos, de la indicación de su naturaleza o del peso de lo incautado no implican necesariamente una ruptura o irregularidad en la cadena de custodia. Tratándose de piezas de convicción consistentes en equipos informáticos puede tener sentido la grabación de un vídeo recogiendo los agentes la forma en que se intervienen los equipos, por ejemplo, en aquellos casos bastante habituales en que se extraen los discos duros compactos del ordenador y solo se intervienen estos desmontando la carcasa de los equipos sin acceder a ningún tipo de dato en ese momento para una clonación posterior.

Desde que se recogen las muestras y piezas de convicción para acreditar la existencia del delito, y hasta que los mismos se convierten en pruebas en el momento del juicio, debemos garantizar que aquello en su momento intervenido es lo mismo que posteriormente sirve para obtener la convicción del juzgador con la debida intermediación, publicidad y contradicción de las partes en el momento del juicio.

Cada ciencia forense aplica una metodología sobre lo que estudia, analiza e informa, que requiere que el objeto de examen reúna una serie de garantías para poder ser analizado. Todos los elementos que deben servir al juzgador para obtener su convicción deben ser analizados, pero es necesario un análisis técnico y científico que

no puede realizarse de cualquier forma. Se imponen las garantías que derivan de la idea de obtener la «veracidad» que la aplicación científica debe alcanzar. El análisis de la información extraída de los equipos de almacenamiento masivo de datos requiere que los datos sobre los que se asienta, no ofrezcan duda sobre su procedencia y contenido. Estas garantías por una parte son propias, vienen especificadas y exigidas por cada ciencia pericial, por los protocolos forenses y por la propia lógica, garantizado la continuidad de la «cadena de custodia» que va a afectar en muchos casos a la propia verosimilitud de la prueba pericial.

7. El control judicial de las medidas tecnológicas de investigación.

En relación con el control de estas medidas tecnológicas que hemos examinado, la ley en el art. 588 sexies c), establece que la resolución del juez de instrucción mediante la que se autorice el acceso a la información contenida en estos dispositivos de almacenamiento masivo de datos, fijará los términos y el alcance del registro y podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos y al hacerlo la resolución debe fijar también las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial.

El señalamiento de la extensión del alcance de lo autorizado en el registro de los dispositivos, al margen de los casos de hallazgos casuales, debe estar vinculado a la actividad delictiva que previamente a la aprehensión se esté desarrollando, y en su caso a actividades conexas -art. 17 LECrim-. Pero la nueva regulación establece expresamente un control de estas medidas una vez adoptadas. Para ello la Policía Judicial informará al juez de instrucción del desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que este determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma (art.588 bis g). LECrim).

Además, la regulación establece que podrán acordarse las medidas de investigación reguladas en los siguientes capítulos aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas.588bis h). Esta opción posibilita extender la

intervención de la medida a terceras personas no investigadas; es decir, si en el domicilio fueran hallados equipos de almacenamiento de datos pertenecientes a terceros que pudieran albergar datos relevantes para la investigación también pueden ser intervenidos y accederse a su contenido. Para ello deben aplicarse los presupuestos y el mismo control que ya hemos indicado cuando los equipos pertenecen al investigado; debe habilitarse el acceso por resolución judicial motivada.

De cara a la intervención de los equipos, se contiene una previsión especial en la ley, en el art 588 sexies c/2), al establecer que salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen, se debe evitar la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos. Esta exigencia deviene obligada en parte por la protección que ha adquirido el entorno virtual del investigado. Lo que obliga en estos casos a realizar una clonación del equipo informático para evitar causar perjuicios y tal vez para dejar así constituida la fuente de prueba ya durante el registro.

También establece la ley para este supuesto concreto, art 588 sexies c/5), que las autoridades y agentes encargados de la investigación pueden ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria, siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para el afectado, bajo apercibimiento de incurrir en su caso en un delito de desobediencia. Es una previsión general difícil de encajar con la protección que venimos indicando y la necesidad de resolución judicial para acceder a los equipos que hace indispensable acceder a los mismos sin la preceptiva autorización motivada. Por supuesto, esta disposición no será aplicable al investigado o encausado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional. Siendo equipos informáticos cuyo interés a efectos policiales y de investigación radica en que pertenecen al investigado y albergan información relativa al mismo, parece difícil entender que otra persona que no sea el investigado pueda colaborar para acceder.

Además, si el acceso se produce sin consentimiento del investigado se estará violando su derecho a la intimidad y a la protección del entorno virtual.

Se trata de una previsión del legislador difícil de aplicar en la práctica, una especie de recordatorio de la obligación de colaborar con la administración de justicia que por supuesto no se aplica al investigado.

En cuanto al uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales, es una cuestión que ya hemos analizado expresamente en capítulos anteriores. Para estos supuestos que regulan la intervención de dispositivos electrónicos, se aplica la misma línea establecida por la jurisprudencia consolidada que hemos examinado. Esta doctrina establece que, el juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de esta no se están obteniendo los resultados pretendidos, y, en todo caso, los hallazgos casuales se regularan con arreglo a lo dispuesto en el artículo 579 bis. Estableciendo el precepto que la continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento.

8. La intervención policial de los dispositivos y equipos fuera del registro domiciliario

La Constitución contempla una reserva absoluta de la potestad jurisdiccional a los jueces y tribunales, en el art 117 CE. Dicha reserva de la potestad jurisdiccional es especialmente intensa cuando se trata de determinadas medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal, reservando exclusivamente a la resolución judicial la posibilidad de autorizar actos como pueden ser las entradas y registros en domicilio o la intervención de las comunicaciones art. 18.3 CE. Sin embargo, la intensidad parece que se relaja en algunas intromisiones y no existe precepto constitucional que contenga dicha reserva³⁶⁶ en relación con las actuaciones que afecten al derecho a la intimidad art. 18.1 CE.

Siguiendo la doctrina plasmada en la STC 281/2006 de 9 de octubre, podemos decir que no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial respecto a derecho a la intimidad personal y excepcionalmente se admite la legitimidad constitucional de que en determinados casos, y con precisa habilitación legal, pueda la Policía Judicial realizar determinadas prácticas que constituyen una leve injerencia en la intimidad de las personas, siempre que se respeten las garantías derivadas del principio de proporcionalidad.

Diferentes sentencias han reconocido en algunos casos y con la suficiente habilitación legal la posibilidad realizar determinadas prácticas o actuaciones policiales que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas, como por ejemplo la intervención de dispositivos sin previa autorización judicial (y sin consentimiento del afectado), siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad³⁶⁷.

Siguiendo la mencionada doctrina³⁶⁸ del TC, puede afirmarse que los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable para que pueda tener lugar una injerencia policial en el derecho a la intimidad art. 18.1 CE son los siguientes: un fin constitucionalmente legítimo, la existencia de habilitación legal, la urgencia en la intervención y de nuevo la proporcionalidad. Si analizamos el fin constitucionalmente legítimo, como hemos visto, el primer requisito es la necesidad de

³⁶⁶ Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 691/2009, de 5 de junio.

³⁶⁷ FJ 5.º de la STC 115/2013 y FJ 2.º de la STC 173/2011 , entre otras.

³⁶⁸ Por todas, SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4.º; 56/2003, de 24 de marzo, FJ 2.º; 281/2006, de 9 de octubre, FJ 4.º; y 142/2012, de 2 de julio, FJ 2.º.

determinar una serie de hechos relevantes para el proceso penal que indican la presencia de indicios delictivos. La habilitación legal implica que la medida limitativa del derecho a la intimidad está prevista en una ley anterior, conforme al principio de legalidad.

Se ha planteado si entraría en juego de cara a esta habilitación legal previa a la Policía la contenida en el art. 282 LECrim, de protección de la seguridad ciudadana que faculta a la policía para practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Practicando las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente. Entre estas diligencias podríamos hablar de la de examinar o acceder al contenido instrumentos o efectos, así como a los documentos o papeles que se le ocupen al detenido, realizando un primer análisis de estos, siempre que ello sea necesario de acuerdo con una estricta observancia³⁶⁹ de los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, al existir una norma especial como es la contenida en 588. Bis c) de la misma ley, por la aplicación de la norma especial, cuando los efectos, instrumentos o pruebas se encuentran alojados en dispositivos de almacenamiento masivo de datos será imprescindible la autorización judicial, no se puede orillar dicha resolución habilitante en virtud de la habilitación general contenida en el art 282 LECrim. En principio en estos casos parece que la urgencia podría justificar la intervención y precinto de los equipos informáticos, pero no el acceso a los datos en ellos contenidos, puesto que el peligro y la urgencia desaparece cuando los equipos se hallan desconectados y precintados.

³⁶⁹ Sentencias STC 115/2013, FJ 6.º; 173/2011 FJ 2.º y 70/2002 FJ 10.

Por otra parte, debemos contemplar que cuando se trata de investigación de grupos criminales que cuentan con la tecnología más avanzada, existe y así se ha detectado en algunas ocasiones algunos programas informáticos y aplicaciones que automáticamente borran el contenido o sobre escriben encima de lo anterior y con ello se pierde la información que se alberga en los equipos en caso de desconexión o intervención. En estos casos el precito y desconexión del equipo informático no sería una medida de investigación adecuada y si no se cuenta en ese momento con la autorización judicial, se frustrará la medida investigadora.

Siguiendo la casuística general, en caso de no contar con autorización judicial (o consentimiento del afectado), la actuación policial ha de estar justificada por razones de urgencia y necesidad. En la doctrina del TC se viene sosteniendo que la valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse ex ante, y es susceptible de control judicial ex post, al igual que el respeto del principio de proporcionalidad; la constatación ex post de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional³⁷⁰ así lo ha interpretado aplicando este principio en supuestos de intervención urgente, por ejemplo, ante la necesidad de averiguar la identidad de alguna de las personas que huyen al ser sorprendidas in fraganti custodiando un alijo de droga, para proceder a su detención evitando que se sustrajeran definitivamente a la acción de la justicia. Respetado siempre en estos casos el principio de proporcionalidad, concretado a su vez en tres condiciones: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

³⁷⁰ La STC 115/2013, de 9 de mayo, se refiere a un supuesto en el que los agentes de policía intervinientes, tras sorprender a las personas que se hallaban en el invernadero donde fue aprehendido el alijo superior a media tonelada de hachís, procedieron a recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito que encontraron en el lugar de los hechos, entre ellos dos teléfonos móviles encendidos (accediendo a la agenda de contactos de los mismos), lo que permitió la identificación del recurrente en amparo como usuario de uno de dichos terminales y, en consecuencia, la inmediata detención del mismo en su domicilio.

De la doctrina jurisprudencial se deducen la necesidad de respetar siempre en estos casos el principio de proporcionalidad, concretado a su vez las tres condiciones mencionadas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

a) Idoneidad de la medida: supone un acceso sin manipulación extraordinaria «con el acceso policial a las agendas de contactos telefónicos de los terminales móviles incautados en el lugar de los hechos —acceso que se limitó a los datos recogidos en dichas agendas, sin afectar a los registros de llamadas, y que no necesitó de ningún tipo de manipulación extraordinaria por parte de los agentes policiales, toda vez que para acceder a las funciones de los terminales móviles no fue necesario introducir contraseña o clave de identificación personal alguna, al hallarse encendidos los teléfonos móviles— se consiguió identificar como usuario de uno de dichos aparatos, y a la postre detener, al recurrente».

b) Necesidad de la medida: supone la ausencia de otra medida menos lesiva para el investigado, «no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito —la identificación de las personas que huyeron tras ser sorprendidas por la policía en el invernadero donde fue aprehendido el alijo de droga— con igual eficacia, toda vez que gracias a la identificación inmediata del recurrente como usuario de uno de los teléfonos móviles encontrados por los agentes de policía se pudo corroborar su presencia en el lugar de los hechos, así como obtener otras pruebas incriminatorias para fundamentar la convicción judicial sobre su participación en el delito contra la salud pública por el que ha sido condenado».

c) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto: conlleva una ponderación de los intereses en conflicto «se trató de una medida ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, dada la naturaleza y gravedad del delito investigado y la leve injerencia que comporta en el derecho a la intimidad del recurrente el examen de la agenda de contactos de su teléfono móvil».

CONCLUSIONES

I

Actualmente es habitual encontrar todo tipo de equipos electrónicos de comunicación y de almacenamiento masivo de datos durante la realización de cualquier registro domiciliario o incluso durante la un cacheo o un registro personal. Pensar en la práctica moderna de la diligencia del registro domiciliario obliga a analizar los derechos fundamentales que entran en juego en el registro del domicilio, al intervenir, acceder a los datos contenidos en estos equipos y volcar o clonar los datos que albergan en su interior. Obteniendo con esta diligencia una información que puede constituir una prueba de cargo fundamental dentro del proceso penal correspondiente.

En nuestra opinión todos los cambios que se derivan de la necesidad de intervenir estos equipos, los cuales son esenciales para la investigación penal, han transformado la práctica de este tipo de diligencias obligando a prestar especial atención cuando se trata de la incautación de este tipo de medios y su custodia.

II

La morada ha sido y sigue siendo un espacio consolidado de protección, un lugar en el que el individuo desarrolla aspectos propios de la vida familiar y de su intimidad. Se ha configurado como un espacio vedado a terceros en todos los sentidos que excluye el conocimiento ajeno. Pero para nosotros, este concepto tradicional de domicilio debe extenderse, a lo que se denomina actualmente por la jurisprudencia y la doctrina como el entorno virtual del investigado. En este sentido, la visión clásica del concepto de domicilio, de larga tradición histórica y fuertemente enraizada en nuestro ordenamiento, requiere ser completada con una perspectiva moderna del concepto, que incluya las exigencias impuestas por los avances tecnológicos y la aparición de las tecnologías de la información y la comunicación, como consecuencia de la globalización del comercio y las comunicaciones. Esta perspectiva moderna resulta

perfectamente compatible, incluso podríamos decir complementaria con la protección y garantías contempladas de forma tradicional en nuestro ordenamiento hasta la aparición de las nuevas tecnologías.

A la vista de la normativa y la doctrina jurisprudencial que hemos analizado, esta nueva configuración no supone prescindir y dejar de aplicar la protección y las garantías tradicionales para la protección del domicilio sino más bien añadir un plus: la exigencia de una justificación propia que hace necesaria y proporcionada la injerencia en el entorno virtual además de aquella que justifica entrar en la morada del investigado.

III

Los cambios tecnológicos han impuesto la introducción de una nueva regulación en el seno de la LECrim para dar respuesta a las exigencias que ha supuesto la aparición de estas nuevas tecnologías en la investigación y el proceso penal. Se regulan concretamente una serie de medidas en relación con equipos de almacenamiento masivo de datos, que necesariamente van a ser de aplicación durante un registro domiciliario puesto que afectan a dispositivos de uso cotidiano como teléfonos móviles u ordenadores.

Esta nueva normativa, difícilmente puede abordar de forma completa y detallada todos los aspectos inherentes a una tecnología en constante evolución. Pero proclama una serie de principios y requisitos definidos por el Tribunal Constitucional como esenciales para garantizar la validez de estos actos de injerencia en la intimidad del investigado, entre ellos y de modo muy señalado, el principio de especialidad conforme al cual la intervención de equipos electrónicos de almacenamiento de datos y el acceso a su contenido debe tener por objeto siempre el esclarecimiento de un hecho

punible concreto, prohibiendo de forma radical medidas de intervención e investigación tecnológica prospectivas o predelictivas.

En nuestra opinión será necesario seguir elaborando normas que adapten nuestro marco normativo a la permanente evolución de las nuevas tecnologías digitales, pero disponer de la actual regulación en esta materia es un avance loable frente a la situación existente con anterioridad a la reforma introducida en 2015 en nuestra LECrim.

IV

La aparición de las nuevas tecnologías ha provocado también una evolución en el concepto de domicilio inviolable. Hemos podido observar como el Tribunal Supremo, en sus resoluciones más recientes, ya desde sus sentencias 864/2015 y STS 777/2015, ha extendido dicho concepto de domicilio o espacio protegido al entorno virtual del investigado, configurando un espacio virtual en el que puede desarrollar su libertad individual y ejercitar los aspectos más íntimos que afectan a su persona, dejando al hacerlo su huella digital en los equipos electrónicos que pudieran ser intervenidos en el registro domiciliario.

La ampliación este concepto conlleva la protección de todos los aspectos inherentes a la personalidad del investigado, lo que afectará a todos aquellos datos reveladores de su personalidad puestos de manifiesto mediante las comunicaciones que realice o las relaciones que mantenga a través de internet.

Esta ampliación obliga a tener en cuenta también las normas que regulan la protección de datos en nuestro ordenamiento; en concreto la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, que traspone la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. Las autoridades policiales y judiciales tendrán que cumplir con las medidas necesarias para proteger los datos de los interesados, siendo el Consejo General del Poder Judicial el último responsable de velar por el cumplimiento

de estas medidas en el ámbito judicial, supervisando a través de los encargados de la protección el tratamiento de datos que tiene lugar en las oficinas judiciales.

Sin embargo, pensamos que queda pendiente a la doctrina jurisprudencial examinar y resolver los efectos que debe conllevar para la validez de la prueba penal la infracción por los investigadores de las normas que sirven para la protección de datos personales; no hay jurisprudencia hasta el momento que haya abordado esta cuestión.

V

La conectividad de los equipos informáticos que pueden intervenir en el registro de un domicilio permite deslocalizar a través de la red cantidades ingentes de información que puede ser muy relevante para la causa. Normalmente desde el domicilio se puede acceder a esta información deslocalizada, mediante los equipos intervenidos a través de internet. Esta conectividad ofrece una nueva perspectiva del domicilio y de la investigación judicial en lo que a la posible intervención de efectos que se pueden hallar durante una entrada y un registro se refiere.

Sin embargo, en nuestra experiencia, aunque la habilitación judicial ampararía ese acceso, en la práctica nos encontramos que cuando el investigado no facilita voluntariamente las claves que estos dispositivos requieren para conectarse al servidor o manifiesta no recordar dichas claves o contraseñas, no va a ser posible acceder por los investigadores a dicha información; habrá que poner los dispositivos en modo vuelo para evitar su alteración e intentar acceder a los datos oficiando al responsable del servidor telemático. El resultado final suele ser negativo dado que los servidores suelen encontrarse en localizaciones remotas y las grandes compañías que prestan estos servicios no suelen acceder a la desprotección cuando se solicita a través del oficio o la comisión rogatoria correspondiente, dando prioridad a la confidencialidad de los datos de sus clientes frente a la reclamación de la autoridad extranjera con objeto de una investigación penal.

Nos parece de suma importancia implementar mecanismos internacionales de cooperación que aseguren a los agentes investigadores de cada país poder acceder a esta información de forma rápida y eficaz cuando la misma se encuentra alojada en servidores de compañías en un país extranjero.

VI

La utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación facilita la comisión del delito, pero también permite su localización geográfica y la identificación de sus autores, al obtener los datos de tráfico de sus comunicaciones, imágenes, conversaciones, o reflejando todo tipo de información personal y privada. Ello porque pueden ser identificados al conectar el equipo a la red de comunicación, a través de la IP o de tecnología celular, quedando sus datos registrados en los accesos o en las celdas correspondientes a antenas cercanas al lugar de comisión del delito, enviando la señal desde las proximidades al lugar de comisión del delito los terminales que allí se encuentran en el momento de su comisión. El autor del delito puede apagar sus equipos en el momento de cometer el delito, sabedor de los datos que pueden proporcionar las empresas de servicios a los investigadores al rastrear los datos de conexión, pero el terminal de la víctima enviará datos a los repetidores próximos hasta el lugar de comisión del delito, lo que permitirá situar al menos la hora y lugar de conexión y reconstruir los momentos previos al delito.

Esta conectividad y el registro de datos asociados convierte en prueba esencial para la investigación el acceso a los datos de conectividad y los terminales asociados al lugar donde se ha cometido el delito cuando no existen otro tipo de evidencias. En nuestra opinión, a la vista de la regulación y la doctrina jurisprudencial actual, estos datos en ocasiones esenciales al comienzo de la investigación, se pueden facilitar por la compañía prestadora del servicio a los agentes sin necesidad de autorización previa y sin perjuicio que para la desprotección posterior del titular de la IP sea necesario la

previa habilitación judicial tal y como lo establece la STS del pleno de la sala segunda de 23 de febrero de 2010.

VII

La fijación del alcance de la protección constitucional que dispensa el art 18.2 CE debe partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria hoy en día puede ser de naturaleza física o virtual. A este respecto el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que dicha tutela constitucional protege, tanto de la irrupción no consentida del intruso en el domicilio, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes. El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscribía el art. 18 de la CE. La doctrina jurisprudencial más reciente entiende que se vulnera esa prohibición cuando sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado.

En nuestra opinión, es importante que esta reciente interpretación sea tenida en cuenta por los agentes de la policía judicial al llevar a cabo las diligencias de investigación, especialmente en los seguimientos a los objetivos investigados, debiendo solicitar autorización judicial si necesitan emplear este tipo de medios.

VIII

En la era digital el individuo desarrolla gran parte de su actividad en entornos virtuales, con reflejo en su entorno digital y en los equipos informáticos utilizados, que recogen gran cantidad de aspectos privados que afectan al desarrollo de la intimidad inherente a la persona por la información que se refiere por ejemplo a creencias religiosas, orientación sexual, orientación política, sentimientos familiares, Información que quedará contenida en archivos o carpetas en el equipo informático o información que proviene de las búsquedas realizadas en internet y quedará reflejada en la red.

Debemos tener presente que la reforma introducida en la LECrim por LO 13/2015 ha regulado expresamente en el art. 588 sexies a) este supuesto consistente en la aprehensión de equipos de almacenamiento masivo de datos como ordenadores personales o teléfonos móviles e instrumentos de comunicación que permiten el acceso a repositorios telemáticos de datos durante la práctica de un registro domiciliario, estableciendo la necesidad de que la resolución que autoriza la entrada, contenga un razonamiento específico que extienda la justificación a las razones que legitiman el acceso por los agentes autorizados a la información contenida en tales dispositivos para que sea posible su intervención, garantizando así que la injerencia en estos supuestos esta justificada por el fin que persigue la investigación criminal.

Con base en lo anterior consideramos que la regulación actual obliga siempre a dedicar una parte específica del auto que habilita la entrada y registro en un domicilio a los términos y el alcance de la intervención de equipos de almacenamiento masivo de datos y a la posibilidad de acceder al contenido que los mismos puedan albergar. El acceso a estos datos sin esta autorización dará lugar a la nulidad absoluta de la diligencia y de todos los medios de prueba que de ella se pudieran derivar por aplicación de la “doctrina de los frutos del árbol envenenado” consagrada por STC 114/1984, en relación con el art 11 LOPJ. Si el acceso a los datos contenidos en los equipos es ilícito las pruebas que se deriven de ese acceso sin autorización también son ilícitas, no pudiendo ser tenidas en cuenta por haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales.

IX

Conforme a lo establecido en el art. 588 sexies a) LECrim, existen dos momentos en que es posible acceder al contenido albergado en los equipos de almacenamiento masivo de datos. El primero durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario; si el auto habilitante autoriza a acceder a los datos contenidos en los equipos los agentes pueden acceder a ellos en el mismo momento de su incautación. En caso contrario no podrán hacerlo sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado en un momento posterior por el juez competente.

Esto obliga a distinguir dos actuaciones: la intervención de los equipos y el acceso a los datos en ellos contenidos. Sin la habilitación inicial podrán intervenir los equipos, que deben quedar precintados y custodiados haciendo constar en acta su intervención y precinto para posteriormente, una vez justificada la necesidad de acceder a esos datos, en una resolución posterior, el juez competente acuerde el acceso y el clonado o volcado de los datos. El clonado o volcado posterior se deberá realizar siempre previa comprobación por el Letrado de la Administración de Justicia competente que los precintos no han sido alterados y no ha habido ninguna manipulación del contenido de los equipos.

En nuestra opinión es importante que los precintos sean firmados durante su intervención por el LAJ para garantizar que no se ha producido ninguna alteración en los equipos hasta obtener la autorización pertinente para acceder a ellos. Además en el momento de acceder al volcado deberá levantarse nueva acta por el Letrado de la Administración de Justicia haciendo constar la fecha del acceso y el estado de los precintos, el “código HASH” o la “huella digital” correspondiente a cada archivo clonado, así como cualquier incidencia relevante que se pueda producir en el acceso y desprecinto de los equipos.

En este sentido será imprescindible durante el clonado o volcado la presencia del Letrado de la Administración de Justicia y la convocatoria a todas las partes para que si así lo desean puedan estar presentes en el acto, al tratarse de una prueba constituida.

Conviene recordar que la diligencia de entrada y registro ha de ser introducida en el plenario a través de la lectura del acta levantada por el Letrado de la Administración de Justicia conforme a lo dispuesto en el art. 730 LECrim, debiendo darse íntegra lectura a dicha acta sin que pueda surtir efecto probatorio alguno la mera solicitud a su introducción con el formulismo “documental por reproducida”. Como han reiterado tanto el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo con ocasión de la interpretación del art. 730 LECrim resulta que “sólo la prueba documental leída en el juicio oral es susceptible de erigirse en acto de prueba que pueda desvirtuar la presunción de inocencia” y, a este respecto el artículo citado únicamente autoriza leer en juicio aquellos documentos que reflejan hechos irreproducibles como la diligencia de entrada y el volcado o clonado.

X

Cuestión importante en la práctica de la diligencia de volcado y clonado es la relativa a la necesidad o no de la asistencia del abogado del investigado en esta actuación.

La volatilidad y facilidad de alteración de los datos informáticos contenidos en este tipo de soportes aconsejan con la finalidad de garantizar la integridad de la prueba, que el registro y análisis de los dispositivos de almacenamiento se practique sobre copias y no sobre los originales. El copiado de dispositivos de almacenamiento masivo de información puede llevarse a cabo de dos formas. Mediante el clonado, que consiste en la realización de una copia espejo o copia bit a bit de la información original, o mediante la realización de una copia lógica o volcado de datos, es decir, una copia selectiva de ciertas carpetas o ficheros.

En caso de optar por la solución de copias selectivas será fundamental aquí la labor del Letrado de la Administración de Justicia para, en presencia de los abogados de las partes, verificar y en su caso cotejar que los archivos seleccionados son los relevantes para la causa, que no se extraigan e incorporen contenidos irrelevantes propios exclusivamente de la intimidad del investigado, ni se pase por alto archivos que pudieran estar relacionados con el delito investigado.

XI

Cuando sea previsible la intervención de equipos de almacenamiento masivo de datos en un registro domiciliario, la resolución del juez de instrucción mediante la que se autorice el acceso a la información contenida en los dispositivos intervenidos, debe fijar en su caso los términos y el alcance del registro y puede autorizar la

realización de copias de los datos informáticos; es decir el clonado o el volcado informático de los equipos intervenidos. Pero en relación con sus términos, es muy importante tener en cuenta los plazos señalados en la LECrim para la instrucción de las causas penales. La ley fija actualmente en doce meses el plazo para la instrucción de los procedimientos penales. Si en este plazo no se declara la complejidad de la causa de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación, se perderá la posibilidad de practicar aquellas diligencias que no se hubieran acordado. Si la investigación es compleja con anterioridad a la finalización del plazo podrán acordarse prórrogas sucesivas por periodos iguales o inferiores a seis meses.

La doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es clara al considerar expresamente que los plazos que viene previstos en el art. 324 LECrim son de carácter propio y preclusivo, con las consecuencias que de tal categorización se derivan.

La investigación de las causas complejas puede durar varios años, recogiendo muchos meses de seguimientos y conversaciones intervenidas, por ello nos parece de máxima importancia que durante la instrucción se establezcan mecanismos o protocolos que eviten que se superen los plazos de instrucción, para evitar que en el momento en que se acuerdan los registros, con la intervención de equipos de almacenamiento o su posterior volcado de datos nos encontremos fuera de plazo, asegurando que, durante los meses o años de instrucción, se hayan ido acordando las prórrogas necesarias.

Si los registros o el volcado posterior de los datos son acordados fuera de plazo no podrán practicarse; su práctica daría lugar a la nulidad absoluta de lo acordado fuera de plazo, con los efectos que antes hemos indicado. Dado que la redacción actual del art. 324 LECrim fija en doce meses el plazo para la instrucción de los procedimientos penales, nosotros consideramos conveniente un protocolo que establezca una revisión anual de estas causas por los juzgados de instrucción, llevando un control constante de los plazos en estas causas.

XII

Una vez se han obtenido los archivos extraídos a través del volcado o el clonado de los equipos informáticos o de almacenamiento se plantea el problema de su custodia y conservación hasta el momento del juicio oral en el que jugarán su importante papel como prueba de cargo o descargo. La resolución judicial que autoriza a acceder a los datos contenidos en los equipos informáticos intervenidos deberá establecer las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial, lo que se suele denominar cadena de custodia de los efectos intervenidos. Es esencial que no exista ninguna sombra sobre la posibilidad de manipulación de los datos contenidos en los equipos intervenidos por los agentes actuantes durante la custodia de los equipos.

En caso de clonación de equipos los problemas en cuanto a la cadena de custodia se plantean únicamente hasta el momento de la extracción de la información, porque después de la extracción si ésta ha tenido lugar con las garantías que ofrece la “huella digital” o “código hash” no existe riesgo de manipulación; las partes dispondrán de una copia de exacta coincidencia con el disco original que quedará custodiado en el juzgado correspondiente bajo la responsabilidad del Letrado de la Administración de Justicia y cuya autenticidad puede ser verificada en cualquier momento a través de la coincidencia de “código hash” o “huella digital” de cada archivo, es decir, por tener la misma huella digital los dos archivos.

Sin embargo, en aquellos casos en que no se utilice el sistema hash o sistema de algoritmos para proteger los archivos mediante la huella digital se pueden plantear problemas en cualquier momento desde la aprehensión de los equipos informáticos, hasta su aportación al juicio como prueba, pues los archivos informáticos si no han quedado protegidos pueden ser modificados, debido a que por su propia naturaleza pueden ser modificables en mayor o menor medida. La escasa disponibilidad en la práctica de equipos para realizar el volcado hace que exista un gran número de causas pendientes, cuya instrucción se encuentra suspendida a la espera de que la policía judicial pueda realizar una clonación de los equipos intervenidos, pudiendo alargarse perjudicialmente la espera, ralentizando de forma severa la instrucción de causas

importantes. Como es lógico se da preferencia a las causas más graves y especialmente a la investigación de los delitos contra la vida de las personas lo que obliga a relegar el resto de las causas.

En nuestra opinión la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene una regulación unitaria y sistemática sobre los requisitos y garantías de la cadena de custodia, teniendo en cuenta las dos posibilidades existentes en la custodia de los equipos. Se hace necesario en la investigación policial y en el proceso penal, un protocolo similar al existente para muestras toxicológicas que regule la forma en que se deben intervenir y custodiar por los agentes las evidencias de carácter tecnológico y las procedentes de equipos informáticos de almacenamiento masivo de datos, con un informe detallado desde el primer momento de su incautación, para evitar cualquier duda sobre la posibilidad de manipulación de los equipos hasta el momento del clonado o volcado de datos.

XIII

Los avances que llevan aparejados las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, entre los que hay que incluir el aumento casi ilimitado de la capacidad de almacenamiento e intercomunicación de los actuales equipos electrónicos de almacenamiento de datos, pueden facilitar la investigación delictiva en los tipos penales que se sirven para su comisión de Internet o en la conocida como darknet. También pueden ayudar en la investigación de la criminalidad que podríamos llamar clásica, avances como los existentes en la investigación forense; por ejemplo, la elaboración de perfiles genéticos o el análisis y el acceso a los datos que se comunican a través de las nuevas tecnologías.

Dentro de este tipo de diligencias se ha mostrado especialmente útil la reconstrucción de discos duros de equipos intervenidos, que a pesar de ser hallados dañados o borrados han sido recuperados por los peritos informáticos. Sin embargo, es una diligencia costosa que en ocasiones se encarga a especialistas o empresas externas porque el Estado no cuenta con los profesionales necesarios para ello, al encontrarse los equipos de agentes especializados y unidades expertas en informática desbordados de tarea. Sería aconsejable que se diese prioridad a perfiles de especialista en este tipo de medios digitales para poder contar con la pericia necesaria en la investigación policial y forense.

XIV

Resulta evidente la exigencia de un razonamiento en la autorización para acceder a los datos que contienen este tipo de dispositivos también aplicable a aquellos casos en los que los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, sean aprehendidos por los agentes de fuerzas y cuerpos de seguridad, en una intervención diferente a un registro domiciliario.

En tales casos, los agentes pondrán en conocimiento del juez la incautación de tales efectos y si éste considera indispensable el acceso a la información albergada en su contenido, deberá otorgar la correspondiente autorización con el razonamiento que justifique el acceso a los datos que albergan los equipos.

La necesaria autorización por medio de auto produce como efecto necesario la judicialización de la investigación policial; es decir los agentes no pueden acceder a los equipos. Deberán intervenirlos, reseñarlos y confeccionar el atestado y los oficios que les permitan acceder a la autorización judicial, porque no se puede dictar un auto de habilitación si no es una vez que se ha incoado el procedimiento judicial correspondiente al efecto de valorar la gravedad de los hechos y el bien jurídico

protegido. No cabe la posibilidad de ninguna situación en la que provisionalmente los agentes puedan acceder al contenido de estos equipos puesto que la necesidad de habilitación es expresa.

XV

Durante la práctica de un registro con relativa frecuencia suelen aparecer indicios de la existencia de otros delitos diferentes, que pueden ser conexos o no con aquel que se está investigando. En estos casos cuando la entrada domiciliaria se autoriza para la investigación de un delito, esta autorización justifica la intromisión en la intimidad o privacidad del morador y no se deroga por el hecho de hallar indicios que puedan llegar a probar la comisión de un delito diferente; sin embargo, puede llevar a cuestionar la legitimidad de aquellas pruebas obtenidas de un modo casual.

Como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1992 “en la medida en que, ya durante la diligencia se descubrieran presuntamente otros delitos distintos, sólo el Juez habría de decidir si los mismos eran o no conexos y si procedía extender el mandamiento y consiguientemente el objeto del registro con la adopción de cuantas prevenciones correspondieran en Derecho”

En nuestra opinión se debe aplicar en primer lugar el principio de proporcionalidad, valorando objetivamente que la investigación y las pruebas encontradas de forma casual se refieren a un delito grave que justifique autónomamente la concesión de una autorización habilitante para invadir el domicilio de la persona o personas sospechosas. Si la investigación de este delito cuyo descubrimiento ha sido casual lo justifica, no sería necesario presentar un oficio nuevo al Juez de Guardia señalando las circunstancias concurrentes para que se dicte un segundo auto acordando la entrada y registro. Pero será esencial la actuación del Letrado de la Administración de Justicia, dejando constancia en acta del hallazgo casual por los agentes y de la suspensión momentánea del registro, dando cuenta al juez instructor para que este lo

pueda autorizar verbalmente. Por ejemplo, comunicándolo a través del móvil de guardia el Letrado de la Administración de Justicia al Juez de guardia, para que pueda dar su autorización para continuar el registro interviniendo también los efectos relacionados con el nuevo delito investigado.

Conforme a los principios generales del proceso penal, se hará referencia por el LAJ en el momento del registro a estas circunstancias, a la autorización obtenida telefónicamente para continuar el registro, así como todas las incidencias acaecidas durante la entrada y registro del domicilio, para dictar posteriormente un auto de ampliación al nuevo delito investigado.

Es importante tener en cuenta que como consecuencia de la presencia del Letrado de la Administración de Justicia, viene señalando la jurisprudencia como presupuesto esencial para la validez del registro domiciliario, la fe pública judicial, que se limita a lo que se contempla en el acta judicial, de suerte que lo que no aparezca en ella, no existe procesalmente hablando y está extramuros del registro domiciliario sin que pueda ser reservado ni incorporado al activo probatorio a través de la declaración de los agentes policiales actuantes.

XVI

Una cuestión importante y desde hace tiempo debatida en la práctica de la diligencia que estamos examinando, es la relativa a la necesidad o no de la asistencia de abogado al investigado en la práctica de la entrada y durante el registro.

La respuesta que se viene dando a dicha pregunta, por los cuerpos y fuerzas de seguridad actuantes es por lo general en principio negativa; ningún precepto de los que regulan la entrada y registro en la LECrim exige para su práctica la asistencia letrada al interesado en la diligencia. Sin embargo, basta con fijarse en los motivos de nulidad de la prueba que suelen aducirse, o con acudir a la práctica diaria de las autorizaciones judiciales de entradas y registros, para comprobar que la contestación a nuestro interrogante no puede despacharse con una respuesta simple afirmativa o negativa para

todos los casos; es necesario articular distintas situaciones, en función de los diferentes límites que pueden entrar en juego. Esta cuestión depende de distintas variables, pudiendo abordarse distinguiendo como hace el art. 18.2 Constitución Española, los supuestos en que la entrada y registro se practica en virtud del consentimiento del detenido, de aquellos otros casos en que se autoriza judicialmente y al mismo tiempo, diferenciar según el interesado coincida o no con el investigado y se encuentre el mismo detenido o no.

En el caso de registro consentido voluntariamente por el morador será imprescindible la asistencia de abogado para que el morador pueda prestar su consentimiento válidamente; la jurisprudencia claramente ha establecido que no hay consentimiento informado sin asistencia del abogado para que el investigado pueda conocer las consecuencias que pueden derivarse de esta diligencia. En el registro con autorización judicial la situación, en nuestra opinión, es diferente ya que a la vista de la jurisprudencia analizada debemos distinguir según el detenido estuviese o no detenido. Estando detenido la asistencia de abogado es imprescindible, pero si no lo estuviera dependerá o no de su solicitud una vez informado de esta posibilidad por el Letrado de la Administración Justicia al comenzar el registro. Es decir, en este último supuesto al comenzar el registro y notificar el auto que acuerda la entrada, el Letrado de la Administración de Justicia actuante debe informar al investigado de sus derechos, entre ellos el de estar asistido de abogado en la práctica de todas las diligencias de investigación y si así lo solicita suspender el registro hasta poder contar con la asistencia de abogado.

En nuestra opinión debe tenerse siempre presente la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, según la cual la presencia del abogado es necesaria en garantía del principio de contradicción y defensa del investigado estando el mismo detenido, tanto si la misma se ampara en el consentimiento del investigado como cuando tiene lugar en virtud de habilitación judicial. Asistencia obligada en aplicación y garantía del derecho fundamental de defensa proclamado en el art.24 CE. Queremos llamar la atención sobre este punto, porque a pesar de ser una cuestión aparentemente clara en la doctrina jurisprudencial, con frecuencia nos encontramos dudas en su aplicación a la hora de llevar a cabo en la práctica el registro domiciliario del investigado.

XVII

Una última conclusión se refiere a la situación que se plantea ante la práctica de varios registros simultáneos en un mismo partido judicial. Es relativamente frecuente que en operaciones contra el crimen organizado se practiquen gran cantidad de registros domiciliarios por la existencia de una pluralidad de investigados con una gran variedad de domicilios. La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo considera nula de pleno derecho (como prueba ilegal) la diligencia de entrada y registro, cuando se practica en ausencia del Letrado de la Administración de Justicia, así como de todos los efectos que se derivan de la misma.

La presencia del Letrado de la Administración de Justicia, por imperativo legal, es *conditio sine qua non* para la validez de la diligencia de entrada y registro, sin ella nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho.

Esta imperativa presencia del LAJ, cuando exista una pluralidad de registros acordados de forma simultánea se ha de resolver necesariamente acudiendo a la sustitución de funciones prevista en el artículo 451.2 de la LOPJ. Sin embargo, los problemas vienen cuando no existen suficientes LAJS en activo en el partido judicial para poder acudir a todos los registros simultáneos. En esta situación la única solución factible, siendo necesario practicar dos o más registros y estando disponible un único Letrado de la Administración de Justicia, será la de entrar en el primero de los domicilios suspender el registro, precintar la vivienda, practicar la segunda entrada y una vez terminada la segunda volver a la primera, que habrá quedado vigilada desde el exterior por los agentes, desprecintar y continuar con el primer registro que fue suspendido.

Sirve para fundamentar esta forma de proceder la solución desarrollada en algunas resoluciones como la STS 171/2007, de 26 de febrero, indicando que la Ley procesal distingue «entre la entrada y el registro». Mientras que para la primera acción los agentes policiales pueden acceder a la vivienda si tienen «un mandamiento judicial

que amparaba la entrada en la misma», en cambio, para el registro es necesario «la asistencia y el concurso del fedatario judicial».

En nuestra opinión y dado que la diligencia de entrada y registro es esencial en operaciones contra el crimen organizado, sería importante implementar las medidas necesarias a nivel estatal, para que en estos casos, cuando se trata de operaciones a nivel nacional o internacional, se pueda contar con los refuerzos necesarios procedentes de los órganos judiciales especializados, que aseguren la posibilidad de contar con tantos Letrados de Administración de Justicia como registros se han de practicar, evitando los problemas que se pueden derivar de la suspensión del registro de la vivienda para su precinto y continuación posterior.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, ROBERT; *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de estudios Constitucionales.

ALMAGRO NOSETE, JOSÉ; *Instituciones en Derecho Procesal*, Madrid, 1993, T. I, vol. I.

ALONSO PÉREZ, FRANCISCO; «El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro» en *Revista La Ley*, núm. 7, 2002, pág. 1967-1972.

ANTÓN ONECA, JOSE y RODRÍGUEZ MUÑOZ, JOSE ARTURO; *Derecho Penal. II*, Ed. Gráfica Administrativa, Madrid, 1949.

ARAGONESES MARTÍNEZ, SARA; *Derecho Procesal Penal*, ed. Universitaria Ramón Areces, 2008.

ARA PINILLA, IGNACIO; «Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática». En *El fundamento de los Derechos Humanos*. Ed. Debate. Madrid. 1.989. Pág. 58 - 62.

ARANGÜENA FANEGO, CORAL; «Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 58 (2017), página 905-939.

ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA; *Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, 2008.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2.^a ed., Madrid.

BARRANCO AVILÉS, MARÍA DEL CARMEN; *La teoría jurídica de los Derechos Fundamentales*. Ed. Dykinson. Madrid. 2.000.

BARRIENTOS PACHO, JESÚS MARÍA; «Entrada y registro en domicilio particular», en *La prueba en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 2000, págs. 299-340.

BELLAMY, JOHN; *Digital Telephony*, ED Wiley, 1º edición, New York.,1996

BUJOSA VADELL, LORENZO, «Imputación y detención policial: perspectiva española», en *Revista chilena de Derecho y ciencia política*, Vol. 3, Nº. 2, 2012, págs. 11-35

BUJOSA VADELL, LORENZO, «La asistencia judicial en materia penal en la Unión Europea», en *Revista de Derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas*, Nº. 12, 2009, págs. 73-86

CABEZUDO RODRIGUEZ, NICOLÁS; «Ciberdelincuencia e investigación criminal». *Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Boletín del Ministerio de Justicia. Núm 2186. Pág 7-55.

CABEZUDO BAJO, MARÍA JOSE; *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, ed. Iustel, 2004.

CALVET BOTELLA, JULIO; «Incidencias surgidas en la aplicación de las atribuciones conferidas al secretario Judicial en la Ley Orgánica del Poder Judicial», en *La Fe Pública Judicial (III Jornadas)*, págs. 74 - 75.

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSE LUIS; «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del

domicilio» en *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999., pág. 299 - 303.

CASAS VALLÉS, RAMÓN; “Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad”. *Revista jurídica de Catalunya*. Vol. 86, Nº 1, 1987, págs. 169-198

CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL; «La prueba en el proceso penal: el documento electrónico», *Revista de Derecho Penal Lex Nova* núm. 29, enero 2010, pág. 11 – 43.

CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL; «Intervención de comunicaciones telemáticas y hallazgos casuales», en Cachón Cadenas, M. y Franco Arias, J. (coords.), *Derecho y proceso: Liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Vol. 1, Ed. Atelier, Barcelona, 2018, págs. 571-604

CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL; «La deficiente regulación de los hallazgos casuales y su análisis jurisprudencial», en Castillejo Manzanares, R. (dir) y Alonso Salgado, C. (coord.), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2019, págs. 181-224

COBO DEL ROSAL-VIVES, ANTÓN; en *Derecho Penal (Parte Especial)*, 2.^a ed., de 1988.

COLOMER HERNADEZ, IGNACIO MARÍA; «A propósito de la compleja trasposición de la directiva 2016/680 relativa al tratamiento de datos personales en el proceso penal», en *Diario la Ley*, nº 8 9179, 2018. Sección doctrina 17.

CUCHI DENIA, JAVIER MANUEL; «La diligencia judicial de entrada y registro: presupuestos constitucionales a la luz de la jurisprudencia», en *Revista Jurídica Diario la Ley*, núm. 7354, Sección doctrina 3 de marzo de 2010.

CRISTIAN HUITEMA. *Routing in the internet*. Upper Saddle River, New Jersey. Prentice-Hall, 2000. 2ª ed.

DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT; «Reflexiones acerca de la propuesta de Reglamento UE sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal», en *Revista General de Derecho Procesal*, Nº. 58, 2022

DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN; «La prueba electrónica en el proceso penal». En *Diario la ley*. Nº 8167, *Sección Doctrina*, 10 de octubre de 2013.

DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN; «Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015», *Diario La Ley*, núm. 8693, *Sección doctrina*, 2 de febrero de 2016, pág. 3

DE LLERA SUAREZ BARCENA, EMILIO; *Derecho procesal penal*. Tirant lo Blanch, 1997.

DÍAZ LEMA, JOSE MANUEL; “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?”. *Revista de administración pública*. Nº 120, 1989, págs. 79-126.

DIEZ-PICAZO, LUIS MARÍA; *Sistema de Derechos fundamentales*. Ed. Thomson-Civitas. 3ª Ed. Pamplona 2008.

ECKHOFF, ROLF; *Der Grundrechtseingriff*. C. Heymann, 1992.

ESPÍN TEMPLADO, EDUARDO; *Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. Centro de Estudios Constitucionales, (1991).

GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO; en *Derechos Fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Ed. Civitas. Madrid. 1.994.

GARCÍA ITURRIAGA, MIGUEL; *Las libertades públicas en la sociedad actual*. Ed. Ministerio del interior, Madrid 1979.

GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN; *El amparo judicial de los derechos fundamentales*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid 1.985.

GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN; *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1.994.

GARRIDO CARRILLO, FRANCISCO JAVIER; «Insuficiencias y limitaciones de la orden europea de investigación (OEI)», en *Revista de estudios europeos*, N° monográfico 1, 2019, págs. 206-224.

GARRIDO CARRILLO, FRANCISCO JAVIER, «La fe pública judicial y la documentación de los actos judiciales en la administración de justicia digitalizada (1) (2)», en *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, N°. 79, 2011

GIL HERNÁNDEZ, ÁNGEL; *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Ed. Colex. Madrid, 1995.

GIMENO SENDRA, VICENTE; *Derecho Procesal Penal*, ed. Colex, 2008, pág. 259

GIMENO SENDRA, VICENTE; «El Secretario Judicial en el futuro proceso penal», en *La Fe Pública Judicial (III Jornadas del colegio nacional de secretarios judiciales)*, pág. 103.

GARCÍA VICTORIA, AURORA; *El derecho a la intimidad en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978*. Aranzadi 1983.

GARRIGUES WALKER, ANTONIO; «Tecnología, ciencia y derecho. La revolución que viene», en *Revista del Consejo General de la Abogacía española*. Noviembre 2016. Pág 50-56.

GÓMEZ COLOMER, JOSE LUIS: «El registro domiciliario por motivos de seguridad». *Actualidad Jurídica Aranzadi* 1994, núm. 138, pág. 2-8.

GÓMEZ COLOMER, JOSE LUIS; «Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español», en *Revista de Derecho Procesal*, 1993, núm. 3, págs. 581 - 582.

GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL. (DIRECTORA.VARIOS AUTORES); «Orden Europea de Investigación y entrada y Registro». En *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia 2019.Pag 298-305.

GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS; «Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital», en *Prueba y proceso penal*, Valencia, 2008, págs. 15-16.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLAS; *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Proceso Penal*. ed. Colex, 1990.

GONZÁLEZ TREVIJANO, PEDRO JOSÉ; *La inviolabilidad del domicilio*. Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, FAUSTINO; *Diccionario de Derecho Romano*. Reus, 3ª ed., Madrid, 1982.

IGLESIAS-REDONDO, JUAN; *Repertorio Bilingüe de Definiciones, Reglas y Máximas Jurídicas Romanas*. Cívitas, Madrid, 1986.

IGLESIAS SANTOS, JUAN; *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Ariel, 10ª ed., Barcelona, 1990.

FREIXES SANJUÁN, TERESA. *Constitución y Derechos Fundamentales*. Ed. PPU. Barcelona 1.992. Pág. 71.

JIMENO BULNES, MAR; «La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 48, 2014, págs. 443-489.

JIMENO BULNES, MAR; «La prueba transfronteriza y su incorporación al proceso penal español, » en González Cano, I. (coord.), *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 719-766.

JORGE BARREIRO, AGUSTÍN; *El allanamiento de morada*, Tecnos, Madrid.1987.

KOFI ATTA ANNAN; *Discurso inaugural de la primera fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información*. Ginebra 2003.

LALINDE ABADÍA, JESÚS; *Derecho Histórico Español*. Ariel, Barcelona, 1974.

LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSE IGNACIO; *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo*. Ed. Universidad de Sevilla. 1988.

LÓPEZ ORTEGA, JUAN JOSÉ; «La intimidad como bien jurídico protegido», en *Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado a «Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)»*, ed. CGPJ y Escuela Judicial, Madrid, 1996, págs. 287-295.

LORENZO RODRÍGUEZ ARMAS, MAGDALENA; *Análisis del contenido esencial de los derechos Fundamentales en el artículo 53.1 de la Constitución Española*. Ed Comares. Granada 1996.

LUCAS VERDÚ, PABLO; «Inviolabilidad del domicilio» en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Sexta, Ed. Francisco Seix, S.A., t. XIII, Barcelona, 1968,

LUCENA MOLINA, JOSÉ JUAN; ESCOLA GARCÍA, M.A. y PARDO IRANZO, V. «Elementos para el debate sobre la valoración de la prueba científica en España: hacia un estándar acreditable bajo la norma ISO 17.025 sobre conclusiones de informes periciales», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, Nº. 2, 2011.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, MERCEDES; *La orden europea de investigación y su incorporación al derecho español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MARTINEZ PUJALTE, ANTIO LUIS; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Ed. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1.997.

MARTÍN CONTRERAS, LUIS; «Pasado, presente y futuro del Secretario Judicial», en *La Fe Pública Judicial (III Jornadas)*, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, 1987, pág. 32-37.

MARTÍN RETORTILLO, LORENZO y OTTO Y PARDO, IGNACIO; *Derechos fundamentales y Constitución*. Ed. Cívitas. Madrid. 1.988

MELHORN, KURT y SANDERS, PETER; «Las herramientas básicas», en *revista de algoritmos y estructuras de datos*. Noticias volumen 42, de 4 diciembre 2011. New York. pág 26–29

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; *Derecho Penal. Parte Especial*. 12.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

MORILLAS CUEVAS, LORENZO; «El art. 20 de la CE y los delitos de desacato», en *Anuario de Derecho y Ciencias penales*. 1981, pág. 334-342

NIKKEN, PEDRO; *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Ed. Cívitas. Madrid. 1.987

ORTELLS RAMOS, MANUEL; *Derecho Jurisdiccional. III. Proceso penal*. E. Bosch, Barcelona, 1994

ORTELLS RAMOS, MANUEL; «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de Derechos Fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional» en *Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales. Cuadernos de derecho judicial*. Escuela Judicial. 1996, pág. 16 – 17

PARDO IRANZO, VIRGINIA. «La valoración de la prueba penal», en *Revista Boliviana de Derecho N.º 2*, 2006, págs. 75-86

PECES-BARBA, GREGORIO; *Derecho y Derechos Fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1.993.

PECES-BARBA, GREGORIO; *Curso de Derechos Fundamentales*. Ed Boletín oficial del estado. Madrid, 1995

PECES-BARBA, GREGORIO. «Génesis de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en la Constitución española de 1978», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 6, abril 1989, pág. 39-41

PELLISÉ PRATS, BUENAVENTURA; *Nueva enciclopedia jurídica XX*. Editorial Francisco Seix. 1993

PEÑA FREIRE, ANTONIO MANUEL.; *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Ed. Trotta. Madrid .1997

PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE; *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos. Madrid 1.984.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTIN JESÚS; *Derecho Procesal Penal*. ed. Thomson Reuters, 2009

PILLADO GONZÁLEZ, ESTHER; «Los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución por las autoridades españolas de una orden europea de investigación que requiera medidas específicas de investigación», en Jiménez Conde, F. y González Cano, I. (directores); Fuentes Soriano, O. (coord.), *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 59-76

PILLADO GONZÁLEZ, ESTHER., «Principios generales de protección de datos en la cesión de información en la persecución criminal a la vista de la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977», en Moreno Catena, V. y Romero Pradas, I. (directores), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea: libro homenaje a la Prof.^a Isabel González Cano*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 783-819.

PIEROTH, BODO y SCHLINK, BERNHARD; *Grundrechte. Staatsrecht*. cf Müller. 2000

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO; *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, tomo. II*, COBO DEL ROSAL (Director.)

PRIETO SANCHIS, LUIS; *Constitucionalismo y positivismo*. Editorial Fontamara. México, 1997

PRIETO SANCHIS, LUIS. «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades». en *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, pág. 454-459.

QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO; *Tratado de Derecho Penal. Volumen I*, 2.^a ed., Madrid, 1972

RICHARD GONZALEZ, MANUEL; «La cadena de custodia en el proceso penal español». *Diario La Ley, N° 8187, Sección Tribuna*, 8 de noviembre de 2013, Año XXXIV

RIVES SEVA, ANTONIO PABLO; «La prueba en el proceso penal. Apuntes jurisprudenciales», en *Actualidad Penal*, núm. 32 (4-10 septiembre 1995), pág. 567-578.

RODRIGEZ DEVESA, JOSE MARÍA; *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ed. Dykinson, 11.^a ed., Madrid, 1988

RODRIGUEZ RAMOS, L.; *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado*. 9.^a ed., Colex, Madrid, 1997, pág. 394.

ROGEL VIDE, CARLOS; *Bienes de la personalidad, Derechos fundamentales y libertades públicas*. Ed. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia 1.985. pág. 36- 104.

SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ; *El Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

SCHMALZ, DIETER; *Grundrechte (Derechos fundamentales)*. Erasburg. Nomos Verlagsges. 1997

SERRANO ALBERCA, JOSE MANUEL; *Comentarios a la Constitución*, dir. Garrido Falla, pág. 237, Civitas, 1980.

SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; *Derecho penal parte especial.*, Dykinson, 2009., pág. 257, 260 y 261.

SUAREZ ROBLEDANO, JOSE LUIS; en «La salvaguarda y el control judicial de la inviolabilidad del domicilio, del control de la intervención de las comunicaciones y del secuestro de las publicaciones», en *Anuario de Derecho Penal*, núm. 36, semana 28 septiembre a 4 octubre 1987, pág. 1683.

UBIETA, JOSÉ ÁNGEL, *Biblia de Jerusalén*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1967, pp. 630 y 122

VELASCO NUÑEZ, ELOY; «Registros de dispositivos de almacenamiento masivo de datos y registros remotos». en *Número monográfico sobre Diligencias de investigación tecnológica de Cuadernos Digitales de Formación*. Consejo general del poder Judicial.2018

JURISPRUDENCIA

TRIBUNALES INTERNACIONALES

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 en caso Klass.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 2 de agosto de 1984, en caso Malone

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de febrero de 1985 en caso Colozza

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 1986, caso Guillov c. Reino Unido.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de junio de 1992 en caso Ludi.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 3 de julio de 2012, (caso Robathin contra Austria).

TRIBUNALES ESPAÑOLES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero.

Sentencia Tribunal Constitucional 21/1981, de 15 de junio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 de abril.

Sentencia Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero.

Sentencia Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre.

Sentencia Tribunal Constitucional 114/1984, de 5 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1985, de 14 de junio.

Sentencia Tribunal Constitucional 159/86, de 12, de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1987, de 11 de diciembre

Sentencia Tribunal Constitucional de 23 de septiembre de 1987.

Sentencia Tribunal Constitucional 348/1988, de 16 de marzo.

Sentencia Tribunal Constitucional 74/1991, de 8 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991 de 18 Julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 303/1993, de 25 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993 de 18 de noviembre

Sentencia Tribunal Constitucional 252/1994, de 19 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1995 de 23 Feb.

Sentencia Tribunal Constitucional 133/1995 de 25 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1996, de 26 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 206/1996.

Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 diciembre.

Sentencia Tribunal Constitucional 200/1997, de 24 de noviembre.

Sentencia Tribunal Constitucional 228/1997, de 16 de diciembre.

Sentencia Tribunal Constitucional 12/1998, de 15 de enero.

Sentencia Tribunal Constitucional 81/1998, de 2 de abril.

Sentencia Tribunal Constitucional 121/1998, de 15 de junio.

Sentencia Tribunal Constitucional 151/1998, de 13 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1999, de 22 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999, de 5 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional 69/1999, de 26 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1999, de 31 de mayo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 171/1999, de 27 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1999, de 27 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 233/1999, de 20 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 236/1999, de 20 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 126/2000, de 16 de mayo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 299/2000, de 11 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2001, de 29 de enero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 202/2001, de 15 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2001, de 29 de enero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2001, de 29 de enero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 138/2001, de 18 de junio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 202/2001, de 15 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2002, de 17 de enero de 2002.

Sentencia del Tribunal Constitucional 100/2002, de 6 de mayo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2002, de 3 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2002, de 22 de abril

Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2002, de 22 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2002 de 20 de mayo de 2002.

Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre.

Sentencia Tribunal Constitucional 775/2002 de 17 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2005, de 24 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2006, de 3 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 219/2006, de 3 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2006 de 11 Sep.

Sentencia del Tribunal Constitucional 206/2007, de 24 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 230/2007, de 5 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2009, de 23 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 159/2009, de 29 de junio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2011, de 14 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2011, 7 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2013, de 9 de mayo.

TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA)

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1980

Sentencia del Tribunal Supremo 159/1981, de 20 de enero de 1986

Sentencia del Tribunal Supremo 199/1987 de 16 de diciembre

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1988.

Sentencia del Tribunal Supremo 355/1991, de 16 diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 457/1992, de 6 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 870/1992, de 15 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 1305/1992, de 27 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo 1391/1992, de 31 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 207/1993 de 9 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 635/1993, de 18 de marzo

Sentencia del Tribunal Supremo 1393/1993, de 20 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo 5/1994, de 5 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 27/1994, de 20 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 33/1994, de 20 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 1049/1994, 21 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 184/1994, 7 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 760/1994, 6 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 1273/1994 de 9 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 791/1995 de 4 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 1203/1995 de 27 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 1225/1995, de 1 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 51/1995 de 1 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 1013/1996 de 20 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 204/1996 de 16 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 173/1996, 7 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24, de enero de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo 1116/98, de 30 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 245/1999, 18 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 511/1999, de 16 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 396/2000, de 13 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 1152/2000, de 30 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo 1821/2000 de 27 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 427/2001, de 13 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 1803/2002, de 4 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 41/2003, de 18 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo 697/2003, de 16 de mayo

Sentencia del Tribunal Supremo 724/2003, de 8 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 742/2003, de 22 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 1108/2005, de 22 de septiembre

Sentencia del Tribunal Supremo 299/2006 de 17 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 352/2006, de 15 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 1009/2006, de 18 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo 991/2007, de 16 de noviembre

Sentencia del Tribunal Supremo 256/2008 de 14 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 154/2008, de 8 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 370/2008, de 19 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo 480/2009, 22 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 691/2009, de 5 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo 1134/09, de 17 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 393/2010, de 22 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 590/2010, de 2 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo 597/2010 de 2 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo STS 716/2010, de 12 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo 758/2010 de 30 de junio de 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo 801/2010 de 23 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 953/2010, de 27 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo 968/2010, de 4 de noviembre

Sentencia del Tribunal Supremo 402/2011, de 12 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 776/2011 de 20 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo 1078/2011, de 24 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo 432/2012, de 1 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo 342/2013 de 17 de abril de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo 773/2013, de 22 de octubre de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 187/2014, de 10 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 208/2014, de 10 Mar.

Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015, de 24 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 786/2015, de 4 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 811/2015, de 9 de diciembre.

Sentencia del Tribunal supremo 864/2015, de 10 de diciembre.

Sentencia del Tribunal supremo de 17 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 204/2016, de 10 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 265/2016 de 4 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 329/2016, de 20 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 706/2016 de 15 sept.

Sentencia del Tribunal Supremo 154/2017 de 10 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, 23 de febrero

Sentencia del Tribunal Supremo 287/2017, de 19 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 747/2017, de 21 noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 214/2018 de 8 mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 440/2018 de 4 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo STS 750/2019 de 5 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 507/2020 de 14 de octubre de 2020.

Sentencia del Tribunal Supremo 38/2022, de 20 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo 89/2022, de 4 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 547/2022, de 2 de junio.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, de fecha 9 de abril de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.^a, de 25 de junio de 2007

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección BIS, de 29 de julio de 2009, núm. 52/2009