

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

GRADO EN DERECHO

**LA ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO Y EL REGISTRO DE  
DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN.**



**UNIVERSITAS**  
*Miguel Hernández*

TRABAJO FIN DE GRADO

2024-2025

ALUMNO: César Ricarte Castillo

TUTOR: José Emigdio Guilabert Aznar

1. RESUMEN.....	4
2. ABREVIATURAS.....	5
3. INTRODUCCIÓN.....	6
<b>4. <u>CAPÍTULO I: ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO</u></b>	
4.1 ORDENACIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DEL DOMICILIO.....	8
4.2 CONCEPTO, FUNDAMENTO, CARACTERÍSTICAS Y FINALIDAD DE LA DILIGENCIA.....	10
4.2.1 Concepto y regulación del domicilio.....	12
4.3 DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO	
4.3.1 Derecho a la inviolabilidad domiciliaria.....	21
4.4 SUPUESTOS EN LOS QUE ESTÁ PERMITIDA LA ENTRADA Y REGISTRO	
4.4.1 CONSENTIMIENTO DEL INVESTIGADO	
4.4.1.1 Concepto.....	25
4.4.1.2 Forma.....	26
4.4.1.3 DIFERENTES ASPECTOS QUE PUEDEN SURGIR	
4.4.1.3.1 Consentimiento prestado por uno de los moradores...30	
4.4.1.3.2 Consentimiento prestado por un tercero, no titular de la vivienda.....	31
4.4.2 AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	33
4.4.3 Delito flagrante.....	36
4.5 OTRAS MODALIDADES DE ENTRADA Y REGISTRO.....	38
<b>5 <u>CAPÍTULO II: SUJETOS Y PROCEDIMIENTO DE LA ENTRADA Y REGISTRO</u></b>	
5.1 SUJETOS IMPLICADOS	
5.1.1 INTERESADO.....	40
5.1.1.1 Registro sin presencia del interesado.....	41
5.1.1.2 Registro con presencia del interesado detenido.....	42
5.1.2 LAJ	

5.1.2.1	Asistencia del letrado de administración de justicia al registro domiciliario.....	43
5.1.2.2	Inasistencia del letrado de administración de justicia durante el registro.....	45
5.1.3	Abogado defensor.....	47
5.1.4	Testigos.....	50
5.2	PROCEDIMIENTO.....	51
5.2.1	Hallazgos casuales.....	56
<b>6</b>	<b><u>CAPÍTULO III: REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN</u></b>	
6.1	EVOLUCIÓN TECNOLÓGICA.....	59
6.2	DEFINICIÓN Y REGULACIÓN LEGAL.....	61
6.2.1	Tipos de dispositivos.....	62
6.3	DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS	
6.3.1	Derecho al entorno virtual.....	64
6.4	ACCESO A LOS DISPOSITIVOS INCAUTADOS CON OCASIÓN AL REGISTRO DOMICILIARIO.....	69
6.5	ACCESO A LOS DISPOSITIVOS INCAUTADOS FUERA DEL DOMICILIO DEL INVESTIGADO.....	70
6.6	PRESUPUESTOS	
6.6.1	AUTO JUDICIAL NECESARIO.....	71
6.6.1.1	Términos y alcance del registro.....	74
6.6.1.2	Realización de copias de los datos informáticos.....	75
6.6.1.3	Condiciones para asegurar la integridad de los datos y garantías para su preservación.....	77
6.6.1.4.	Excepciones a la autorización judicial	
6.6.1.4.1.	Razones de urgencia.....	79
6.6.1.4.2.	Consentimiento del afectado.....	81
6.6.2	AMPLIACIÓN DEL REGISTRO.....	82
6.7	DEBER DE COLABORACIÓN	
6.7.1	Responsabilidades en caso de incumplimiento y los límites al deber de colaboración.....	83

7. CONCLUSIONES.....	85
8. BIBLIOGRAFÍA.....	87

## **1. RESUMEN**

El estudio del trabajo pretende analizar la diligencia de investigación de entrada y registro en domicilio, junto con los presupuestos y normativas aplicables al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, tales como discos duros de un ordenador, pendrive, unidades externas, memoria o DVD, así como dispositivos telefónicos y telemáticos. A lo largo del trabajo, se examinan los aspectos legales y técnicos de estas diligencias de investigación dentro del marco de la legislación procesal penal, precisando tanto las garantías de protección de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, como el procedimiento y los sujetos implicados, además de los requisitos para su ejecución, siempre que se evalúe la proporcionalidad, legalidad e idoneidad de la medida. Finalmente, se inspeccionan los métodos empleados para llevar a cabo la práctica de la diligencia relacionados con la incautación y posterior registro de los dispositivos de almacenamiento masivo de información, teniendo presente la evolución tecnológica, así como el progreso en la digitalización y el almacenaje de grandes cantidades de información digital.

**PALABRAS CLAVE:** Entrada y registro, derecho a la intimidad, inviolabilidad domiciliaria, proporcionalidad, idoneidad, legalidad, evolución tecnológica, registro de dispositivos, protección derechos fundamentales.

## **ABSTRACT**

The study analyses the investigative diligence of entry and search in the home, with special attention to the assumptions and regulations applicable to the search

of mass storage devices, such as computer hard drives, pen-drives, external drives, memory or DVD, as well as telephone and telematic devices.

search of mass information storage devices, such as computer hard disks, pen-drives, external drives, memory or DVDs, as well as telephone and telematic devices. Throughout the work, the legal and technical aspects of these investigative measures are examined within the framework of criminal procedural legislation, specifying both the guarantees for the protection of fundamental rights, in particular the right to privacy and the inviolability of the home as well as the right to honour and one's own image, and the procedure and the subjects involved, as well as the requirements for their execution, provided that the proportionality, legality and suitability of the measure are assessed. Finally, it explores the methods and tools used for the practice of the diligence related to its seizure and subsequent analysis and search of the storage devices, bearing in mind the technological evolution of such devices, as well as the advances in the digitalisation and storage of large volumes of digital information.

KEYWORDS: Entry and search, right to privacy, inviolability of the home, proportionality, appropriateness, legality, technological evolution, device search, protection of fundamental rights.

## **2. ABREVIATURAS**

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

FCSE: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia

MF: Ministerio Fiscal

PJ: Policía Judicial

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

TEDH: Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

LOPC: Ley Orgánica de Protección Ciudadana

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

FGE: Fiscalía General del Estado

### **3. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo analiza profundamente dos diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales, y que deben de ser aplicadas bajo los criterios legalmente establecidos y de forma cautelosa en atención a los derechos, evitando así que se produzcan injerencias sobre los mismos que sean intolerables e inadmisibles, por tanto, se tendrá que observar aquellas situaciones en las que se puedan ver comprometidos, y llevar a cabo una ponderación entre el respeto a los derechos y la eficacia de la investigación penal, además de los posibles intereses que se muestren en conflicto, tomando de punto de referencia el principio de proporcionalidad y respetando asimismo el resto de principios rectores. Por un lado, la diligencia de entrada y registro en domicilio, puede conllevar una injerencia en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria establecido en el art. 18.2 siempre y cuando no se respeten los requisitos o presupuestos constitucionales existentes que dan lugar a la práctica de la misma, como puede ser la autorización judicial, la flagrancia delictiva, puede ocasionar problemas en cuanto a que a veces es utilizada de manera que se permita la ampliación de su sentido estricto y posibilitando así registros sin un control judicial efectivo, o el consentimiento del investigado que puede mostrarse como un punto problemático, debido a que en ocasiones se presta bajo presión, no siendo informado de sus derechos o asistido por su abogado. Puede derivar de la afectación a este derecho en otros diferentes, como puede ser el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art.18.1 CE. Además, como punto problemático, cabe mencionar que existen incongruencias entre el concepto legal de domicilio otorgado por la ley procesal en relación con la jurisprudencia, ya que se observa que existen diversidades de opiniones, la LECrim, se muestra más restrictiva en un catálogo cerrado de opciones, mientras que la jurisprudencia comprende un concepto más funcional que evoluciona con el paso del tiempo y no se muestra cerrado al cambio, lo que puede ocasionar una amplia posibilidad de actuación por parte de las FCSE y además inseguridad

jurídica. Y por otro lado, debido al gran avance tecnológico, surge una diligencia de investigación denominada registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, la cual produce una vulneración no en un espacio físico, sino que supone la intromisión en el espacio virtual de cada uno de nosotros, el cual configura la esfera más íntima de nuestra personalidad, que se puede acceder a ella a través de los datos comprendidos en nuestros dispositivos electrónicos, produciendo así una posible vulneración en los derechos fundamentales conocidos como derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad y a la privacidad que todos ellos se engloban en el derecho conocido como el derecho de última generación “entorno virtual” que tiene objetivo otorgar un tratamiento unitario entre los distintos derechos, evitando así las disparidades que surgen entre los mismo a lo largo del proceso. Existen lagunas legales en relación con el acceso a datos que se encuentran almacenados en la nube o lo que se conoce como cloud computing, lo cual genera problemática en cuanto al registro de estos, además del problema en atención a la jurisdicción ya que es posible que se deba practicar el registro de datos no solamente en España, sino también en servidores del extranjero.

En definitiva, el trabajo tiene como objetivo ofrecer una visión crítica, garantista y técnica sobre las diferentes diligencias que se encuentran en constante evolución y las tensiones existentes entre el interés del Estado para perseguir los delitos y la preservación de la protección de los derechos fundamentales que engloban el ámbito de la intimidad tanto física como digital.

Con la finalidad de asegurar que el ejercicio de la potestad investigadora no dé lugar a una injerencia inadmisibles e injustificada de los derechos fundamentales se necesita de una actualización de criterios normativos y una continua revisión, ya que solo a través de una interpretación estricta del marco jurídico se puede conseguir el desarrollo de una investigación penal adecuada, válida y respetuosa.

#### **4. CAPÍTULO I: ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO**

#### **4.1 ORDENACIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DEL DOMICILIO**

Las primeras expresiones de la imperiosa necesidad de salvaguardar los espacios conocidos como domicilios se encontraban, en términos generales, fijadas por una dimensión espiritual y religiosa, la cual convertía el hogar o el domicilio en un lugar o espacio casi sagrado, además de que se ubica en los textos más significativos de las diferentes corrientes religiosas.

En este sentido ANTONIO DE ALONSO habló sobre el discurso ante los Pontífices de Cicerón, en el cual se citó “¿hay algo más sagrado ni más respetable a los ojos de toda religión que la casa de cada ciudadano? En ella están las arras, los hogares sagrados, los dioses penates, en ella se hacen ceremonias, actos religiosos y sacrificios, es un refugio inviolable para todos, de donde a nadie se puede sacar sin cometer injusticia”<sup>1</sup>.

Siguiendo la misma dirección, PACUAL LÓPEZ entendió que “la significación religiosa que adquiere el domicilio romano en cuanto el hogar es considerado templo sagrado de los dioses domésticos, y, como tal se le otorga protección.”<sup>2</sup>

Cicerón se pronunció ante los Pontífices en el discurso Pro domo sua, que significa en latín, a favor de su casa, para lograr la protección del domicilio, solicitaba por tanto la restitución de su casa la cual fue confiscada por Marco Antonio. Dicho discurso es un reflejo de la defensa de la protección del domicilio, el cual se establecía como un espacio sagrado y además como un símbolo de identidad de la persona o un refugio.

Además, como argumento se pronunció sobre la violación que se lleva a cabo ante la ley dicha confiscación y sobre la tradición romana. Dicho discurso fue pronunciado por Cicerón en el año 57 a.c. después de que regresara del exilio. Se le consideraba como un gran filósofo, escritor, político y orador romano.

---

<sup>1</sup> ALONSO DE ANTONIO, A. L., *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución Española de 1978*, ed. Colex, Madrid 1993, pág. 17.

<sup>2</sup> PASCUAL LOPEZ, S., *La inviolabilidad del domicilio en el Derecho Español*, ed. Dykinson, Madrid 2001, pág 23-24.

Durante la concepción del derecho romano del domicilio como lugar sagrado, el derecho intermedio y posteriormente en la codificación, dicho concepto de domicilio apareció relacionado con la residencia, y además cabía la posibilidad de la existencia de varios domicilios. Se da lugar a la introducción de un elemento subjetivo llamado “animus”, que hacía referencia al sujeto que constituye domicilio o va a constituirlo como residencia perdurable a lo largo del tiempo, pero existiendo la posibilidad de que pudiera residir en diferentes lugares alejados de dicha residencia durante una larga temporada.

Con la aparición del constitucionalismo que se inspiró en el Derecho inglés y francés, la propiedad alcanzó la protección gracias a la seguridad personal y a la libertad.

El concepto del domicilio ha pasado por un largo camino revolucionario llegando a la actualidad como según nos dice GONZÁLEZ-TREVIJANO, se puede considerar a “todo lugar en el que se despliega la vida privada, y no solamente, al lugar en que las personas fijan su arraigo más o menos definitivo, prescindiéndose también de la referencia a su titularidad dominical”.<sup>3</sup>

#### **4.2 CONCEPTO, FUNDAMENTO, CARACTERÍSTICAS Y FINALIDAD DE LA DILIGENCIA**

La diligencia de investigación de entrada y registro se podría definir como “aquella que, limitando las garantías de libertad individual respecto de los lugares

---

<sup>3</sup> GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., *La inviolabilidad del domicilio. Temas clave. La Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 132

cerrados, tiene por objeto la búsqueda en los mismos de los efectos, instrumentos y objetos del delito, o el hallazgo del propio delincuente”.<sup>4</sup>

Para HINOJOSA SEGOVIA es un “acto procesal de investigación restrictivo de un derecho fundamental -la inviolabilidad del domicilio condicionado a los presupuestos previstos en el ordenamiento jurídico, que tiene por objeto la penetración en un lugar para la observación, búsqueda y recogida de efectos o instrumentos del delito u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación, cuando existan indicios determinantes para su adopción”.<sup>5</sup>

Por otra parte, GIMENO SENDRA, en un sentido más amplio, la entiende como “toda resolución judicial por la que se limita el derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE para la consecución de fines o intereses constitucionalmente protegidos”.<sup>6</sup>

Si en algo coinciden estos actores, es que la diligencia de entrada y registro domiciliaria supone una clara restricción al derecho fundamental de la inviolabilidad domiciliaria, por tanto, habrá que observar cada supuesto para poder comprender la necesidad de llevarla a cabo en la práctica única y exclusivamente cuando se cumplan los requisitos constitucionalmente establecidos para ello, ya que, de lo contrario, se estaría vulnerando dicho derecho fundamental sin causa alguna.

Esta diligencia es considerada una acción tomada por las autoridades judiciales, que implica un doble procedimiento, en primer lugar, la entrada, que conlleva una invasión o interferencia en el domicilio. En segundo lugar, el registro, que tiene como objetivo la identificación y búsqueda de información o elementos que apoyen la investigación policial, así como también, determinar la ubicación física del investigado.

En relación con la base o fundamento, afirmaremos que se halla en la necesidad, conveniencia y oportunidad de apoyar el progreso y la adecuada conclusión de las investigaciones criminales, con el propósito de contribuir a la clarificación de

---

<sup>4</sup> ALONSO PÉREZ, F. “Formalidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado”, Diario La Ley, octubre 2002, tomo nº 5, pág. 1.

<sup>5</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R. *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Edersa, Madrid, 1996, págs. 45 y ss.

<sup>6</sup> GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2014, pág. 263.

los hechos y a los objetivos del proceso penal, tales como emitir una sentencia absolutoria, condenatoria, restaurar la paz social y proporcionar una reparación a la víctima.

A continuación, las características que deben de concurrir para poder adoptar dicha diligencia de investigación son, en primer lugar, el principio de legalidad regulado en el art. 9.3 de la CE “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

La segunda característica sería el principio de idoneidad, el art. 588 bis a LECrim se limita describir su finalidad, al señalar en el apartado 3 que “servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad”.

El TS ha señalado que la medida resultará idónea cuando aparezca adecuada a los fines de la instrucción<sup>7</sup> o cuando permita seguir avanzando en la misma<sup>8</sup>.

El TC, por su parte, considera idónea la medida cuando “es susceptible de conseguir el objetivo propuesto”<sup>9</sup>, considerando la idoneidad como una de las tres exigencias del principio de proporcionalidad: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y juicio de proporcionalidad en sentido estricto<sup>10</sup>.

La tercera característica, la podemos encontrar en el art. 588 bis a, apartado 4 LECrim que define conjuntamente los principios de excepcionalidad y necesidad.

En dicho apartado, nombra las posibilidades de adoptar la medida, que son dos. En primer lugar, cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a las características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para el esclarecimiento de los hechos y, en segundo lugar, cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su

---

<sup>7</sup> SSTS nº 85/2017, de 15 de febrero y 993/2016, de 12 de enero de 2017.

<sup>8</sup> STS nº 982/2016, de 11 de enero de 2017.

<sup>9</sup> STC nº 207/1996, de 16 de diciembre.

<sup>10</sup> SSTC nº 173/2011, de 7 de noviembre y 115/2013, de 9 de mayo.

paradero, o su localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin recurrir a esta medida.

La siguiente característica para poder desarrollar la diligencia es el principio de proporcionalidad que nos dice, según el apartado 5 del art. 588 bis a: “Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”

Para concluir con la explicación, FERNÁNDEZ GALLARDO J. A. relata que “la adopción de esta medida deberá acordarse en auto suficientemente motivado bajo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Esto es, adecuación a la investigación, imposibilidad de sustitución por otro medio de prueba menos gravoso y gravedad del delito investigado”<sup>11</sup>

En último lugar, la finalidad o el propósito de la diligencia es diverso, por un lado, se orienta hacia la identificación de materiales, indicios o evidencia que ayuden a esclarecer los acontecimientos ocurridos y su posible conexión con el sujeto de investigación. Además, su enfoque se dirige a determinar la presencia física del investigado.

#### **4.2.1 CONCEPTO Y REGULACIÓN DEL DOMICILIO**

En este apartado, analizaremos la concepción del domicilio, desde diferentes esferas, en primer lugar, nombraré lo que entiende la LECRIM por domicilio,

---

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ GALLARDO, J. A., “La asistencia letrada en las diligencias de investigación”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales- Núm. LXIX, enero 2016, VLEX.

posteriormente, la jurisprudencia y las exclusiones que comporta y finalmente el concepto del domicilio constitucionalmente protegido.

Según el artículo 554 de la LECrim “se reputan domicilio, 1º los Palacios Reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la entrada o registro, 2º el edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia, 3º los buques de nacionales mercantes”. Y por último, en el apartado 4º nos dice que “tratándose de una persona jurídica, el espacio físico que constituya el centro de dirección de estas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros.

Con relación a este precepto establecido, se tendrá por comprendido como domicilio “todo lugar cerrado que se destina principalmente a la habitación o morada de una persona”<sup>12</sup>

Partiendo de esa definición contemplada en la LECrim, podemos deducir que todo lugar que no esté regulado como domicilio, no tendrá el carácter de este, y, por tanto, carecerá de protección frente a un posible registro que se pretenda llevar a cabo, por lo que, no requerirá de una autorización judicial para poder practicarlo.

Por lo tanto, excluye de esta definición tal y como señaló BARGA DE QUIROGA<sup>13</sup>, tanto a los lugares donde solamente se practiquen actividades no pertenecientes al hogar como pueden ser los despachos profesionales o los establecimientos de hostelería.

Tomando de referencia lo expuesto, podemos comprender que, no existe el supuesto de inviolabilidad domiciliaria cuando se trata de un edificio o local abierto al público, ya sea un bar, restaurante, pub, cine, en definitiva, cualquier local o espacio de esparcimiento destinado a la recreación, diversión y ocio de las personas.

---

<sup>12</sup> FRANCISCO ARIAS, J. “Entrada en lugar cerrado”. Revista: Justicia 88, nº 111, 1988, pág. 585.

<sup>13</sup> LÓPEZ BARGA DE QUIROGA, J. *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, págs. 761 y ss.

Una vez analizado el concepto de domicilio que nos proporciona la LECrim, nos remitimos a la jurisprudencia, la cual se ha ocupado de concretar con mayor exactitud cuando nos encontramos ante un espacio susceptible de ser considerado como domicilio y cuando no.

El concepto de domicilio se encuentra definido por el propio Tribunal Constitucional, como "un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima".<sup>14</sup>

A continuación, la STS 360/2022, de 7 de abril de 2022 ha afirmado 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.

Por otro lado, la STC 228/1997, 16 de diciembre de 1997 ha subrayado lo siguiente "Ahora bien, no es menos cierto 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 (ATC 171/1989), tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad".

A raíz de lo expuesto, tendrá la categoría de domicilio, y por tanto, para poder practicar la diligencia será necesaria una autorización judicial en los siguientes casos:

- 1) El propio hogar personal<sup>15</sup>
- 2) Las segundas viviendas, o los apartamentos vacacionales<sup>16</sup>, las habitaciones de hotel "las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes" <sup>17</sup>.
- 3) Las tiendas de campaña, las chabolas y cualquier otra clase de reductos de la intimidad personal y familiar de las personas dónde con carácter

---

<sup>14</sup> STC 22/1984, de 17 de febrero.

<sup>15</sup> STC 41/2012.

<sup>16</sup> STC 108/1987 y STS 239/2014.

<sup>17</sup> STC 10/2002, de 17 de enero y STC 92/1985 y STS 389/2016.

habitual o esporádico, se desarrollen aspectos cotidianos de su vida privada.

Tal y como queda reflejado en la STS 444/2012 de 21 de mayo, la cual nos dice que las habitaciones de hotel u hospedería, las tiendas de campaña y también las chabolas tienen la consideración de domicilio, y por tanto, obtiene una protección en garantía del art 18.2 de la CE sobre la inviolabilidad domiciliaria.

- 4) Las residencias de estudiantes, militares o religiosas.
- 5) Las autocaravanas o roulottes<sup>18</sup>.
- 6) Los camarotes de las embarcaciones (STS 312/2011).
- 7) Por último “el jardín circundante a un chalet debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo, en donde ejerce su intimidad, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta”.<sup>19</sup>

En cambio, no tendrán la consideración de domicilio, y por tanto, no precisarán para su acceso y registro de una autorización judicial los siguientes supuestos:

- 1) Las celdas de los reclusos en los centros penitenciarios<sup>20</sup>.
- 2) Los lugares abiertos al público<sup>21</sup> como los restaurantes, comercios, gasolineras, centros deportivos, comercios, cafeterías, bares o tabernas. El artículo 547 LECrim, establece que se considera por edificio o lugares públicos, además de los mencionados anteriormente, 1º los que estuvieren destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la Provincia o del Municipio, aunque habiten allí los encargados de dicho servicio o los de la conservación y custodia del edificio o lugar, 2º los que estuvieren destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo, fueren o no lícitos, 3º cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio de un particular con arreglo a lo dispuesto en el artículo 554 LECrim y en último lugar, 4º los buques del Estado.

---

<sup>18</sup> STS 503/2001.

<sup>19</sup> STS-PEN 1803/2002, de 4 de noviembre.

<sup>20</sup> STC 11/2006.

<sup>21</sup> STS de 25 de mayo de 2000, Rec. 96/1999

Los lugares públicos por tanto, quedan exentos de la tutela del art. 18.2 CE, que tal y como se puede observar en la STS 591/2002 de 1 de abril “protege el derecho del individuo a disponer de un núcleo de absoluta reserva en la santidad del domicilio un hogar donde se desarrolla su existencia y actividad humana, de tal modo que otros lugares en que se desenvuelven actividades comerciales o de recreo, solamente están tuteladas por las normas que protegen la libertad de actuación o la propiedad y que, por lo mismo, no les son tampoco aplicables las reglas procesales que la LECrim prevé para los registros domiciliarios”.

Sin embargo, BARJA DE QUIROGA<sup>22</sup>, comprende que también para este tipo de lugares abiertos al público, sería precisa una orden judicial, cuando se produzca una injerencia sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, en cambio, no será necesario cuando se trate de lugares de libre acceso, como puede ser la vía pública.

A tenor de lo anterior, estaría más acorde con la interpretación que otorga Barja de Quiroga, antes que con la postura jurisprudencial, que simplemente agota la solución estableciendo que no se considera domicilio y por tanto, carece de protección, sin embargo con la última interpretación se puede ir más allá y comprender que realmente, el hecho de requerir una autorización judicial para este tipo de lugares, puede evitar que se produzcan registros abusivos y arbitrariedades por parte de las autoridades respecto a los lugares públicos, además que permitiría que las garantías procesales se vieran afectadas, como puede ser el derecho a la tutela judicial efectiva, regulada en el art. 24.1, que en este caso, se vería afectada porque los derechos de los ciudadanos no podrían ser protegidos por el juez antes de la vulneración de los mismos, que se desarrollaría mediante la intromisión en estos lugares, o del principio de legalidad, ya que si la policía actúa sin autorización judicial, se evita el control judicial previo.

Aunque, por otra parte, considero que cuando existiesen indicios razonables de que en dichos lugares se halle el investigado o aquellos vestigios o instrumentos

---

<sup>22</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II, Aranzadi, pág. 1929.

del delito, no vería una necesidad, la previa autorización judicial, ya que, en dichas ocasiones, lo más conveniente sería, actuar con rapidez para evitar que se produzca una posible fuga y además para así conseguir el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación.

- 3) Los lugares cerrados donde no se desarrolle la intimidad personal y familiar, como puede ser un vehículo automóvil, que se utiliza exclusivamente como medio de transporte, no encierra un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo. Su registro por agentes de la autoridad en el desarrollo de una investigación de conductas presuntamente delictivas, para descubrir y, en su caso, recoger los efectos o instrumentos de un delito, no precisa de resolución judicial, como sucede con el domicilio, la correspondencia o las comunicaciones. No resulta afectado ningún derecho constitucionalmente proclamado.<sup>23</sup>
- 4) Los trasteros, porque, según el Supremo, STS Nº 627 de 18 de Julio de 2012 de la Sala de lo Penal, no son dependencia donde tienen lugar los actos propios de la intimidad de las personas que los usan, sino que sirven para guardar diversos efectos.  
“Un trastero, como pieza o dependencia separada y alejada del domicilio, arrendado con la finalidad de dar el destino que por naturaleza le corresponde, es decir, guardar y almacenar trastos (objetos, utensilios y cachivaches de todo tipo), no puede merecer el calificativo de domicilio”.<sup>24</sup>
- 5) Las oficinas y almacenes.<sup>25</sup>
- 6) Las casas abandonadas o deshabitadas que estén siendo utilizadas para actividades delictivas.<sup>26</sup>
- 7) Los ascensores, zaguanes o portales de edificios, escaleras y patios, destinados a ser tratados como lugares de tránsito.

---

<sup>23</sup> STS 652/2004 de 14 May. 2004, Rec. 1027/2003.

<sup>24</sup> STS 457/2007, 29 de mayo de 2007

<sup>25</sup> ATC 171/1989, del 3 de abril.

<sup>26</sup> STS de 15 de octubre de 1994.

- 8) En relación con los barcos, la STS 58/2014, de 6 de febrero, distingue entre los espacios privados de una embarcación y otras áreas como la bodega, la cubierta, la sala de máquinas o las zonas de recreo. Según el fallo, estas últimas, por su función y uso habitual, no pueden recibir automáticamente la misma protección constitucional que se reconoce al domicilio. “Como se reconoce en la STS núm. 1200/1998, de 9 de octubre, en el barco existen áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal, que son precisamente las únicas protegidas por el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución . Las demás zonas de la embarcación, destinadas a otras finalidades, no gozan de la protección que la Constitución dispensa al domicilio, aunque se trate de lugares respecto de los cuales su titular pueda excluir válidamente la presencia de terceros ”.
- 9) Los garajes, porque no se considera que en su interior se ejerciten las vivencias más íntimas.<sup>27</sup> Además la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha abordado esta cuestión en la Sentencia 143/2013, de 28 de febrero, a través de la cual podemos mencionar que el garaje “se trata de un lugar cuyo uso se comparte con numerosas personas, todos los titulares de otras plazas y en el que solamente se dispone de un espacio para el aparcamiento de un vehículo, y, no puede considerarse domicilio al no tener relación con el ámbito de privacidad constitucionalmente protegido, y por lo tanto no son aplicables a la entrada y registro en el mismo las reglas derivadas de la protección constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Consecuentemente si no consta que en el registro de la plaza de garaje se desarrollara atisbo alguno de vida privada, no puede considerarse como un domicilio ni por lo tanto se le puede atribuir la protección que a éste dispensa la Constitución en el art. 18.2 .”

Si bien los garajes no obtienen la consideración de domicilio en todos los casos, pero puede existir algunos en los que se genere una expectativa razonable de la privacidad y aunque no vulnere la intimidad domiciliaria,

---

<sup>27</sup> STS de 3 de febrero de 2020, recurso 1019/2019.

podría darse el supuesto de que como consecuencia o por derivación de la entrada y registro en el garaje, se tengan que llevar a cabo la toma de unas fotografías y por tanto, como es un ámbito de privacidad podría afectar al derecho de la intimidad personal recogido en el artículo 18.1 de la CE, siempre y cuando no se cuente con una autorización judicial habilitante, tal y como expone la STC 92/2023, 11 de septiembre Rec. 3456/2021, que además concreta que los garajes tendrán la consideración de espacios privados aunque se ubiquen en una comunidad de propietarios y sean utilizados por una pluralidad de personas.

- 10) Las literas de un tren, ya que no gozan de la absoluta privacidad de la actividad desarrollada en su interior y la capacidad de excluir a los terceros su entrada.
- 11) Taquillas sitas en el centro de trabajo recogido en la STS de 31 de octubre de 2007.
- 12) Para finalizar los vehículos, al ser considerados como un medio de transporte no tendrán la consideración de domicilio ya que no se desempeña en su interior un ámbito donde se ejerza la intimidad, además de que en el caso de practicar un registro a un vehículo, no precisara por tanto de autorización judicial.

La STS 963/2013, 18 de diciembre de 2013 establece que “un vehículo que se utiliza exclusivamente como medio de transporte no encierra un espacio en cuyo interior se desenvuelva el ámbito privado de un individuo, por lo que su registro por Agentes de la autoridad en una investigación de conductas delictivas, no precisa de autorización judicial”.

Para culminar con el epígrafe, a continuación, detallaré la concepción que obtiene el domicilio para la Constitución Española.

La CE de 1978 reconoce como derecho fundamental en el art.18.2 la inviolabilidad del domicilio “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”.

Según GALLEGOS MORENO “la inviolabilidad del domicilio no puede entenderse como un Derecho ilimitado, sino como un Derecho absoluto, en el que sus actividades pueden soportar limitaciones o restricciones al respecto, resultando, por tanto, que de la investigación de un hecho penal surge una limitación a dicho Derecho y una posible causa de restricción del mismo”<sup>28</sup>

La protección del domicilio, donde el individuo va a desarrollar su vida e intimidad frente a injerencias arbitrarias de poderes públicos no solamente la otorga la norma fundamental sino también se recoge en las Declaraciones de Derechos Humanos del siglo XX.

Tomando de partida el artículo 10.2 de la CE el cual establece que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas 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”, además de la mencionada declaración universal de los Derechos Humanos de 1948, debemos hacer alusión al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y ratificado por España el 4 de octubre de 1979 reconoce en su artículo 8: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta interferencia esté prevista en 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), ratificado por España el 13 de abril de 1977, establece en su artículo 17: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales

---

<sup>28</sup> GALLEGOS MORENO, A. “La inviolabilidad del domicilio y la diligencia de entrada y registro en domicilios particulares” Revista Jueces para la democracia, n.º 1, 1987. Pág. 31.

a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

Por último y más próximo la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, de 30 de marzo de 2010.

Seguidamente, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la sentencia 444/2012 de 21 de mayo comprende que el domicilio es “cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar” o lo que es lo mismo, que “sirva de habitación o morada a quien en él vive”.

En cuanto al alcance de la protección constitucional del domicilio, cabe mencionar que la STC 22/1984, de 17 de febrero contiene dos reglas distintas “La regla primera define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta 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” y la segunda regla “establece un doble condicionamiento a la entrada y al registro, que consiste en el consentimiento del titular o en la resolución judicial”.

#### **4.3 DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO**

##### **4.3.1 DERECHO A LA INVOLABILIDAD DOMICILIARIA.**

Para poder comprender nuestros derechos, tendremos que remontarnos a su evolución jurídica ya que tal y como menciona Tomás y Valiente “el derecho es una realidad histórica, algo que existe y cambia en el tiempo, por lo que para saber qué es el derecho conviene saber qué ha sido”.<sup>29</sup> Será más sencillo

---

<sup>29</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 23.

abarcar una institución jurídica, cuando tengamos conocimientos sobre su evolución histórica.

Los delitos según la época en la que se tratase tenían un distinto nivel de gravedad, además de diferentes consecuencias por cometerlos y aspectos para determinar su tipo penal y el interés lesionado. Todo ellos varían en función de la importancia que obtuviese el delito en la época concreta.

Actualmente, nuestra Constitución Española de 1978, en el Título I “De los derechos y deberes fundamentales”, Sección 1ª “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, cabe mencionar el artículo 18, el cuál engloba el derecho fundamental afectado por la práctica de la diligencia de la entrada y registro, siempre y cuando no se cumplan con los requisitos constitucionalmente establecidos para poder llevarla a cabo, explicados más adelante.

Debemos centrarnos, por tanto, en el artículo 18.2 CE, en el cual se reconoce como derecho fundamental la inviolabilidad domiciliaria y queda establecido de la siguiente manera “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”.

Por tanto, dicho derecho queda reflejado como constitucionalmente protegido y merecedor de respeto.

A la hora de la práctica de una entrada y registro domiciliaria, cabe la posibilidad de que dicho derecho fundamental se vea vulnerado, debido a que no se respeten los requisitos establecidos, como pueden ser, la autorización judicial, el consentimiento del investigado o que se trate de un delito flagrante, y por tanto se accediese al interior del domicilio.

En tal caso, la práctica del registro no surtirá efectos y además las pruebas obtenidas tampoco lo tendrán, ya que, tal y como establece el artículo 11.1 LOPJ el cuál dice que “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.”

Tal y como queda reflejado en la STC 233/2005, de 26 de septiembre, cuando dice que “implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción

y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

Como bien jurídico protegido, en el caso de encontrarnos ante un delito de allanamiento de morada, tal y como indica la STS de 30 de junio de 2011 sería “la intimidad de los moradores de la vivienda como reducto íntimo de la vida personal y lugar de desarrollo de la vida familiar con exclusión de terceros”.

Por tanto, se puede deducir que se contempla la intimidad domiciliaria como una extensión espacial de la voluntad del morador la cual permite configurar un instrumento por el que el morador obtiene una serie de facultades que le permiten la exclusión de terceras personas, de tal forma en la que se asegura de mantener unas condiciones en las que se pueda llevar a cabo el desarrollo de su personalidad en un ámbito privado tal y como es el espacio doméstico ya sea familiar o individual.

Como bien jurídico que se trata, dicha intimidad domiciliaria ostenta dos diferentes vertientes:

Por un lado, la inviolabilidad de la morada, y por otro lado la libertad domiciliaria.

La inviolabilidad de la morada se asocia con el “ius prohibendi” que es el derecho a prohibir o el derecho de exclusión, ya que es el instrumento jurídico utilizado para proteger la intimidad.

La STC 22/2003, de 10 de febrero, expone que el contenido del derecho es esencialmente negativo, debido a que se asegura la facultad del titular de poder excluir a terceros de la entrada a ese ámbito espacial que es reservado, además de prohibir, impedir o que cualquier persona permanezca en dicho ámbito, más concretamente, de una autoridad pública en el caso de que se lleve a cabo un registro domiciliario.

Y la libertad domiciliaria, hace alusión a la idea de la extensión espacial de las personas que ocupen la morada.

Otra parte de la doctrina española y jurisprudencia, consideran que el bien jurídico protegido en el delito del allanamiento de morada es la inviolabilidad domiciliaria tipificada en el art. 18.2 de la CE.

Dicha inviolabilidad domiciliaria se define, según la STC de 17 de febrero de 1984 como “un auténtico derecho fundamental de la persona establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio delimitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse, precisamente, por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones externas de otras personas o de la autoridad pública, exención o inmunidad que tienen su causa y su razón de ser en que el domicilio es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima.”

Especialmente la STS de 14 de enero de 1993, viene a definir el bien jurídico como aquel derecho a que se respete el ámbito espacial donde se va a desarrollar la intimidad del sujeto, por tanto, haciendo referencia al derecho de la inviolabilidad domiciliaria y al derecho de la intimidad.

Podríamos afirmar que el derecho de la inviolabilidad domiciliaria se trata de una manifestación del derecho de la intimidad, por tanto, este, se configura como su instrumento.

La inviolabilidad domiciliaria no se trata de un derecho absoluto, ya que la propia norma fundamental establece unos límites taxativos.

Según nos dice la STS 103/2015 de febrero “se trata, en cuanto recogido con ese carácter en la Constitución, de un derecho fundamental que protege una de las esferas más íntimas del individuo, donde desarrolla su vida privada sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, a salvo de invasiones o agresiones procedentes de otras personas o de la autoridad pública, aunque puede ceder ante la presencia de intereses que se consideran prevalentes en una sociedad democrática.”

La STS 775/2023, 12 de junio de 2023 nos ayuda a comprender que la resolución judicial de la que habla el artículo 18.2 no es una cualquiera, sino que es la otorgada en base a unos casos previstos por las leyes y además con unos requisitos que se encuentran establecidos en las mismas. En dicha sentencia la causa de la vulneración de la inviolabilidad domiciliaria reside “en la falta de la notificación previa al obligado tributario de la incoación del procedimiento inspector para el que se solicitó la autorización de entrada”. Por tanto, se deben

tener presentes los requisitos de la legalidad ordinaria del acto que se desee llevar a cabo, debido a que, en este caso, se produce un incumplimiento de ellos que da lugar a la vulneración de la inviolabilidad domiciliaria.

SANTAMARÍA DE PAREDES, cuando hacía alusión a la inviolabilidad del domicilio establecía que “es el domicilio la casa que el hombre habita, pudiendo considerarse como una extensión de su personalidad en el espacio; en ella debe reinar el individuo como reina en la intimidad de su alma, sin otra ley que la moral, sin otro juez que su conciencia; por eso la inviolabilidad del domicilio, jurídicamente considerada, es una manifestación del derecho de autonomía y la mejor garantía de la seguridad personal”.<sup>30</sup>

Como conclusión de lo expuesto, diremos que el principal derecho fundamental afectado por la práctica de la diligencia de la entrada y registro domiciliaria es la inviolabilidad del domicilio, pero de esta práctica, podría derivarse la afectación de otros derechos fundamentales recogidos en la CE, como podrían ser la intimidad personal o el derecho a la propia imagen, tipificados en el artículo 18.1 de la CE.

#### **4.4 SUPUESTOS EN LOS QUE ESTÁ PERMITIDA LA ENTRADA Y REGISTRO**

Existen una serie de presupuestos establecidos en la CE los cuales se deben seguir para poder practicar la diligencia de entrada y registro, son tres: el consentimiento del investigado, la autorización judicial y la flagrancia delictiva.

##### **4.4.1 CONSENTIMIENTO DEL INVESTIGADO O TITULAR**

###### **4.4.1.1 CONCEPTO**

El artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal preceptúa 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”.

---

<sup>30</sup> SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Dº Político*, 3ª edición, Ricardo Fe, Madrid, 1887, pág. 184.

Por otra parte, el propio art. 551 LECrim se refiere al consentimiento para la práctica de la diligencia de entrada y registro señalando que “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” (actual art. 18.2 Constitución Española).

Por tanto, se trata del primer supuesto que permitiría la entrada en el domicilio, sin necesidad de una autorización judicial.

SANTAMARÍA DE PAREDES, recalca que “los abusos que, en nombre de la razón de Estado, se han cometido por las mismas autoridades encargadas de mantener el orden, perturbando la tranquilidad de las familias con infundadas vivistas y registros vejatorios, explican la razón de haberse consignado el principio general de que nadie podrá penetrar en el domicilio de una persona sin su consentimiento, tácita o expresamente manifestado”<sup>31</sup>

Ahora bien, podríamos preguntarnos quién debe prestar el consentimiento para que las autoridades públicas procedan a la entrada, pues deberá ser siempre el titular del domicilio el encargado de esta función. Dicha actuación es voluntaria, por lo que se podría retirar y por tanto, la estancia de dichas autoridades en el domicilio debería culminar sin poder seguir, porque de lo contrario, se estaría quebrantando el derecho de la inviolabilidad del domicilio.

A continuación, podríamos pensar, ¿Quién es el titular del domicilio?

Es aquella persona que ejerce su derecho a la intimidad, que, por tanto, será quién viva en el domicilio.

#### **4.4.1.2 FORMA**

BARJA DE QUIROGA, entendía que el consentimiento para que fuera válido debía ser prestado de forma expresa<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Derecho Político...*, Op. Cit., pág.184.

<sup>32</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, Op. Cit., págs. 1899-1900.

HINOJOSA SEGOVIA, entendió que será válido cuando el titular del domicilio fuera plenamente consciente de haberlo prestado, de tal forma que posteriormente pudiera quedar así acreditado.<sup>33</sup> Por tanto señala que debía ser expresado de forma auténtica.

Por su parte, BARRIENTOS PACHO, dijo que “tal consentimiento puede presentárenos como expreso y escrito, como ocurrirá en la mayor parte de las ocasiones en que los agentes obtienen directamente la autorización del titular del domicilio, o bien tácito, cuando en ausencia de una constancia documentada del consentimiento, el mismo ha de inferirse de los actos que lleve a cabo el titular del domicilio, fundamentalmente en forma de facilitación de las llaves o acceso al interior del domicilio”<sup>34</sup>.

En segundo lugar, el consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento (SSTC nº 196/2006, de 3 de julio y 159/2009, de 29 de junio) y, además, devendrá ineficaz cuando el registro “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” (SSTC nº 110/1984, de 26 de noviembre, 196/2004, de 15 de noviembre y 70/2009, de 23 de marzo). Igualmente, en tercer lugar, el consentimiento ha de ser libre y no viciado ya que “ha de estar exento de todo elemento susceptible de provocar o constituir error, violencia, intimidación o engaño (art. 1.265 del Código Civil), pues si tales rigurosas exigencias son requeridas para las relaciones contractuales, mucha más severidad habrá de aplicarse cuando se trata de renunciar a un derecho fundamental del individuo”<sup>35</sup>. En esta línea, no debe olvidarse que el último apartado del art. 588 sexies c prohíbe expresamente a las autoridades y agentes encargados de la investigación que puedan compeler al investigado o encausado para que colabore en el registro del dispositivo.

Asimismo, es necesario que, en el caso de que el investigado estuviera detenido, contar con la presencia del letrado para que el consentimiento sea válido: “El consentimiento que prestó Fidel a que los agentes de la autoridad

---

<sup>33</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro...*, *Op. Cit.*, pág. 74.

<sup>34</sup> BARRIENTOS PACHO, J.M.: *Entrada y registro en domicilio particular en La prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada del CGPJ, Madrid, 2000 págs. 306 y ss

<sup>35</sup> STS nº 1576/1998, de 11 de diciembre.

procedieran a entrar y registrar su domicilio fue otorgado en condiciones que determinan su invalidez por no hallarse presente su letrado, pese a estar aquél detenido”<sup>36</sup>.

Tal y como expresa LUZÓN CUESTA, si la persona se encuentra detenida, el consentimiento será válido si el detenido ha tenido asistencia letrada<sup>37</sup>.

En defecto de este consentimiento por parte del titular del derecho a la intimidad se precisará autorización judicial por parte del Juez de Instrucción.

Por último, cabe recalcar que, dicha autorización judicial, no resultará preceptiva cuando se trate de un delito flagrante.

Los requisitos para que el consentimiento sea válido son, según la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1803/2002 de 4 de noviembre, los siguientes:

En primer lugar, debe ser otorgado por persona capaz, por tanto, una persona mayor de edad y sin restricciones en su capacidad de obrar. Según el artículo 25 del Código Penal 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”.

Ha de ser prestado de manera consciente y libremente, HINOJOSA SEGOVIA<sup>38</sup>, redactó que no sería no se consideraría prestado como libre en el supuesto de que la policía ocultase su real identidad para así conseguir la autorización para la entrada.

Lo cual, no debe encontrarse invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase, además sin que existan promesas policiales de cualquier tipo. Asimismo, si el sujeto se encuentra detenido, no será válido el consentimiento prestado sin asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial. «El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del

---

<sup>36</sup> STS 6/2021 de 13 Ene. 2021, Rec. 863/2019.

<sup>37</sup> LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid. 2000, págs. 42 y ss.

<sup>38</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro...Op. Cit.*, pág. 75.

domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y 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»<sup>39</sup>.

Será válido aquel prestado oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará documentalmente. Así lo recoge también ALONSO PÉREZ<sup>40</sup>.

Debe otorgarse expresamente, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 551 autoriza el consentimiento presunto.

Según el Art. 551 LECrim: “Se entenderá que presta su consentimiento el que, a solicitud de quien haya de efectuar la entrada y registro que los permita, realice los actos necesarios que dependen de él para que surtan efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce para el domicilio el artículo 6o. de la Constitución Política del Estado.”

Este artículo debe interpretarse restrictivamente y si existen dudas sobre el consentimiento presunto, deben resolverse a favor de la no autorización, y por ende, de la manera más favorable a la intimidad del domicilio, en virtud del principio *in dubio libertas*<sup>41</sup> y del criterio declarado por la Corte Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso, el titular de la vivienda.

Pero no sólo hay que tener en cuenta la conducta de la persona que dio el supuesto consentimiento, sino también la actuación de los agentes de policía.

De la STS de 2 de octubre de 1995, se puede concluir que:

No existió consentimiento por parte de ninguno de los dos huéspedes que se alojaban en dicha habitación, aunque en el certificado consta que uno de los dos, ni siquiera dice cuál de ellos estuvo presente durante la práctica registro, y que tampoco consta dicha información al respecto en el acta de ocupación levantada

---

<sup>39</sup> STS 2-12-1998.

<sup>40</sup> ALONSO PÉREZ, F. “El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro”, Diario La Ley, nº5602, septiembre 2002, pág. 5.

<sup>41</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R. La diligencia de entrada y registro..., Op. Cit., pág. 78.

por la policía, además de que las manifestaciones realizadas durante el juicio oral por los agentes que habían practicado el registro pueden crear confusión, se recalca que los dos huéspedes citados nunca manifestaron que consintieron que se practicara tal registro.

Por tanto, de lo anterior expuesto, podemos deducir que, si el consentimiento no se produce en las condiciones necesarias de serenidad, claridad, consciencia y libertad ambiental, no se considerará suficiente.

Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical. En el caso de una vivienda alquilada, el consentimiento para practicar la entrada y registro deberá de provenir del inquilino, ya que es el titular del derecho a la intimidad afectado por causa del registro y no del propietario de la vivienda.

Por regla general, para que fuera válido, el consentimiento será prestado por el titular del derecho a la intimidad domiciliaria, que tendrá dicha consideración quien habite la morada.

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, y sin ser genérico.

Y por último, no es necesario en este caso las particularidades recogidas en el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de la presencia del Secretario Judicial.

#### **4.4.1.3 DIFERENTES ASPECTOS QUE PUEDEN SURGIR**

##### **4.4.1.3.1 CONSENTIMIENTO PRESTADO POR UNO DE LOS MORADORES.**

La hipótesis problemática de este supuesto surge cuando la vivienda o domicilio, es ocupada por una pluralidad de personas, y puede darse el caso de que alguno de ellos, no fuera objeto de investigación o ésta no se dirigiese contra alguno de ellos, y por tanto, podrían éstos otorgar el consentimiento para facilitar la entrada dentro del domicilio?

De la STS de 14 de noviembre de 2000, podemos comprender lo siguiente “una lectura constitucional del artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos lleva a la conclusión de que el consentimiento para la entrada sin mandamiento judicial, lo tiene que prestar la persona que, por su situación respecto del domicilio o vivienda, se encuentra en condiciones de ejecutar los actos que de él dependan para franquear el acceso material al domicilio, del que es tan titular como el otro componente matrimonio o la pareja. En este caso es evidente que la persona que se encontraba en la vivienda no permitió la entrada a la patrulla policial, por lo que el consentimiento dado por su pareja en comisaría no habilitaba para realizarla violentamente si el otro titular no lo autorizaba”.

En cambio, otra parte de la jurisprudencia sí aceptó la autorización del consentimiento de cualquiera de los ocupantes aun cuando no se dirigiese contra ellos la investigación, tal y como podemos deducir de la STS de 24 de junio de 2009 la cual expone que “en los supuestos de domicilio compartido el consentimiento de otros moradores distintos al acusado o imputado legitima el registro domiciliario”

Por otro lado, también existe el supuesto de que exista una pluralidad de personas y ninguna de ellas estuviera investigada, la solución nos la propicia la STS del 2 de junio de 2014 “en el supuesto de que haya una pluralidad de moradores imputados, y ninguno se encuentre detenido, en principio es suficiente para la validez del registro la presencia del morador o moradores que se encuentren en la vivienda cuando se vaya a practicar el registro”.

#### **4.4.1.3.2 CONSENTIMIENTO PRESTADO POR UN TERCERO, NO TITULAR DE LA VIVIENDA**

En el caso de que el consentimiento fuese prestado por un tercero, sería válido en determinadas situaciones en las que el domicilio fuera compartido con más personas, como son las situaciones de convivencia compartida, bastaría con el consentimiento de uno de los moradores para la entrada, ya sea una pareja de hecho o un cónyuge, sin necesidad de contar con el consentimiento del otro, siempre y cuando no se dieran situaciones de conflicto de intereses.

Valdría tanto cuando uno de ellos estuviera presente o también cuando solamente estuviera uno en el domicilio debido a que el otro se encuentra detenido, tal y como ha expuesto la STS 2590/1993 de 23 de diciembre y la STS 1508/2001 de 27 de julio.

La STS 616/2005, de 12 de mayo se manifiesta la posibilidad de que la madre del titular del domicilio, en este caso, detenido, aceptó la entrada en el domicilio.

Al igual que se puede observar en la STC 384/1993 de 21 de diciembre, también se consiente la entrada al domicilio por parte de los hermanos del imputado y además de su mujer.

Tal y como he expuesto anteriormente, el consentimiento prestado por una tercera persona sería válido siempre y cuando no existiese una situación que diera lugar a un conflicto de intereses, la STC 22/2003, de 10 de febrero, relata que aunque se trate del cónyuge que conviva con él en el domicilio, como existía una situación de conflicto de intereses por ser víctima de una acción propiciada por el acusado, no estaría legitimada para permitir la entrada y por tanto, otorgar el consentimiento de forma válida.

Además de la situación de los cónyuges, los descendientes de estos también podrán prestar el consentimiento y así se recoge en la STS 3/1997, de 17 de enero, la cual dictaminó que bastaría con el consentimiento otorgado por el hijo debido a que parte del uso potencial de la vivienda le correspondía a él también.

Para terminar, en el caso de que fuera oportuno llevar a cabo un registro en una pensión o en un hotel, cuando se quisiera practicar dentro de una habitación en concreto, el consentimiento que pudiera llegar a prestar el dueño del hotel carece de valor tal y como nos dice la STS 204/1995, de 15 de febrero.

Por tanto, para acceder a una de las habitaciones, sería suficiente con el consentimiento de uno de los moradores, ya que éstas tendrían la consideración de domicilio compartido, sin este consentimiento no se podría llevar a cabo la diligencia tal y como refleja la STS 1413/1997, de 21 de diciembre.

#### 4.4.2 AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Estamos ante el segundo supuesto por el que la CE en el artículo 18.2 faculta la entrada y registro domiciliaria mediante una autorización judicial sin necesidad de que se produzca una vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, siempre y cuando no exista consentimiento por parte del titular del domicilio y tampoco se esté cometiendo un flagrante delito.

En la práctica, tal y como expone ALONSO PÉREZ, la autorización judicial lleva aparejada “el nombre de mandamiento de entrada y registro la disposición judicial mediante la cual se ordena a la autoridad o funcionario de la Policía Judicial la práctica de esta diligencia, la cual debe realizarse conforme a las previsiones establecidas en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal”<sup>42</sup>.

Tal autorización ha de cumplir rigurosamente una serie de requisitos, que impone la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que en primer lugar darán lugar a que el juez cumpla con la obligación de reflejar los indicios de que se encuentre en el domicilio el imputado, que por indicios se entienden según la STC 174/1985, de 17 de diciembre, son “sospechas, datos de los que se desprenden apariencias de que una persona ha podido cometer un delito, pero que constituyen una base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse la culpabilidad del presunto culpable. Estos indicios han de ser suficientes para justificar la medida”. Por otro lado, también se tendrá que indicar la existencia del lugar, además de los instrumentos propios del delito que son objeto de custodia y de análisis, como pueden ser los papeles, libros u otros objetos.

Tal y como afirma MOLINA PÉREZ, “para quien el Juez también está obligado a exponer los indicios en los que se basa para adoptar la medida, acerca de la existencia en el lugar cerrado del imputado cuya detención se pretende, o de los instrumentos del cuerpo del delito”<sup>43</sup>

Además, se deberán tener presentes para poder adoptar dicha medida los principios de idoneidad, proporcionalidad, necesidad, legalidad y por último que

---

<sup>42</sup> ALONSO PÉREZ, F., “Formalidades en la práctica...”, Op. Cit.,pág. 1843

<sup>43</sup> MOLINA PÉREZ, T., “La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción”, en Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLIII, núm. 43, 2010, Real Centro Universitario “Escorial-María Cristina” San Lorenzo del Escorial- Madrid, pág. 135.

se lleve a cabo esta medida en forma de auto motivado, y así fue recogido en el artículo 588 de la LECRIM “El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado”. Todo ello fue entendido por ALONSO PÉREZ, que señala también que la adopción de esta medida restrictiva de un derecho fundamental, que debe acordarse en auto motivado, rigen los principios de idoneidad, esto es, adecuación a la investigación; necesidad en cuanto insustituibilidad por otra menos grave; y proporcionalidad en consideración a la gravedad del delito investigado<sup>44</sup>.

Por lo tanto, no se podrán adoptar utilizando providencias, debido a que no tendrían motivación.

En el caso de que no estuviera motivado el auto, produciría la nulidad del mismo y de la diligencia, ya que conllevaría una vulneración del derecho de la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 24.1 de la CE.

Lo que se pretende con la exigencia de dicha motivación del auto es poder aportar una protección mayor al domicilio, debido a que se tendrán que justificar todos los motivos por los que se va a permitir la entrada en el domicilio y por ende el quebrantamiento de la intimidad domiciliaria. Esta ha de ser, por tanto, suficiente.

Además, según lo establecido en el artículo 546 de la LECRIM “el juez o tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro”

Para continuar, en cuanto al contenido de la autorización judicial, además de la motivación anteriormente señalada que justifique la proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad, cabe mencionar que deben recogerse los siguientes aspectos:

1º los hechos, que son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona sobre la que recaen los mismos y además, la conexión de esa persona con los hechos objeto de investigación. Por otro lado, el delito o la presunta infracción que se investiga, además de la existencia de

---

<sup>44</sup> ALONSO PÉREZ, F., “Formalidades en la práctica..” Op. Cit., págs. 1840 y 1841.

elementos de prueba que vinculen el domicilio a la comisión de un hecho delictivo.

2º Identificación de las autoridades y FCSE encargados de la práctica de la diligencia, se incluyen por tanto a la autoridad judicial, generalmente el juez de instrucción, de otro lado, las FCSE y por último, cuando sea necesario, es posible la presencia del perito.

3º Control jurisdiccional en su ejecución, esto es, que se lleve a cabo un control judicial del desarrollo de la diligencia, ya que, en algunas ocasiones, cuando el investigado estuviera detenido, será necesaria la presencia de su abogado para garantizar que se cumplen sus derechos, como el derecho de defensa artículo 118 LECrim.

4º Datos que permitan identificar el lugar, es decir, la dirección del domicilio, además de la persona que ocupa el domicilio o el titular de la vivienda.

5º Día y hora en la que se procede a realizar el registro, siempre y cuando hayan quedado acreditados los principios de necesidad y oportunidad previamente. En el caso de que concurra la flagrancia delictiva, el juez de instrucción podrá permitir la entrada y registro fuera del horario anteriormente estipulado.

En el caso de que se acuerde que la práctica de la entrada y registro se desarrolle al día siguiente, se deberán de practicar las medidas de vigilancia necesarias para garantizar la presencia del investigado y evitar su fuga y además de esto, se deberán de preservar todos los objetos, que puedan servir para el esclarecimiento de los hechos y así poder concluir con la investigación, llevando cautela de que el investigado no pueda destruirlos.

Por último, la notificación del auto se dirigirá al titular del domicilio tal y como se establece en el artículo 566 de la LECRIM “si la entrada y registro se hubieren de hacer en el domicilio de un particular, se notificará el auto a éste; y si no fuere habido a la primera diligencia en busca, a su encargado. Si no fuere tampoco habido el encargado, se hará la notificación a cualquier otra persona mayor de edad que se hallare en el domicilio, prefiriendo para esto a los individuos de la familia del interesado. Si no se halla a nadie, se hará constar por diligencia,

que se extenderá con asistencia de dos vecinos, los cuales deberán firmarla”.

#### **4.4.3 DELITO FLAGRANTE**

Primeramente, en cuanto a la regulación establecida en la LECrim, el art 795.1.1ª recoge que “se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”.

Dicho alcance también está presente en el lenguaje común, no necesariamente técnico, y, así, el Diccionario de la RAE se refiere a lo flagrante como adjetivo que expresa "que se está ejecutando actualmente", "de tal evidencia que no necesita pruebas" y en flagrante como modo adverbial que quiere decir "en el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir". El Diccionario del Español Actual se refiere a estarse "ejecutando en el momento en que se habla" y a ser "cosa muy evidente e innegable". En síntesis, actualidad e inmediatez del hecho y percepción directa y sensorial del mismo, lo que excluye la sospecha, conjetura, intuición o deducciones basadas en ello.

Atendiendo a la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 341/1993 define el delito flagrante como “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”.

Además, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, en la Sentencia 1577/2001 de 12 Sep. 2001, Rec. 378/2000, remitiéndonos a la Sentencia de esta Sala de 9 Jun. 2000, que en su fundamento 3º ap. 2 nos dice: «Es cierto que nadie puede entrar en el domicilio de un ciudadano sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes, según el artículo 545 de la LECrim.». Una de tales excepciones viene representada por la existencia de un delito flagrante.

Asimismo el concepto aparece reflejado en el artículo 553 de la LECRIM, y en el texto de la Ley Orgánica 4/1998, para permitir a los agentes de la policía entrar y registrar en lugar habitado en casos de flagrante delito por su propia autoridad, es decir, sin autorización judicial, ni consentimiento del titular.

La STC 341/93, de 18 Nov., que manifiesta la inconstitucionalidad del artículo 21.2 LOPC, conforma el punto de partida para definir el alcance de la flagrancia como supuesto excepcional establecido en el artículo 18.2 CE de la inviolabilidad del domicilio, dando lugar a "la arraigada imagen de la flagrancia como 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"

La LO 7/1988, de 28 Dic., suprimió la definición legal incorporada al artículo 779 LECrim., dando alusión a la presencia de las dos siguientes características: evidencia del delito y urgencia de la intervención policial, teniendo presente que la urgencia de la intervención policial debería de terminarse si se considera por si sola como un supuesto de flagrancia delictiva.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la STS 423/2016, de 18 de mayo son consideradas notas características del delito flagrante los siguientes tres elementos: la inmediatez de la acción delictiva, la inmediatez de la actividad personal, y la necesidad de urgente intervención policial por el riesgo de desaparición de los efectos del delito.

“La inmediatez de la acción, es decir, que el delito se esté cometiendo (actualidad en la comisión) o se haya cometido instantes antes (inmediatez temporal), equivale a que el delincuente sea sorprendido en el momento de ejecutarlo. No obstante también se ha considerado cumplido este requisito cuando el

delincuente ha sido sorprendido en el momento de ir a cometerlo o en un momento posterior a su comisión.

La inmediatez personal equivale a la presencia de un delincuente en relación con el objeto o instrumento del delito, lo que supone la evidencia de éste y de que el sujeto sorprendido ha tenido participación en el mismo. Tal evidencia puede resultar de la percepción directa del delincuente en el lugar del hecho o bien a través de apreciaciones de otras personas que advierten a la policía que el delito se está cometiendo. En todo caso, la evidencia solo puede afirmarse cuando el juicio permite relacionar las percepciones de los agentes con la comisión del delito y/o la participación de un sujeto determinado prácticamente de forma instantánea. Si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente no puede considerarse un supuesto de flagrancia.

Por último, la necesidad urgente de la intervención policial supone que por las circunstancias concurrentes la policía se vea impelida a intervenir inmediatamente para evitar la progresión delictiva o la propagación del mal que la infracción acarrea, la detención del delincuente y/o la obtención de pruebas que desaparecerían si se acudiera a solicitar la autorización judicial”.

Resumiendo, de lo expuesto se pueden extraer las siguientes notas:

1. Inmediatez de la acción, es decir, que la acción delictiva se esté desarrollando o se acabe de realizar.
2. Inmediatez personal: Relación directa del delincuente con el objeto, instrumentos o efectos del delito.
3. Percepción directa, no meramente presuntiva, de la situación delictiva.
4. Necesidad urgente de la intervención para evitar la consumación o agotamiento del delito, o la desaparición de los efectos de este.

#### **4.5 OTRAS MODALIDADES DE ENTRADA Y REGISTRO**

La autorización judicial, como se ha expresado anteriormente, se trata de un título habilitante previo a la entrada y registro en el domicilio, con dos

excepciones, por un lado, el delito flagrante y por otro, el consentimiento expreso del titular del derecho a la intimidad que se ve amenazado.

Junto con estas dos excepciones, cabe nombrar una tercera, que se encuentra contemplada en el artículo 553 de la LECrim: Los Agentes de policía podrán asimismo proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, es decir, por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

Por tanto, en tales supuestos, es decir, en los casos de rebeldes ocultos o terroristas, la policía podrá efectuar una entrada y registro sin necesidad de acreditar una previa autorización judicial, pero dará cuenta inmediata, al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial alusión a las detenciones que, en su caso, se hubiesen practicado. Asimismo, se indicarán los incidentes ocurridos y las personas intervinientes.

La ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, es decir, la llamada LPSC, contempla un último supuesto de entrada en el domicilio sin necesidad de contar con una autorización judicial previa, recogido en el artículo 15.2: “Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad”.

## **5 CAPÍTULO II: SUJETOS Y PROCEDIMIENTO DE LA ENTRADA Y REGISTRO**

### **5.1 SUJETOS IMPLICADOS**

#### **5.1.1 Interesado**

La STS 17/2014, de 28 de enero, recalca la importancia y necesidad de que se encuentre presente el interesado durante la práctica de la diligencia, pudiendo ser éste la persona investigada u otra distinta. De dicha sentencia se extrae que “Se insiste en el desarrollo del motivo que el registro se realizó sin la presencia del recurrente, privándole de su derecho y de su obligación de presenciar el registro, presencia impuesta por el art. 569 LECrim , tampoco le notificaron el auto que lo autorizó como impone el art. 566LECrim , y el acta de entrada y registro, carece de la identificación, exigida por el art. 572LECrim , del Secretario Judicial”.

Además de lo expuesto, cabe mencionar que aquello determinante para el tribunal no será quien es el propietario de la vivienda, que puede ser una persona jurídica, alguien desconocido o incluso no residir en la vivienda, sino sería quien es la persona residente en el domicilio en el momento de la práctica de la diligencia, ya que es a esa persona a la cual se le va a ver afectada su intimidad, todo ello recogido en la STS 680/2010, de 14 de julio.

Por tanto, en cuanto al fundamento o razón de ser de dicha exigencia de la presencia del investigado, podemos encontrarla, en primer lugar, en que se trata de un derecho personalísimo, de relevancia o naturaleza constitucional, debido a que el domicilio se encuentra constitucionalmente protegido, y conlleva una estrecha relación o vínculo con un ámbito determinado como es la intimidad personal, y por lo que la ley procesal requiere que se lleve a cabo la práctica de la diligencia en presencia del titular del domicilio, inquilino o morador de la vivienda, ya que no se protege solamente el espacio físico conocido como el domicilio, sino que además, esa plasmación de la esfera privada de la persona que reside en él, tal y como establece la STC 188/2013, de 4 de noviembre.

Por otra parte, en segundo lugar, de la STS 261/2000 se puede extraer que, su presencia se trata de una exigencia ya que afecta al derecho a un proceso con el cumplimiento de todas las garantías, debido a que el resultado de la diligencia constituye una prueba de cargo contra el imputado, y por tanto, lo que se pretende con la práctica del registro es garantizar la contradicción para poder así asegurar la validez de dicho registro como prueba preconstituida.

#### **5.1.1.1 Registro sin presencia del interesado**

Existen supuestos en los que estaría contemplada la posibilidad de la ausencia del interesado durante la práctica del registro domiciliario. Tal y como establece la STS 508/2015, de 27 de julio, una vez más, se hace patente la necesidad de la presencia del interesado. Aunque, en algunas ocasiones, para determinados casos en concreto, se permite su ausencia, como puede ser cuando concurra fuerza mayor, ya sea debido a que su detención se produzca en un lugar que se encuentre alejado respecto a donde se haya de practicar la entrada, o porque se deban de practicar simultáneamente varios registros en diferentes domicilios, también por una posible hospitalización del investigado, o incluso, cuando la causa haya quedado declarada como secreta.

La sentencia por tanto expone que “estará justificada la ausencia del interesado, aunque esté detenido, en una diligencia de entrada y registro domiciliaria, cuando dicha presencia no sea posible, bien porque se practique simultáneamente con otras, bien porque se ejecute en un lugar alejado de aquel donde se encuentre el primero. Asimismo, y en tercer lugar, hemos también declarado que la ausencia del interesado en un registro domiciliario puede no conllevar su nulidad cuando las actuaciones hayan sido declaradas secretas”

### 5.1.1.2 Registro con presencia del interesado detenido

Tal y como he expuesto anteriormente, la presencia del interesado al momento de la entrada y registro es necesaria, se trata de una exigencia del principio de contradicción, el cual se encuentra en el derecho de defensa.

SANTAMARÍA DE PAREDES entendió que “la generalidad de los códigos políticos convienen en exigir, que el registro se verifique siempre a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo, evitándole así cualquiera sustracción o abuso de autoridad en la práctica de esta operación tan grave y delicada”<sup>45</sup>.

GIMENO SENDRA, contempló que, sin la presencia del imputado detenido, si la policía no lo traslada al lugar, objeto de la diligencia, no gozará de valor probatorio<sup>46</sup>. 399

Por tanto, aunque el interesado se encontrase detenido, no existiría motivo suficiente para poder privar de su asistencia al registro, por el mero hecho de que se encuentra a disposición policial, debido a que no se trata de ninguna de las excepciones contempladas para poder practicarlos en su ausencia.

En dicho caso, se pronunció la STS 1241/2000, de 6 de julio para dar una solución, por lo que declaró la nulidad de las actuaciones practicadas por no haber podido garantizar la contradicción y por tanto, dando lugar a la vulneración del derecho de defensa.

---

<sup>45</sup> SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Dº Político*, Op. Cit., pág. 185.

<sup>46</sup> GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Op. Cit., pág. 261.

## **5.1.2 LAJ**

### **5.1.2.1 Asistencia del letrado de administración de justicia al registro domiciliario.**

La asistencia del LAJ al registro se trata de un requisito para poder proceder a él. Se encuentra regulado en el artículo 569 LECRIM, el cual establece 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 lo sustituya, quien levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad, el Secretario Judicial podrá ser sustituido en la forma 20 prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

La presencia por tanto del LAJ ante el registro, va a permitir que se garantice la legalidad de la diligencia, además de los derechos de los ciudadanos, ya sea ser atendidos por un abogado para que les informe sobre sus derechos, y también permitirá asegurarse de que las personas que se vean involucradas en el registro sean tratadas por el debido respeto durante la práctica de la diligencia. Por otro lado, se ocupará del levantamiento del acta de la entrada y registro, en la que redactará, los objetos que han sido incautados por consecuencia del registro, las posibles incidencias que puedan surgir, la hora de inicio y fin, y las personas que se encuentren durante el registro.

Si bien es verdad que la jurisprudencia del supremo inicialmente manifestaba que no era preceptiva su asistencia en la diligencia, debido a que no se trataba de una judicial, sino de una investigación policial, y por tanto, el letrado no tendría la potestad de dar fe sobre actuaciones extrajudiciales, siendo así suficiente con la presencia de un inspector de policía, en el cual se le delegaba las actuaciones judiciales.

Con el paso del tiempo, la posición del Supremo no era única y se llevaron a cabo distintas interpretaciones acerca de la ausencia del LAJ.

Hasta la Ley 22/1995, de 17 de julio, que da lugar a una redacción definitiva al artículo 569.4 LECRIM el cual establece que el registro se practicará siempre en presencia del Juzgado o Tribunal que lo hubiese autorizado.

La STC 87/2001, de 2 de abril, expone que la práctica de la diligencia sin la intervención del LAJ da lugar a una vulneración de una garantía procesal que se encuentra recogida en la ley, pero no vulnera el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, siempre y cuando la diligencia se practique una vez que se haya dictado un auto motivado. De la sentencia podemos extraer que “Sobre la constitucionalidad del registro desde la perspectiva del derecho a la inviolabilidad de domicilio se pronunció ya está Tribunal en sentido desestimatorio en la STC 41/1998. En aquel momento ya sostuvimos, en primer término, que el Auto judicial de autorización del registro de la sede El Corral de la Parra, S.A., estaba suficientemente motivado y que reflejaba la pertinente ponderación de los intereses en conflicto para salvaguardar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, acotando el alcance y finalidad de la interferencia en el ámbito del domicilio; en segundo lugar, y con cita de las SSTC 290/1994, de 27 de octubre, 133/1995, de 25 de septiembre, y 228/1997, de 16 de diciembre, declaramos también que la práctica del registro sin la intervención del Secretario judicial suscita el quebrantamiento de una garantía procesal establecida en la ley, pero no la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, de forma que dicha quiebra solo impide la aportación del acta del registro como prueba en el proceso, pero no los documentos hallados en el mismo; y, por último, afirmamos también que carece de relevancia constitucional la falta de firmas rubricando los folios de la diligencia que documentó el registro, pues implica tan sólo la infracción de normas legales, cuya corrección debe ser encauzada por otras vías.”

Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la STS 301/2017, de 27 de abril “En la diligencia intervino, como es preceptivo el Secretario judicial en funciones de garantía de autenticidad de la diligencia, particularmente la reseña de su resultado. En este sentido es oportuno recordar el tenor del art. 453 L.O.P.J ., reformado por Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, según

el cual: 'Corresponde a los Secretarios judiciales, 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 apartado 4º de dicho precepto se añade: 'En el ejercicio de esta función no precisarán de la intervención adicional de testigos'.

Por otra parte, la falta de identificación del LAJ con su nombre y apellidos, la STS 17/2014, de 28 de enero, contempló que no daría lugar a un supuesto de nulidad de la diligencia, ya que constaba el juzgado que practicaba la diligencia.

Además la STS 408/2006 de 12 de abril, establece que “ha destacado la doctrina científica que la presencia del Secretario Judicial tiene una triple finalidad: como garantía de legalidad, asegura el cumplimiento de los requisitos legales; como garantía de autenticidad, se robustece de certeza lo ocurrido en el registro y se garantiza la realidad de los hallazgos descubiertos, y como garantía judicial, en la medida que el Secretario forma parte integrante del órgano jurisdiccional autorizante de la diligencia, se garantiza que la intromisión al derecho fundamental se realizó dentro de los límites dispuestos en la resolución judicial”

#### **5.1.2.2 Inasistencia del letrado de administración de justicia durante el registro**

Analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, concretamente la STC 171/1999 de 27 de septiembre, podemos deducir que la ausencia de la asistencia del LAJ al registro, “suscita el quebrantamiento de una garantía procesal establecida por la ley” ( STC 41/1998 , de 24 de febrero), no produce una vulneración al derecho de la inviolabilidad domiciliaria, ya que “no forma parte de su contenido la presencia del fedatario judicial, ni es ésta una de las garantías constitucionales por el art. 24 de la Norma fundamental” (STC 133/1995), siempre que haya sido acordada por una autorización judicial, sin embargo, no tendría derecho a ser considerada como una prueba preconstituida o anticipada. Cuando ocurra esta situación, se podría incorporar al proceso mediante otra

forma, como puede ser la prueba testifical de los agentes de la policía encargados de practicar la diligencia.

En relación a lo expuesto se pronuncia el Tribunal Supremo, en la sentencia STS 381/2010, de 27 de abril “La doctrina jurisprudencial estima que la ausencia del Secretario Judicial, cuando su presencia viene exigida por la normativa procesal, determina la nulidad del acto como actuación procesal, privándole de su carácter de prueba anticipada o preconstituida, y la del acta en que se recoge su resultado, pues la ausencia de la fe pública legalmente exigida le priva de autenticidad y valor probatorio, pero no constituye una violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio -al estar amparada la intervención domiciliaria por una autorización judicial válida, que es lo que se exige constitucionalmente- y en consecuencia no determina el efecto prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ, para cualquier contenido probatorio que se derive directa o indirectamente de la violación de un derecho fundamental, por lo que nada impide que mediante otros medios de prueba complementarios se evidencie la ocupación de los efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización judicial”

Sin embargo, y de manera contraria a la jurisprudencia anteriormente nombrada, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ<sup>47</sup>, consideraba que la práctica de la diligencia con intervención del LAJ estaba justificada por tres finalidades, la primera sería que garantizaba con su presencia e intervención la no vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, ya que bajo la fe prestada por éste, se velará porque el interesado coincida con la persona que aparece en la resolución judicial, el domicilio sea el mismo que el del auto judicial, con la intervención de testigos cuando así lo exija la ley o de personas necesarias y por último asegurando el cumplimiento de la práctica del registro conforme lo establecido en la ley. En segundo lugar, velar porque se practique la diligencia siguiendo lo establecido en el artículo 552 LECRIM, evitando así que su reputación pudiera verse afectada o que se lleven a cabo inspecciones inútiles y la tercera finalidad, sería que gracias a intervención del LAJ se podría contar con

---

<sup>47</sup> FERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ, J.C., “Entradas y registros domiciliarios: restricción del derecho a la inviolabilidad domiciliaria”, Estudios Jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales, núm. 6, 2001, pág. 407 a 442.

un documento judicial que estuviese respaldado por la fe pública, tratándose así de una prueba de carácter irreplicable en el juicio oral.

### **5.1.3 Abogado defensor**

En primer lugar, me centraré en las posibles consecuencias que puede acarrear que el abogado defensor no preste un asesoramiento previo al consentimiento del interesado para llevar a cabo el registro.

En este sentido, la STS 196/2015, de 6 de abril, determinó que esta carencia de asesoramiento no daría lugar a la nulidad. No se trata de un asesoramiento inexcusable, sino que tendrá como finalidad asegurar que dicho interesado presta el consentimiento de forma libre y voluntaria.

De dicha sentencia se podrá extraer lo siguiente “Se reclama la nulidad del registro pues, aunque el consentimiento se hizo con presencia de letrado y el registro se verificó también con el concurso de tal dirección técnica, no existió asesoramiento.

No era exigible un asesoramiento inexcusable. La asistencia letrada para el consentimiento del detenido es un requisito jurisprudencial que tiende sobre todo a garantizar la voluntariedad y libertad. No es necesario acreditar que previamente hubo entrevista reservada, ni sería causa de nulidad la ausencia de ella. Basta con esa asistencia que aquí se respetó y que lleva implícita la posibilidad de asesoramiento. Con la legislación proyectada en la anunciada reforma de la LECrim quizás pudiera ser otra la perspectiva de examen, pero el Derecho vigente, incluso teniendo a la vista la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de Letrado en los procesos penales (art. 3 ) no exige para ese consentimiento del previo asesoramiento expreso por abogado”.

Por otro lado, de la exigencia de los arts. 17.3 y 24.2 CE sobre la asistencia de abogado en las diligencias judiciales y policiales no se deriva su necesaria e ineludible presencia en todos y cada uno de los actos instructores.

La presencia del abogado durante la práctica de la diligencia de entrada y registro, no se contempla por la Constitución Española ni por la Ley de

Enjuiciamiento Criminal como obligatoria, ello no quiere decir que se pueda impedir su presencia, tal y como expone ALONSO PÉREZ<sup>48</sup>, de hecho sería recomendable que cuando se de lugar a la detención del titular ya que, dicha presencia sirve de garantía adicional, pero su ausencia no da lugar a que se considere que no se ha llevado a cabo el proceso con todas las garantías.

Así lo entiende también la STS 697/2003, de 16 de mayo, que cita además la STS 1116/98, 30 de septiembre, la cual concluye que “La intervención de letrado en los registros domiciliarios no es exigida ni por el artículo 17.3 de la Constitución ni por los Pactos Internacionales suscritos por España, estando circunscrita como obligatoria tan sólo para las declaraciones prestadas por el imputado y en los reconocimientos de identidad de que él mismo sea objeto, así lo comprende también RIVES SEVA.<sup>49</sup> En consecuencia, la no asistencia letrada al registro practicado en los domicilios del recurrente no constituyó infracción de su derecho a un proceso con todas las garantías, habiéndose dado cumplimiento a las exigencias constitucionales de resolución judicial motivada, así como a las de la legislación ordinaria que la desarrollan”.

Por tanto, se podrá extraer de todo lo anterior que, no será preceptiva la presencia del abogado en la práctica de la diligencia de entrada y registro, en los casos que ésta se desarrolle sin indefensión y cuando se hayan practicado teniendo presente los requisitos constitucionalmente establecidos y aquellos que se regulan por las leyes ordinarias.

Además, en el caso de que la diligencia se tenga que practicar guardando secreto de actuaciones, SALCEDO VELASCO<sup>50</sup> expone que “las diligencias de entrada y registro que se acuerden, evidentemente excluyen per se la intervención, no ya del letrado de defensa, sino aun del defendido mismo, pues en ellas, en su caso, sólo el Ministerio Fiscal como parte, intervendría, amén de los excluidos del secreto”. Además, entiende que no existe ningún artículo en nuestro ordenamiento que dé lugar a la prohibición de la práctica debido a que

---

<sup>48</sup> ALONSO PÉREZ, F., “El consentimiento del titular...Op. Cit, pág. 1804.

<sup>49</sup> RIVES SEVA, *La diligencia de entrada y registro domiciliario*, marzo 2004, editorial Bosch S.A pág. 104.

<sup>50</sup> SALCEDO VELASCO, A., “Derecho de defensa, asistencia letrada y su intervención en la diligencia de entrada y registro”. Cuadernos de Derecho Judicial, 1992, págs. 295 a 300.

se cuente con la presencia del abogado, de hecho, siempre que se acuerde su práctica por una autoridad judicial mediante un auto debidamente motivado de entrada, el letrado defensor podrá acudir.

Para valorar si es imprescindible o no la asistencia del letrado durante la práctica del registro, hay que tener en cuenta lo siguiente, y es que esta diligencia, por regla general, se deberá de desarrollar en un lapso de tiempo corto, es decir, no de larga duración y en algunas ocasiones pueden concurrir causas de urgencia que requieran de una rápida intervención para así evitar una posible destrucción u ocultación de pruebas. Por lo tanto, la jurisprudencia se ha pronunciado acerca de este tema, como puede ser la STS 262/2006 de 14 marzo, que establece que “Lo que no se exige necesariamente es la asistencia de letrado. Esta asistencia es imprescindible para otorgar validez al consentimiento del imputado detenido como causa que autorice el registro, pero cuando éste se realiza con autorización judicial, y con la garantía de la fe pública que otorga la presencia del secretario judicial, la asistencia del Letrado del imputado no es imprescindible. La urgencia del registro para evitar la ocultación de pruebas impide ordinariamente esperar a que pueda designarse y constituirse la defensa letrada”

En último lugar, podemos concluir que, pese a que se trata de una diligencia de investigación de suma importancia, no es obligatoria la presencia del abogado, incluso cuando el investigado se encontrase detenido, siempre y cuando exista una orden judicial que permita su práctica. Aunque no es obligatorio, en mi opinión, sería deseable su presencia, ya que así se podría asegurar que se cumplen con las garantías del proceso, y en el caso de que se practicara alguna declaración al detenido, que pudiera estar presente el abogado para informarle de cuales son sus derechos, preservando además el derecho a la defensa. Por otra parte, la presencia del abogado muestra que el consentimiento prestado por el investigado detenido ha sido voluntario y libre. Por todo lo expuesto anteriormente, cabe recalcar que la presencia de este sirve para verificar que no se da lugar a la utilización de medios coercitivos, que en todo momento se respeta el proceso y que además se documenta la diligencia de manera adecuada.

#### 5.1.4 Testigos

Este supuesto tiene lugar ante la ausencia del imputado en la práctica del registro, que, por tanto, se hace necesaria la presencia de los testigos. Tomando esto de punto de partida, ALVÁREZ RODRÍGUEZ y RÍUS DIEGO<sup>51</sup>, entendieron que solamente serían necesarios los testigos contemplados en el artículo 569 de la LECRIM, siempre y cuando no estuviera presente durante la práctica del registro el interesado ni su representante legal o familiares.

Sin embargo, en el caso de que sí estuviese presente el interesado o su representante legal, la STS de 13 de junio de 1992, establece que “cuando el interesado asiste y acepta el registro, la presencia de dos testigos no es necesaria y hasta podría resultar contraproducente al dar a conocer a terceros el reducto de la morada cuando el titular de aquélla no pone obstáculos a tal diligencia”.

En relación con el tema, LÓPEZ BARJA<sup>52</sup> establecía que si el interesado a su representante legal, o un miembro de la familia no se encontrasen, no pudieran concurrir o no quisieran a la diligencia, necesariamente se tendría que llevar a cabo en presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo, dichos testigos entrarían en sustitución del interesado y por tanto tendrán la consideración de sustitutivos.

Además, dicho autor, entendía que no podrían ser testigos los agentes policiales, ya que los testigos debían ser imparciales, es decir, terceros externos al proceso que puedan añadir información veraz y objetiva sobre los hechos ocurridos y que no tengan ningún interés en el resultado del proceso. El papel fundamental de los funcionarios de la policía es garantizar el cumplimiento de la ley y asegurar que se lleve a cabo la medida con seguridad, no siendo, por tanto, testigos neutrales.

Sin embargo, existe jurisprudencia que se encuentra contraria al autor como puede ser la STC 94/1999, de 31 de mayo, la cual expone que se admitió la posibilidad de que fueran testigos los funcionarios, “admitiendo, al mismo tiempo,

---

<sup>51</sup> ALVÁREZ RODRÍGUEZ, J.R. y RÍUS DIEGO, F.J., *La entrada y registro en lugar cerrado. Consideraciones procesales, jurisprudenciales y policiales*, ed. Tecnos, Madrid, 2009, pág. 98.

<sup>52</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal...*, ob.cit., págs. 1189.

que la declaración testifical de los funcionarios actuantes en el juicio oral puede permitir tener por probados los hechos de dicha diligencia”. Ahora bien, siempre y cuando, medie una autorización judicial para poder practicarla, y además se hayan cumplido las garantías procesales.

Por otro lado, el artículo 453.4 de la LOPJ, establece que debido a que corresponde con plenitud y exclusividad el ejercicio de la fe pública judicial a los Letrados de la Administración de Justicia, y que en dichos actos en los que intervengan, no sería preciso la intervención adicional de los testigos, por lo tanto, refiriéndose así a los dos testigos establecidos en el artículo 569 LECRIM.

De igual manera lo comprende ALONSO PÉREZ, y por tanto, establece que no sería necesaria la asistencia de los testigos cuando acudiese el LAJ al registro, ya que le corresponde a éste, la plenitud de la fe pública en los actos en los que intervenga, y además la ausencia de dichos testigos, no genera la nulidad de la prueba obtenida, debido a la plenitud de la fe pública que se le concede al LAJ.

## **5.2 PROCEDIMIENTO**

Para analizar el procedimiento de la diligencia, tendremos que fijar nuestra atención en los siguientes parámetros, en primer lugar, en cuanto al procedimiento de la diligencia, diremos que se inicia a solicitud de las FCSE, en su oficio que irá dirigida, en función de las normas de reparto al Juez de Instrucción de guardia o al que corresponda en el turno que se trate. En el caso de que se trate de un asunto con una causa ya abierta sobre los mismos hechos, se deberá de dirigir ante el Juez conecedor del asunto que sería el juez competente para resolver el asunto, tal y como dice el artículo 546 LECRIM, que afrontará la autorización judicial teniendo presente los principios de proporcionalidad y legalidad, a excepción de que concurran razones de urgencia, que den lugar a la inmediatez del acto, en un horario diferente al de los distintos órganos judiciales, que por tanto en dicho caso, sería pertinente la solicitud a un órgano judicial de guardia.

En el oficio, se deberá detallar, el domicilio objeto de investigación, el nombre de la persona investigada, además del delito que se pretende averiguar llevando a

cabo esta medida e indicando los indicios o pruebas que dan lugar a su práctica, garantizando así la precisión y legalidad de la medida evitando que pudiese acarrear consecuencias a terceros y por ende, su afectación injusta.

Por tanto, se deberán de indicar todas las circunstancias que den lugar a la necesidad de aplicar la medida para que posteriormente sea el Juez instructor de la causa, quien decida si realmente es necesaria o no la aplicación de dicha diligencia en función de las circunstancias expuestas, y en tal caso, decretará una autorización judicial en forma de auto motivado, donde queden justificadas y por tanto, fundadas las causas por las cuales se va a proceder a su concesión, siempre y cuando no medien razones de urgencia o de inmediatez por la comisión de un delito flagrante o se cuente con el consentimiento del titular del domicilio. En dicho auto deberán de quedar reflejados los derechos fundamentales que se verán afectados.

Además, se incluirá el edificio o lugar cerrado en el que se va a desarrollar la medida, la Autoridad que la práctica, las horas donde se va a producir la entrada y registro. La fundamentación nombrada anteriormente, deberá de incluir las características o principios de las resoluciones judiciales donde medien los derechos fundamentales, ya que se trata de una medida limitativa de estos derechos, esto es, en primer lugar, la necesidad, que solo cabe cuando no existan otras vías menos gravosas para conseguir la finalidad pretendida, en segundo lugar, la idoneidad, en cuanto a este principio, HINOJOSA SEGOVIA<sup>53</sup> concluye que “implica la adecuación entre la medida y el fin perseguido, y exige que la injerencia facilite la obtención del éxito pretendido”, en tercer lugar, la utilidad y por último, la proporcionalidad de la medida, en atención a la gravedad del delito que se investiga, tal y como nombra ALONSO PÉREZ<sup>54</sup>.

En cuanto a los requisitos temporales, como regla general para la materialización de dicha diligencia, se procederá a la practicarla durante el día, porque tal y como expone RODRÍGUEZ SOL “ello es una consecuencia lógica del principio in dubio pro libertate, ya que la injerencia nocturna en el domicilio afecta en mayor medida

---

<sup>53</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R.: La diligencia de entrada y registro...Op. Cit, pág. 53.

<sup>54</sup> ALONSO PÉREZ, F.: “Formalidades en la práctica”..Op. Cit., pág.2

al derecho a la intimidad de sus moradores, derecho que tiene una de sus concreciones instrumentales en la inviolabilidad del domicilio constitucionalmente garantizada<sup>55</sup>, pero la LECRIM da la posibilidad de practicarla cuando concurren razones de urgencia por la noche, recogido en el art. 550.

En el caso de que se acuerde, ya sea mediante consentimiento del titular o por una autorización judicial, que la práctica de la entrada y registro se desarrolle al día siguiente, debido a que no pudo ser culminada durante ese día o no se contaba con un consentimiento del titular o autorización judicial habilitante para continuarlo de noche, se deberán de practicar las medidas de vigilancia necesarias para garantizar la presencia del investigado, tratando de evitar así la posible fuga y además de esto, se deberán de preservar todos los objetos, papeles, instrumentos del delito, que puedan servir para el esclarecimiento de los hechos y así poder concluir con la investigación, llevando así, cautela para que el investigado no pueda destruirlos. Así lo establece la LECRIM en su artículo 567 “Desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, 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”

Para continuar, se deberá de llevar a cabo una comunicación de la práctica de esta medida. El destinatario de dicha notificación es el interesado o la persona que legítimamente le represente.

No ha de ser necesariamente el titular dominical de la vivienda, puesto que la LECRIM no obliga a que cuente con una posesión ininterrumpida o prolongada en el tiempo, por tanto, podrá ser también aquel que ostente la posesión, incluso cuando sea por mero hecho como puede ser el arrendatario o el precarista.

La notificación de la diligencia será dirigida hacia la persona interesada de forma inmediata, o lo más tarde, pero, dentro de las primeras 24 horas, en el caso de que se trate de un domicilio particular, tal y como señala el artículo 550 de la

---

<sup>55</sup> RODRÍGUEZ SOL, L. *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998, pág. 261.

LECRIM. Para los edificios públicos y establecimientos de reunión o recreo, se deberá de notificar al encargado o a quien estuviera al frente de ellos, todo ello recogido en el artículo 565 de la LECRIM.

Si bien, la STS de 10 de octubre de 2000, establece que “dada la gran diversidad de las circunstancias que pueden producirse en la entrada y registro, no es requisito esencial que la notificación preceda a la entrada. En algunos casos, será factible cumplir con este presupuesto y, en otros casos, como en los que es necesario utilizar el auxilio de la fuerza, lo prioritario será aprovecharse del factor sorpresa, sin perjuicio de que, una vez realizada la entrada y practicadas las actuaciones necesarias para llevar a efecto la diligencia, se proceda a notificársela al interesado”. Por lo tanto, la notificación en ocasiones no tiene por qué producirse de manera anterior a la práctica de la diligencia.

Además, el Tribunal Supremo, señala en las SSTS de 13 de noviembre de 1991 y 27 de diciembre de 1989 que “no puede producir indefensión el que el auto en que se decretaba la entrada y registro no se notificara al interesado, si éste no se encontraba en el domicilio a registrar, en cuanto que una previa advertencia podría frustrar la finalidad del registro”.

De lo anterior se puede extraer por tanto que, la falta de notificación del auto no da lugar a la invalidez de la diligencia, debido a que su ausencia no propicia una afectación en ningún derecho fundamental, sino que se trataría de una infracción de una norma que no tiene relación directa con la protección de dichos derechos fundamentales.

Una vez que se ha llevado a cabo la entrada al domicilio por la autoridad judicial o por los agentes policiales, el siguiente paso a cumplir son los objetivos propuestos.

La finalidad del registro domiciliario podemos encontrarla en el artículo 574 de la LECRIM, del cual podemos extraer que se pretende la recogida del cuerpo del delito asegurando así una obtención de fuentes de prueba, apoyándose además en las otras prácticas de investigación como pueden ser las declaraciones de los testigos o los reconocimientos periciales, establecido en el artículo 577 de la LECRIM.

Por otro lado, se deberá indicar si se solicita para desarrollar la medida durante el día o por la noche

Cabe mencionar que la diligencia se deberá de practicar cumpliendo con unas garantías de conformidad con las disposiciones legales y además teniendo presente el deber de respeto al derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, todo ello le corresponderá al juez de instrucción conecedor de la causa o a la autoridad policial que tenga que desempeñar la diligencia.

La forma de realización conllevará la presencia judicial, aunque se permite la delegación en los agentes de la policía tal y como establece el artículo 563 LECRIM.

Sin embargo, sobre este tema, la STS de 15 de mayo de 1995 detalla que los funcionarios autorizados judicialmente no pueden a su vez delegar esta facultad en otros funcionarios.

Además de lo expuesto, GIMENO SENDRA<sup>56</sup>, concluye que la diligencia de investigación deberá de contener de forma obligatoria la presencia judicial, aunque pueda ser practicada por los agentes de la policía.

Esta explicación la podemos obtener del artículo 574 LECRIM el cual nombra lo siguiente “el juez ordenará recoger los instrumentos y efectos del delito y también los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, si esto fuese necesario para el resultado del sumario”

Cabe nombrar que la diligencia se practicara de la manera menos gravosa,

Además, se deberá tener presente las normas establecidas para la aprehensión de papeles y libros recogidas en el artículo 573 LECRIM. Asimismo, los agentes deberán de ser cautelosos en atención a los objetos e instrumentos del delito, ya que solamente podrán recoger aquellos que tuvieran relación directa con el objeto de investigación y además sean relevantes para ella, por tanto, aquellos que fueran inútiles no se tendrán en cuenta y se deberán apartar.

---

<sup>56</sup> GIMENO SENDRA, V.: *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007, pág 553 y ss.

### **5.2.1 Hallazgos casuales**

La STS 25/2008, 29 de enero, establece diferentes vías de actuación en función de la situación que nos encontremos.

En el caso de que los hechos descubiertos tuvieran conexión, tal y como se recogen en el artículo 17 de la LECRIM, con los hechos objeto del procedimiento de instrucción, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación como posteriormente de prueba.

En cambio, si los hechos descubiertos, no guardasen conexión con los causantes y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimará como notitia criminis, y se deducirá testimonio para que, se inicie el correspondiente proceso, siguiendo las normas de competencia territorial y reparto.

Por tanto, de lo anterior se puede concluir que la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo se manifestó de manera conforme, respecto al descubrimiento casual, y por tanto lo considera lícito, y no que dicho descubrimiento propicie una vulneración en el derecho a la presunción de inocencia, sino que sería otra prueba de cargo.

Ahora bien, para considerar los hallazgos casuales correctos, deben de cumplir con una serie de requisitos, establecidos en esta sala del Tribunal Supremo.

En primer lugar, se regirán por el principio de la Buena Fe tal y como expone la STS de 26 de mayo de 2011, da la explicación al hallazgo de una prueba, con casualidad incriminatoria, esto se debe a que la previa medida judicial restrictiva del derecho, como es la inviolabilidad del domicilio, se encuentra ajustada a la ley.

En segundo lugar, diremos que es necesaria la existencia de una flagrancia delictiva, que pueda ser útil posteriormente como prueba de cargo, y además que no fuera lo esperado por el juez instructor.

En tercer y último lugar, debemos tener presente que el hallazgo se encontrará durante el transcurso de una previa medida jurisdiccional que supone la restricción de derechos fundamentales y libertades públicas, en nuestro caso, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Por tanto, dicha medida, como su propia

naturaleza indica, ha de ser adoptada por un juez competente y además tendrá que cumplir con el requisito de la proporcionalidad, que hará alusión al delito y a la pena que se le impondrá.

Existe numerosa jurisprudencia que se muestra consolidada hacia una misma dirección.

La STC 41/1998 de 24 de febrero (LA LEY 3497/1998), entiende que “Que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros hechos delictivos distintos, que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos.”, ya que “los funcionarios de policía tienen siempre el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente

los delitos de que tuvieren conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim. y ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias del T.S. de 7 de junio de 1993, 15 de julio de 1993, 28 de abril de 1995 y 4 de octubre de 1996).”

Podemos mencionar la STS 465/1998 de 30 de marzo la cual expone que “se ha impuesto en la doctrina de esta Sala una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado”.

Por tanto, de lo anterior, se comprende que las pruebas que hubieran sido casualmente halladas, y hubiesen podido ser obtenidas mediante el transcurso del procedimiento, objeto de investigación y siguiendo la medida previa adoptada por el juez, estas pruebas podrán ser valoradas, siempre y cuando se pongan en conocimiento del juez competente, garantizando así la pureza del proceso y del investigado, en el mismo momento en el que se da lugar al descubrimiento de ellas, para que, éste amplíe la cobertura del auto, para poder incluir el nuevo descubrimiento. Si el juez no fuese el competente, se tendrá que dar traslado al competente.

Además de todo lo expuesto, podemos entender que, serán validos aquellos descubrimientos casuales, pese a que no se recabe una autorización judicial, los que sean hallados de manera flagrante, es decir, el agente de policía que como

consecuencia de la entrada y registro descubra unos hechos delictivos y que por razones de urgencia sea preciso actuar sin esperar a una orden, al igual que ocurre con la entrada en un domicilio, cuando es necesario practicar el registro. También, teniendo presente el principio de proporcionalidad, serán validos los hallazgos, sin otorgar una autorización judicial ampliatoria, por tanto, se justifica el seguimiento de la investigación, siempre que se trate de un delito considerado suficientemente grave. Debe existir una correlación entre la vulneración al derecho fundamental y la gravedad de la infracción hallada de manera sorpresiva durante el registro. Para poder valorar la gravedad se utilizan varios criterios, en primer lugar, la pena en relación con el delito y además el bien jurídico protegido o la relevancia social que pudiera existir en relación con los hechos producidos.

Dicho principio de proporcionalidad supone una prohibición en cuanto al exceso<sup>57</sup>, ya que no se deben admitir las medidas de investigación a cambio de injerencias inadmisibles en los derechos fundamentales. Por tanto, en dichos casos, es una tarea del Juez, la observancia de la pertinencia de la medida, ponderando los criterios anteriormente expresados, en relación con la gravedad de la medida, la relevancia social, la existencia de indicios delictivos, además de analizar cual sería el resultado que se pretende perseguir con la restricción del derecho.

Por tanto, como la aplicación de las medidas de investigación restrictivas de derechos requiere de proporcionalidad, esta proporción debe existir entre el sacrificio de los derechos que se limitan y el beneficio que se derive para el interés público o de terceros<sup>58</sup>.

## **6. CAPÍTULO III: REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN**

### **6.1 EVOLUCIÓN TECNOLÓGICA**

---

<sup>57</sup> MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO N. *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, Págs. 215-216.

<sup>58</sup> ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. "Las nuevas medidas de investigación tecnológica y la enésima invocación al principio de proporcionalidad". *Justicia: Revista de Derecho Procesal*. Núm. 1. J.M. Bosch, 2018. Pág. 105.

Actualmente, están a la orden del día las (TIC), que son las Tecnologías de Información y Comunicación. Debido a la introducción de estas a nuestra vida cotidiana, se hizo precisa la necesidad de la implantación de una medida de investigación para ayudar a la obtención de pruebas incriminatorias y averiguar los delitos. Por tanto, se trata de llevar a cabo un análisis de aquellos dispositivos electrónicos, que serán utilizados para el almacenamiento, procesamiento y recopilación de la información en el entorno virtual, como puede ser correos electrónicos, imágenes, videos o mensajes, para así poder identificar a los autores de los delitos, facilitar la búsqueda de información y además compilar las pruebas necesarias. Debido a su notoria presencia, se requiere de su existencia también en el campo del derecho, particularmente, y por el objeto de investigación del trabajo, en la práctica de la diligencia de la entrada y registro en domicilio, además del profundo análisis sobre la injerencia en los derechos fundamentales que se vean afectados, ya que estos dispositivos almacenan una gran cantidad de datos de diversa naturaleza que pueden entrar dentro de la esfera de protección de diversos derechos fundamentales<sup>59</sup>. Podríamos comprender en este ámbito el término de TIC como un conjunto de recursos necesarios para manipular, comunicar, analizar, y gestionar la información, mediante dispositivos informáticos como pueden ser teléfonos móviles, ordenadores, equipos electrónicos.

Respecto a la aparición de terminales, podemos mencionar que es continua y además, da la posibilidad de que se produzca un crecimiento en cuanto a la disponibilidad de infraestructuras por intercambio de información digital a nivel global y también faculta el aprovechamiento de una mejora en la digitalización de la información.

Según el Informe del Convenio sobre la Criminalidad del Consejo de Europa, el cual se desarrolló en Budapest en 2001, y se establece llevar a cabo la lucha contra la ciberdelincuencia y mejorar las técnicas de investigación para así poder hacer frente a los delitos informáticos. Del convenio se entiende lo siguiente y

---

<sup>59</sup> CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., «Algunas reflexiones acerca de la reglamentación de las nuevas medidas de investigación tecnológica de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Nuevos Horizontes del derecho procesal. Libro homenaje al profesor Ernesto Pedraz Penalva*, con JIMENO BULNES, M., y PÉREZ GIL, J. Barcelona Editorial Bosch, 2016, p.542.

que puede resultar útil su aportación, “Una característica notable de la tecnología de la información es el impacto que ha tenido, y que tendrá, en la evolución de la tecnología de las telecomunicaciones. 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 una dirección de destino o ponerlos a disposición de cualquiera que quiera acceder a los mismos.” Además, queda así reflejado también en la doctrina, por GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO<sup>60</sup> la dificultad de la diferenciación entre el traslado de información entre dos máquinas, que en ese caso se trataría de un proceso técnico automático, donde la participación de las personas es remota y por tanto indirecta, y por ende no se puede saber con exactitud si el traslado de datos se hace con una intención clara de comunicarse, en dicho caso, pueden verse afectados los derechos del secreto de comunicaciones o el de privacidad que dará lugar a que esa transmisión no se viera protegida por ellos. O, por otro lado, el supuesto de que la comunicación protegida, que es aquella que se desarrolla entre personas con una participación directa, que deberá contar con una protección legal de dichos derechos, amparado por garantías legales, donde suele existir una intención de comunicación entre ellos, pese a que se practique por dispositivos electrónicos.

Para terminar, hay que tener presente que el delincuente que se sirva de la utilización de los dispositivos electrónicos le propicia una manera más asequible a la hora de la comisión del delito, pero a su vez, otorga datos sobre éste que pueden ser relevantes para su localización geográfica, además de que permite el acceso a cualquier información personal del mismo, como sus datos, mensajes, imágenes. Cabe mencionar que la evolución tecnológica ha permitido

---

<sup>60</sup> GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS “Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital”, *Prueba y proceso penal: análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 15-16.

que se lleve a cabo con mayor facilidad la investigación delictiva en aquellos delitos que requieren de conexión a Internet tanto también en la investigación clásica, debido a las mejoras en la investigación forense por ejemplo con los perfiles genéticos, también por el acceso a los datos que nos proporcionan las nuevas tecnologías y los dispositivos de almacenamiento masivo de información.

## **6.2 DEFINICIÓN Y REGULACIÓN LEGAL**

En primer lugar, debemos comprender el significado de la palabra “registrar”, que sería “examinar el interior de una cosa para descubrir algo que puede estar oculto”<sup>61</sup>. Por tanto, diremos que se trata de una diligencia de investigación que se puede adoptar durante el transcurso de esta, que consiste en el acceso al contenido e información de un terminal electrónico, existen diferentes dispositivos sobre los que puede recaer dicha medida, los cuales posteriormente comentaré. Según DELGADO MARÍN, consisten en “la utilización de un lenguaje binario a través de un sistema que transforma impulsos o estímulos eléctricos o fotosensibles y, por cuya descomposición y recomposición informática grabada en un formato electrónico, genera y almacena la información. Dicho lenguaje es un código inteligible sólo para los informáticos, y la visualización del texto en pantalla es una traducción en lenguaje común, descodificado”<sup>62</sup>. Dicha medida, además, no se podrá adoptar para llevar a cabo la investigación penal de cualquier delito, sino que se deberán de cumplir una serie de principios como son los de especialidad, excepcionalidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad, detallados más adelante. Asimismo, la medida deberá ser adoptada por el juez instructor mediante un auto debidamente motivado. Como finalidad podríamos decir que reside en la consecución de medios de prueba necesarios para acceder a otras fuentes de investigación o para averiguar un delito. El régimen jurídico y legal de la medida de investigación tecnológica, se ubica en el capítulo VIII denominado “registro de dispositivos de almacenamiento

---

<sup>61</sup> Diccionario del Uso del Español de María Moliner, ed. Gredos, Madrid, 1994, pág.974.

<sup>62</sup> Delgado Martín, J., “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, Diario La Ley, núm 8693, 2016, pags 2-3.

masivo de información” entre los artículos 588 sexies.a hasta el 588 sexies.c de la LECrim.

En primer lugar, el artículo 588 sexies a, es aquel que se relaciona con la necesidad de motivación individualizada, el artículo 588 sexies. b hace alusión a la información de dispositivos electrónicos que se han incautado fuera del domicilio cuyo titular es el investigado y por último, el artículo 588 sexies. c es aquel que va encaminado a detallar la importancia de la existencia de una autorización judicial.

### **6.2.1 Tipos de dispositivos**

El artículo 588 sexies a.1 se refiere al registro de los siguientes dispositivos.

En primer lugar, hace mención a los ordenadores, que son aquellos dispositivos que posibilitan el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa o de un software, tal y como se recoge en el art 19 del Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia de 23 de noviembre de 2001.

Siguiendo el precepto, encontramos los instrumentos de comunicación telefónica o telemática, que serían aquellos dispositivos que permiten las transmisiones de voz como pueden ser las comunicaciones telefónicas, mediante llamadas por teléfono, y las de datos como las comunicaciones telemáticas, como podrían ser las videoconferencias practicadas por Google Meet o Zoom. Por telemática se entiende, según el diccionario de la RAE, como la “aplicación de las técnicas de telecomunicación y de la informática a la transmisión de información computarizada”.

Seguidamente, los dispositivos de almacenamiento masivo de información digital son aquellos que posibilitan el archivo de datos en un formato electrónico, como pueden ser los USB, las tarjetas de memoria, los discos ópticos como el CD, DVD.

Y en último lugar, en la redacción del precepto se nombra el repositorio telemático de datos, que es aquel lugar en el que se archiva la información en formato digital, es decir, los datos y a los que se podrá acceder mediante una red de comunicación, como es el caso del cloud computing, tradicionalmente conocido como nube. Según Google Cloud, se trata de “la disponibilidad de

recursos de computación bajo demanda (como almacenamiento e infraestructura) como servicios a través de Internet. Elimina la necesidad de que las personas y las empresas gestionen sus propios recursos físicos y paguen solo por lo que utilicen”. Por tanto, en cuanto a la práctica del registro, gracias a la existencia de la nube, facilita la investigación ya que los datos se encontrarían almacenados en una única plataforma, sin importancia de la localización geográfica de la persona que intente acceder a los datos, debido a su acceso mediante la red. Aunque se debe tener presente que el cloud computing no es el único servicio que permite el almacenamiento de datos a través de internet, sino que también, existen servicios comerciales ofrecidos a través de internet, como la banca electrónica, que posibilita al cliente a acceder a su banco y realizar las operaciones que estimase pertinentes, dando lugar a la generación de movimientos bancarios que quedan, por tanto, reflejados y almacenados en los servidores de la entidad bancaria. Además, otra forma de cloud computing podría ser el correo electrónico al que el usuario es capaz de acceder telemáticamente. Se trata de según la FGE 5/2019 de “depósitos de información en alojamientos externos a los que se accede a través del dispositivo o sistema propio del usuario.”

Habría que analizar si es posible que el registro abarcara únicamente los repositorios de datos propios del investigado, o además, se extendiera a sistemas informáticos ajenos, a los que este accede a través de su propio sistema como puede ser su cuenta bancaria o actividad laboral temática.

La respuesta afirmativa la podemos encontrar en el art. 588 sexies c.3 cuando dice “los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte de él podrán ampliar el registro, siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para este”. Por tanto, la condición de la licitud y de la autorización judicial serían los requisitos primordiales para otorgar la validez al registro.

Además de la FGE 5/2019, se puede concluir que se planteó la existencia de problemas de jurisdicción en atención al acceso a sistemas informáticos externos, ya que en Internet no existen fronteras y por tanto, era difícil entender que Juez era competente de aquellos datos que se encontrasen ubicados en

servidores en el extranjero. Se culminó entendiendo que sería lícito acceder a los datos incluso aquellos que se hallen fuera de España, con una simple autorización judicial, ya que se considera a los repositorios telemáticos como una parte más del sistema el cual se está registrando, porque lo relevante no va a ser donde se encuentren los datos, sino que desde donde se accede a ellos.

## **6.3 DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS**

### **6.3.1 Derecho al entorno virtual**

En la actualidad, los dispositivos electrónicos, no solamente se utilizan para el almacenamiento de datos, como podría ser el caso de fotografías, datos de cuentas corrientes o las agendas de contacto, sino que, se tratan de unos terminales de naturaleza multifuncional, que permiten la existencia de la comunicación entre las personas. Debido a lo anterior, se da lugar al supuesto de que se produzca una dificultad a la hora de poder plasmar cual es el derecho fundamental que protege los datos conservados en un dispositivo de almacenamiento masivo de información.

La jurisprudencia establece dos supuestos diferenciados, por un lado, cuando se produce una afectación al derecho de la intimidad, y por otro, al derecho al secreto de comunicaciones. Tal y como se reconoce en la STS 342/2013 de 17 de abril, “El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo, 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 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. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos ( art. 18.4 de la CE ). Pero su contenido también puede albergar -de hecho, normalmente albergará- información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones”.

Además, la distinción entre ambos derechos provenía de la distinta forma de tratamiento cuando se practicaba el registro, en relación con la autorización judicial, ya que en el caso de la vulneración del derecho al secreto de

comunicaciones regulado en el art. 18.3 CE, era requisito indispensable contar con una autorización judicial para poder llevarlo a cabo, mientras que cuando se producía una afectación al derecho de la intimidad, regulado así en el art. 18.1 de la CE, existían supuestos en los que se podría practicar el registro sin necesidad de contar con dicha autorización judicial, como son los casos en los que concurran razones de urgencia, necesidad, y cumpliendo el principio de proporcionalidad. Por tanto, se entendió por la jurisprudencia que las actuaciones policiales serían respetuosas con los derechos fundamentales en los casos en los que concurriesen dichos presupuestos, aunque no existiese, por tanto, la resolución judicial que lo autorizase<sup>63</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la STC 70/2002 de 3 de abril destacó que “la regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que solo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir esta, los efectos intervenidos que puedan pertenecer al ámbito de lo íntimo han de ponerse a disposición judicial, para que sea el juez quien los examine. Esa regla general se exceptiona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad”.

La sentencia además menciona que, la valoración de las razones de urgencia y necesidad en cuanto a la intervención policial se debe realizar de manera ex ante, aunque es posible que también se valore ex post, y lo mismo ocurre con el principio de proporcionalidad. Por tanto, en el caso de que conste una falta del presupuesto habilitante o no se respetase dicho principio, supondría la vulneración del derecho fundamental, teniendo efectos procesales como la ilicitud de las pruebas obtenidas

---

<sup>63</sup> ZARAGOZA TEJADA, J.I. *El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información* en: *Investigación Tecnológica y Derechos Fundamentales*, Navarra (Aranzadi), 2017, pág. 430-431.

En cuanto a los distintos derechos fundamentales que podrían quedar afectados como consecuencia de esta medida, se reconoce la afectación con carácter general a la intimidad del usuario, ya que en los dispositivos electrónicos se almacena gran parte de datos y como expone la STC 173/2011, de 7 de noviembre “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”.

Por otro lado, se afectaría el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones cuando se practique el registro sobre un dispositivo que abarque datos pertenecientes a procesos comunicativos. La jurisprudencia entendía que la afectación culmina cuando se finaliza el proceso de comunicación. Debido a que una vez finaliza el mismo, no se produciría una afectación a la inviolabilidad de las comunicaciones, porque solamente quedará protegido durante el tránsito de la comunicación, sino al ámbito de la intimidad. Sobre este tema podemos extraer de la STS 864/2015 de 10 de diciembre 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 protección constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.”

Sin embargo y en contraposición con la anterior sentencia, y tomando de punto de partida la STEDH Malone contra Reino Unido, la STC 144/1984 de 29 de noviembre, que expone la posibilidad de prolongación de la protección del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, sin que éste quedase acotado

al proceso comunicativo, por tanto, ya no solo se vulnera el derecho con la interceptación de las comunicaciones sin que se conculcaría en el momento en el que se tuviera conocimiento de la antijuricidad de aquello que ha sido efectivamente comunicado. Y en referencia a esto, la STC 230/2007 de 5 de noviembre entiende lo siguiente “como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado -apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario”.

La solución a la problemática de la distinción de afectación a los derechos fundamentales la podemos encontrar gracias al surgimiento de una nueva doctrina jurisprudencial, que responde a la necesidad de otorgar un tratamiento unitario para los distintos derechos que entran en juego cuando se hace uso de un dispositivo de almacenamiento masivo de información y por tanto, permite dejar atrás ese tratamiento diferenciado. Dicho tratamiento unitario, se empezó a adoptar tras la reforma operada por Ley 13/2015, de 5 de octubre, por la cual se llevó a cabo dicho tratamiento a los derechos fundamentales como son la intimidad, la protección de datos y al secreto de comunicaciones, y por el que se regulaban de manera conjunta el registro de dispositivos. Ya que con anterioridad a dicha reforma operada por LO 13/2015 la FGE 5/2019 entendía que “existía una jurisprudencia consolidada que entendía que la habilitación judicial previa para el registro de un dispositivo de almacenamiento masivo de información, como un teléfono móvil inteligente, dependía del derecho fundamental que se pudiera ver comprometido. De esta manera, cuando se trataba del secreto de las comunicaciones se exigía siempre previa autorización judicial, pero no así cuando era simplemente la intimidad del investigado la que podía resultar limitada por el registro, como ocurría en los casos de inspección de la agenda de contactos de un teléfono móvil. La reforma procesal ha puesto fin a esta situación, incorporando casi textualmente al articulado de la LECrim el art. 347 de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, que ya introducía la exigencia de autorización judicial necesaria en todos los casos de registro de esta clase de dispositivos”.

Además, la STS 489/2018 de 23 de octubre se pronunció acerca de este tema y concluyó que “el legislador con buen criterio ha optado por otorgar un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles,

reveladores del perfil personal del investigado, configurando ese derecho constitucional de nueva generación, el derecho a la protección del propio entorno virtual”. Como consecuencia de lo anterior, surge un derecho fundamental, llamado derecho al entorno virtual, que se reconoce como un derecho de última generación, debido a que se muestra patente en un ámbito donde transcurre la tecnología de la información, la comunicación y el ciberespacio, por tanto, es aquel que protege el acceso a las nuevas tecnologías.

Dicho derecho abarca la protección acerca de todos aquellos datos que pudieran encontrarse en un dispositivo electrónico, debido a que estos son capaces de almacenar muchos de ellos, asimismo, permiten el incremento en las comunicaciones entre personas. Es importante entender que esta medida se trata de una manera invasiva de intromisión en la intimidad virtual del usuario y por ende, se deberá de practicar siempre de forma cautelosa.

Además, hay que tener presente que, la creación de este derecho al entorno virtual, tiene su origen en la evitación de las posibles incongruencias que pudiesen surgir como consecuencia de que una autorización judicial habilite el acceso a la policía a unos datos que estuviesen protegidos por el derecho a la intimidad, pero no para acceder a unos que estuviesen protegidos por otro derecho, como puede ser la inviolabilidad de comunicaciones que se encuentren en el mismo dispositivo electrónico.

La STC 173/2011 de 7 de noviembre, detalla que “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, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona”.

Para terminar con la explicación, se puede comprender que, debido a la nueva regulación más garantista, no sería necesario observar si se produce la vulneración de un derecho o de otro distinto, ya que tal y como expone la Fiscalía General del Estado en su Circular 5/2019 sobre el registro de dispositivos y equipos informáticos se requerirá de una autorización judicial, en la que se

fundamente mediante un auto motivado las circunstancias que dan lugar al acceso de los datos contenidos en los dispositivos electrónicos, con independencia del derecho fundamental que se viese afectado. Por ende, sería necesaria la autorización con independencia del derecho que afectara, ya sea el derecho a la intimidad del investigado, o al secreto de comunicaciones.

#### **6.4 ACCESO A LOS DISPOSITIVOS INCAUTADOS CON OCASIÓN AL REGISTRO DOMICILIARIO**

El acceso a los dispositivos de almacenamiento de información incautados con ocasión al registro domiciliario se encuentra regulado en el Capítulo VIII denominado “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”, más concretamente, en el artículo 588 sexies a de la LECrim. Donde queda detallado 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.”

Por tanto, se debe tener presente que, la simple incautación de los dispositivos practicada durante el registro domiciliario, no legitima su acceso, se deberá de requerir una autorización judicial específica y adicional, para que posteriormente el juez pueda autorizar el acceso al contenido de dichos dispositivos. Por lo que se deberá de fundamentar dicha autorización al margen de la de entrada y registro domiciliario. Según la STS 786/2015 de 4 de diciembre, se establece “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.” “Lo que el legislador pretende, por tanto, 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.”

Si bien es cierto, que lo común es que en la misma autorización judicial que faculta la entrada y registro, exista además, una motivación que justifique y exponga las razones por las cuales se admite el acceso a los datos de los dispositivos, siempre y cuando se prevea con ocasión a la entrada la incautación de los dispositivos, aunque existen casos en los que no ocurre lo mismo, con lo cual, se tendrá que llevar a cabo una habilitación específica mediante un auto motivado de manera posterior a la entrada y registro que permita su acceso.

Tal y como dice la FGE 5/2019, “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 STS n.º 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 de una de las diligencias y no de la otra, al estar sujetas ambas a exigencias distintas; 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.”

## **6.5 ACCESO A LOS DISPOSITIVOS INCAUTADOS FUERA DEL DOMICILIO DEL INVESTIGADO**

En cuanto al acceso a los dispositivos incautados fuera del domicilio del investigado, se encuentran regulados en mismo capítulo que los anteriores en el artículo 588 sexies b de la LECrim, y le sería igualmente aplicable el artículo anterior. Además de que ocurre lo mismo en relación con la incautación de los dispositivos, lo cual no legitima su acceso y requiere de una motivación específica en la resolución judicial para ello. Si se quisiera acceder a su contenido, se tendrá que solicitar una resolución que posteriormente lo habilite, siempre y cuando no se prevea la incautación de los mismos, por lo que, en caso contrario, estaría contemplado en la misma resolución como norma general tal y como establece la FGE 5/2019 “cuando se vaya a proceder a la detención de

una persona respecto de la que existan sospechas de que porta un teléfono móvil con información relevante para la causa, nada impediría que, en el propio auto de detención o con independencia a este, se resolviera y motivara adecuadamente la procedencia de registrar su teléfono.

## **6.6 PRESUPUESTOS**

### **6.6.1 AUTO JUDICIAL NECESARIO**

Para poder practicar esta medida de investigación, será requisito indispensable contar con una autorización judicial, tal y como se muestra regulado en el artículo 588 sexies c de la LECrim, siempre y cuando no medie ninguna de las excepciones que posteriormente detallaré.

La solicitud de la autorización judicial se regula en el art. 588 bis b) LA LEY 1/1882. Se podrá acordar por el juez de oficio o a instancia del MF o la PJ.

Cuando el MF o la PJ lleven a cabo la solicitud al juez de instrucción sobre la medida, el contenido que debe abarcar dicha petición sería el siguiente, regulado en el apartado segundo del art. 588 bis b)

Primeramente, la descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del sujeto, también las razones que explican la necesidad de aplicación de dicha medida, los indicios existentes de criminalidad, además de los datos de identificación del investigado, la extensión de la medida, la unidad investigadora de la PJ, la duración de la medida, el sujeto obligado que lleva a cabo la medida, y por último, la forma de ejecución.

Debemos tener presente que existe el art. 588 bis c) el cual trata sobre la necesidad de que, con carácter previo a la adopción de la medida de investigación, sea oído el MF.

En cuanto a la forma que tendrá que adoptar la resolución, es mediante un auto motivado, art. 588 bis c.1, siendo el plazo máximo de 24h desde la presentación de la solicitud, sin perjuicio de que posteriormente se requiera por el juez una ampliación de la autorización judicial recogida en el artículo 588 bis c.2 explicado más adelante.

El contenido de la resolución será el establecido en el art. 588 bis c.3, que hace alusión al hecho punible, calificación jurídica, indicios racionales que funden la

medida, la identidad del investigado, la extensión de la medida, la unidad de la PJ, la duración de la medida, la forma y periodicidad con la que el solicitante informa al juez sobre los resultados de esta, y por último, la finalidad perseguida.

Cabe mencionar que es posible que la autorización sea previa o posterior. En el caso de que se prevea la incautación de los dispositivos electrónicos durante la práctica c del registro en el domicilio, en el auto de la entrada y registro domiciliario se deberá de indicar además la autorización para el registro de los dispositivos de almacenamiento masivo de información, y siempre está se debe encontrar debidamente fundamentada y motivada señalando las razones que justifican la práctica de dicha medida, todo ellos regulado en el artículo 588 sexies a.1 de la LECrim.

O en caso contrario, la autorización judicial podrá ser otorgada de manera posterior a la entrada y registro recogido en el artículo 588 sexies a.2. de la LECrim para así conseguir el acceso al contenido de los dispositivos. Se debe tener presente que, durante la entrada y registro, no solamente se podrá proceder a la incautación de dispositivos tales como ordenadores, tables, teléfonos, sino que también a sus instrumentos como pueden ser los ratones, cables, teclados o las pantallas, o asimismo, a la información relevante para la investigación junto con los datos necesarios

En dicha autorización es necesario que se tengan en consideración los siguientes parámetros, en primer lugar, debemos valorar cuál sería el grado de afectación de los derechos fundamentales del investigado, para así poder realizar una ponderación de los intereses que se muestran confrontados que apruebe el registro. Para poder llevar a cabo esa limitación en los derechos fundamentales y practicar el registro de dispositivos, tendremos en cuenta los siguientes principios rectores:

En primer lugar, el principio de especialidad hace alusión a la ilegalidad de un registro que sea genérico sobre los dispositivos, sin que se practique la investigación sobre un delito en concreto. No se debe de trata de una investigación prospectiva para prevenir los delitos, sino que deben de existir unos indicios objetivos sobre el investigado.

En segundo lugar, el principio de idoneidad, relacionado con el anterior, en cuanto a que debe llevarse a cabo el registro siempre y cuando existan razones objetivas para ello y no basarse en meras sospechas prospectivas, además de definir la duración de las medidas y el ámbito objetivo, que engloba a aquellos dispositivos objeto de registro, además de los archivos o datos que puedan encontrarse en él, y por otra parte, el ámbito subjetivo, que hace referencia al investigado o un tercero, que serán los sujetos afectados por el registro.

En tercer lugar, el principio de excepcionalidad y necesidad se deberá de practicar el registro cuando no existan otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales y que sean igualmente eficaces para el descubrimiento del delito.

En último lugar, el principio de proporcionalidad es aquel que valora la gravedad del delito, teniendo presente la naturaleza del bien jurídico y la pena correspondiente. Se produce por tanto una ponderación, entre el interés público y de terceros y el propio interés del investigado que puede ver afectado algún derecho fundamental por la aplicación de la medida. Tal y como refleja la STC 115/2013 de 9 de mayo el principio de proporcionalidad al decir que “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”.

Por otro lado, tal y como dispone el artículo 588 sexies c.1 de la LECrim “La resolución del juez de instrucción mediante la que se autorice el acceso a la información contenida en los dispositivos a que se refiere la presente sección, fijará los términos y el alcance del registro y podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos. Fijará 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.”

Por tanto, dicho precepto se ocupa de contemplar el contenido mínimo que debe tener la resolución. Este contenido comenzaría hablando sobre los términos y el

alcance del registro, además de la autorización de la realización de copias a los datos y terminará estableciendo aspectos relativos a la prueba, todo ello examinado más adelante.

Se debe de apuntar que para asegurar la validez de la resolución judicial será necesaria una suficiente motivación.

Teniendo en cuenta la naturaleza del delito y la clase de datos que se pretenda conseguir del registro se deberá de incluir en la resolución, tanto la categoría de datos como los dispositivos que son objeto de investigación.

#### **6.6.1.1 Términos y alcance del registro**

Esta cuestión se contempla en el art. 588 sexies c, y hace alusión a la obligación que establece el juez para precisar los términos y el alcance del registro, que sería por tanto, nombrar qué datos son a los que se podría tener acceso durante el proceso de investigación. Siempre teniendo presente el respeto hacia los principios de excepcionalidad, especialidad, necesidad idoneidad y proporcionalidad, anteriormente nombrados. Lo que se pretende es que la afectación de los derechos fundamentales se produzca solamente hasta donde sea estrictamente necesario para así conseguir los fines de la investigación y además, respetando al resto de datos que configuran el entorno virtual del investigado.

Por otra parte, cabe recalcar que existe una delimitación del alcance subjetiva y objetiva. En cuanto a la delimitación subjetiva, diremos que se encuentra constituida por los sujetos afectados por el registro, pese a que solamente figure como afectado el investigado, podría además recaer la limitación de los derechos de terceros si el dispositivo electrónico registrado fuese compartido por varias personas o también puede ocurrir que los datos que se encontrasen almacenados en dicho dispositivo no fueran de su propia titularidad. Todo lo relacionado con la afectación a terceros se encuentra regulado en el art. 588 bis c.3.b) y 588 bis h LECrim.

Y en cuanto al alcance objetivo, se tendrán que determinar la clase de datos o archivos que deben ser registrado en un dispositivo, además de nombrar cuáles de ellos serian objeto de registro y cuáles no.

Una vez que queda determinado el alcance del registro, no se imposibilita que los términos pudieran ser ampliados, es decir que concurra el supuesto de ampliación del registro, posteriormente analizado, siempre que exista una nueva resolución, cuando surjan nuevos indicios que justifican que se lleve a cabo el mismo, para así conseguir el acceso a otros datos. Ambas delimitaciones se reflejan en la FGE 5/2019.

Es importante entender que es necesario que existan razones y motivos por los que se lleve a cabo la adopción de dicha medida, ya que esto será lo que determine la validez o no de la decisión judicial.

Así queda reflejado en la Circular del 5/2019, de 6 de marzo, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, que nombra la STEDH, de 3 de julio de 2012 “caso Robathin contra Austria, consideró violado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) en un supuesto de registro del ordenador de un abogado en el 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, sin embargo, no fue el excesivo alcance del registro, sino la falta de justificación de ese alcance, señalando el TEDH que el Tribunal “dio razones muy breves y bastante generales al autorizar la búsqueda de todos los datos electrónicos del bufete de abogados del solicitante. En particular, no abordó la cuestión de si sería suficiente buscar solo los discos que contenían datos relacionados con "R." y "G." Tampoco dio ninguna razón específica para su conclusión de que era necesaria una búsqueda de todos los datos del solicitante para la investigación”.

#### **6.6.1.2 Realización de copias de los datos informáticos**

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

Se trata, por tanto, de un requisito indispensable que debe encontrarse expresado en la autorización judicial, debido a que no solamente se produce la

visualización, sino que conlleva una intromisión mayor en el derecho fundamental del entorno virtual y se podrá practicar mediante dos mecanismos diferenciados. En primer lugar, por una copia lógica y por otro lado, el clonado o volcado.

La realización de las copias pretende otorgar una garantía en la investigación del delito, propiciando así la consecución de la integridad de las pruebas, pero sin embargo, al mismo tiempo, da lugar a una mayor invasión en el entorno virtual del investigado. Por todo ello, sería necesario en la resolución judicial se expresase cuales serían las condiciones para asegurar la integridad de los datos obtenidos y las garantías para su preservación, como consecuencia de la práctica de esta medida.

Centrándonos en los mecanismos anteriormente mencionados, en primer lugar, la copia lógica, es aquella que se basa en llevar a cabo una copia selectiva de algunas carpetas, sin embargo, también existe la posibilidad de realizar una firma digital mediante la función hash tal y como expone la Circular 5/2019, además es recomendable que el LAJ estuviera presente durante la selección de los archivos que se copian para así conseguir mayores garantías<sup>64</sup>.

Por otra parte, el volcado de datos o clonado, también expuesto en la FGE 5/2019, da lugar a la obtención de una copia que será igual que la original, debido a que la copia de la información se lleva a cabo bit a bit o mediante una copia espejo de la información original<sup>65</sup>, y se necesitará para garantizar la integridad de esta, la firma digital mediante la función hash. Dicha firma es el resultado de aplicar una función criptográfica a los bits, la firma será diferente en el caso de que se produzca un cambio de datos. Por tanto, para poder asegurar la cadena de custodia y que quede así preservada, en la intervención de unos datos, se deberá de comprobar la coincidencia entre la firma hash de dicho archivo y la firma de la copia de la evidencia digital para así poder compararla con la original. En este caso no sería requisito indispensable la presencia del LAJ, sin embargo,

---

<sup>64</sup> MARCHENA GÓMEZ.M y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO. N., *La reforma de la Ley...Op.Cit.*, p. 375.

<sup>65</sup> SALOM CLOTET, J. "Incidencias de la nueva regulación en la investigación de los delitos cometidos a través de medios informáticos", dentro de «La protección de datos en la cooperación policial y judicial», editado por la Agencia Española de Protección de Datos. Editorial Thomson Aranzadi, 2008, pág. 145.

puede ocurrir que sea necesario cuando se conlleva a desprecintar el dispositivo, permitiendo así que se garantice la identidad del mismo y además de la prueba o para extender el acta de inicio y final del clonado.

Se debe de apuntar que en el caso de que se produzca una irregularidad en la práctica de la copia de datos no conllevará la nulidad de la misma, sino que recaerá en la imposibilidad de poder valorarla como prueba.

Ahora bien, analizando la STS 165/2016 de 2 de marzo, se puede extraer lo siguiente respecto a la presencia del letrado, perito y LAJ “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 letrado del imputado ni un perito nombrado por la parte en el momento de volcar el contenido del ordenador. Es más, el nuevo artículo 588 sexies c ) ni siquiera requiere la presencia del Secretario Judicial en el momento de abrir el ordenador y obtener el disco duro. Y en cuanto al nombramiento de un perito de parte para que esté presente, la sentencia de esta Sala 342/2013, de 17 de abril , si bien considera que la parte puede designar un perito, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 476 de la LECr ., su no intervención no condiciona la validez de la diligencia.”

### **6.6.1.3 Condiciones para asegurar la integridad de los datos y garantías para su preservación**

Tal y como figura en el art. 588 sexies c.1 “Fijará 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”.

En dicho artículo además de contempla la posibilidad de realizas copias de los datos informáticos. Pero hubiese sido más adecuado que la ley fijase los elementos necesarios que garanticen la integridad y autenticidad de los datos, no solo para hacer posible la práctica de un dictamen pericial, tal y como se señala anteriormente, sino también para poder preservar la cadena de custodia, cuyo principal problemática se encuentra en que, en esta prueba digital debe quedar garantizado que los datos enviados al tribunal son coincidentes con aquellos que en su día fueron incautados, sin que hayan sufrido modificaciones

o manipulaciones de ningún tipo, por tanto, para ello es necesario acreditar la autenticidad del origen y la integridad del contenido.

Primeramente, a través de la cadena de custodia se podrá documentar cada fase en la que el dispositivo se somete a una manipulación desde que se produce su incautación hasta el posterior análisis mediante el acceso a sus datos o archivos.

Para evitar que se produzca una infracción en la cadena de custodia, se deberá de garantizar un registro detallado sobre aquellas manipulaciones o movimientos desarrollados durante la práctica de este, además de la identificación de la persona responsable de dicha manipulación en las diferentes etapas, y por último, cerciorarse de que no se lleven a cabo accesos no autorizados por una resolución judicial, salvo que concurran los supuestos excepcionales.

Ahora bien, a continuación, hablaré sobre los efectos que conlleva que se produzca la infracción de la cadena de custodia, que según nos dice la STS 587/2014 de 18 de julio “afecta a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso penal. Por ello la cadena de custodia constituye una garantía de que las evidencias que se analizan y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial son las mismas que se recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de dicha prueba pericial.”

No obstante lo anterior, se podría llevar a juicio de forma distinta, como por una declaración de agentes que realizaron el volcado que posteriormente será valorado por el tribunal de enjuiciamiento<sup>66</sup>. Sería el caso del volcado que pueda ser susceptible de practicar sin necesidad de la presencia del LAJ, aunque no tendría la consideración de prueba constituida, pero constituiría otra forma de poder llevarlo a juicio.

#### **6.6.1.4 Excepciones a la autorización judicial**

##### **6.6.1.4.1. Razones de urgencia**

---

<sup>66</sup> FERNÁNDEZ-GARRARDO, J.Á., “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”. Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, ISSN 1132-9947, Vol. 25, N.º 2, 2016, p. 43.

Tal y como aparece regulado en el art. 588 sexies c.4 “En los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, 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. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida.”

Este apartado hace referencia a las situaciones en las que se hace imprescindible una intervención policial de manera urgente.

Existen algunas medidas restrictivas de derechos fundamentales como son la intervención de las comunicaciones, regulada en el art. 18.3 de la CE y la entrada y registro en domicilio, regulada en el art. 18.2 de la CE, que si cuentan con una reserva absoluta de resolución judicial o monopolio jurisdiccional contenido en nuestra CE. Sin embargo, no se encuentra recogido en la misma, una reserva ya que tal y como afirma la STC 281/2006 de 9 de octubre “no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal, de modo que excepcionalmente hemos admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10), siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad”.

Cabe mencionar la STS 786/2015, de 4 de diciembre, ya que muestra de manera implícita un caso de intervención policial urgente en atención a una serie de imágenes relacionadas con agresiones sexuales propiciadas a niñas de entre cinco y ocho años, entendiéndose que “La simple posibilidad de que esas imágenes pudieran llegar a convertirse, de una u otra forma, en contenidos difundibles en la red, intensificando de forma irreparable el daño ocasionado a las dos menores,

era un riesgo que había de ser ponderado en el momento del juicio de necesidad y proporcionalidad.”

Y en atención a esos dos juicios, podemos destacar que engloban dos de los presupuestos para poder practicar la intervención policial, junto con el de urgencia.

Por tanto, en relación con el presupuesto de necesidad, podemos concluir que hace alusión a la necesidad de conseguir información mediante el registro de dispositivos que ayuden obtener la finalidad de la investigación. Pero solamente, deberá practicarse cuando sea estrictamente necesario y no existan medidas menos gravosas y que sirvan para obtener el mismo fin. De la STC 115/2013, se puede argumentar el juicio de necesidad, debido a 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 (juicio de necesidad)”.

En cuanto al segundo presupuesto, podemos nombrar la proporcionalidad de la medida, también reconocida en la misma sentencia cuando nos dice que “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 (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).”

Y por último, el tercer presupuesto hace referencia a la urgencia en el acceso al contenido de los dispositivos electrónicos, es decir, sus datos. Analizando la sentencia nombrada, podemos argumentar la urgencia debido a que “en el presente caso el acceso policial a la agenda de contactos de los teléfonos móviles que encontraron encendidos en el lugar de los hechos constituye una diligencia urgente y necesaria para tratar de averiguar la identidad de alguna de las personas que huyeron cuando fueron sorprendidas, in fraganti, custodiando un importante alijo de droga, evitando así que pudieran sustraerse

definitivamente a la acción de la Justicia. Concurrían, pues, ex ante las razones de urgencia y necesidad que legitiman constitucionalmente la intervención policial”.

#### **6.6.1.4.2. Consentimiento del afectado**

En primer lugar, cabe mencionar que resulta un requisito indispensable que la persona afectada sea plenamente consciente y se encuentre adecuadamente informada sobre la diligencia para la cual va a prestar consentimiento.

El consentimiento del afectado se trata de un presupuesto mediante el cual se legitima la injerencia del derecho a la intimidad, ya que permite el acceso a los datos personales ubicados en sus dispositivos, porque la STC 173/2011, de 7 de noviembre, afirma que “cualquier injerencia en el contenido de un ordenador personal –ya sea por vía de acceso remoto a través de medios técnicos, ya, como en el presente caso, por vía manual- deberá venir legitimada en principio por el consentimiento de su titular”, además, en este sentido, la SSTC 196/2006, de 3 de julio entendía que “el consentimiento eficaz del sujeto particular permita 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”. La STS 786/2015 nos muestra un supuesto en el que concurre un consentimiento por parte de la detenida “la procesada, una vez detenida confesó los hechos a las autoridades, entregando los equipos informáticos y facilitando las claves de acceso y colaboró efectivamente con ello a la identificación del coprocesado D. Carlos Francisco”. Se debe apuntar que, el consentimiento no necesariamente ha de ser expreso, existe la posibilidad de que sea verbal, ya que en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, se observa un supuesto en el que no produjo una afectación a la intimidad personal del trabajador, debido a que éste había prestado su consentimiento verbalmente para poder llevar a cabo el reconocimiento médico, por lo tanto, se observa la eficacia del consentimiento y de “la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad”.

Tomando en consideración que tal consentimiento, según la STC 159/2009, de 29 de junio “puede ser revocado en cualquier momento”.

De la STS 786/2015 se puede extraer lo siguiente “el consentimiento para legitimar el acceso al contenido documentado de comunicaciones a las que ya se ha puesto término y que, en consecuencia, desbordan la protección constitucional que dispensa el art. 18.3 de la CE , puede ser otorgado mediante actos concluyentes. Y bien elocuente de la voluntad de Susana son los actos de identificación de las cuentas y entrega de las claves.” Por tanto, otra parte de la jurisprudencia admite que el consentimiento sea prestado tácitamente cuando derive de actos concluyentes, como el supuesto anteriormente nombrado.

Por último, cabe nombrar que según la FGE 5/2019 “en los casos en los que el afectado se encuentre detenido, aplicando la doctrina jurisprudencial elaborada para los casos de registro domiciliario, no será precisa la asistencia del letrado para llevar a cabo el registro del dispositivo, pero sí para obtener el consentimiento del afectado, si no existiera autorización judicial (STS n.º 187/2014, de 10 de marzo). La razón de ello señala la STS 550/2001, de 3 de abril, es que la manifestación de voluntad así prestada debe ser seriamente cuestionada teniendo en cuenta que el detenido puede sentirse condicionado o presionado por dicha situación, incluso desconocer la posibilidad de negarse a autorizar la entrada, así como las consecuencias que pudieran derivarse de dicho acto”.

### **6.6.2 AMPLIACIÓN DEL REGISTRO**

La ampliación del registro se encuentra regulada en el art. 588 sexies c.3 LECrim “Cuando quienes lleven a cabo el registro o tengan acceso al sistema de información o a una parte del mismo conforme a lo dispuesto en este capítulo, tengan razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte de él, podrán ampliar el registro, 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. En caso de urgencia, 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”.

La ampliación del registro suele tener lugar para conseguir una visión más completa de la situación, es decir, cuando la información obtenida de la investigación no sea suficiente y, sea necesario abarcar más allá, en otros datos para seguir recabando información acerca del caso. La FGE 5/2019 muestra la existencia del requisito de autorización judicial previa para la ampliación, salvo como hemos apuntado anteriormente, concurriesen razones de urgencia que requieran de su práctica. En cuanto al tiempo máximo de duración, la ley no establece ninguna duración del registro, lo único que se observa es que no puede exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos.

## **6.7 DEBER DE COLABORACIÓN**

### **6.7.1 Responsabilidades en caso de incumplimiento y límites al deber de colaboración**

En primer lugar, cabe mencionar que dicho deber se encuentra regulado en el art. 588 sexies c.5 “Las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán 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 delito de desobediencia.”

Si bien podemos encontrarlo además en el art. 19.4 del Convenio de Budapest, en cual dice que “Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a sus autoridades competentes a 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 toda la información necesaria, dentro de lo razonable”.

En cuanto a las responsabilidades que puede recaer sobre aquellos que incumplan el deber de colaboración, podemos mencionar las siguientes.

En primer lugar, la ley nombra que dicho incumplimiento dará lugar a un delito de desobediencia acarreado, por tanto, una responsabilidad penal, tipificada en el art. 556 del CP, a excepción de que se configure una carga desproporcionada para el afectado. Puede ocurrir ante la negativa del sujeto a proporcionar las claves de las contraseñas con el fin de acceder a sus dispositivos, o cuando se produzca una destrucción de los datos del terminal.

También se podrá generar una responsabilidad civil y administrativa.

En el primer supuesto, debido a que la falta de colaboración cause daños a terceras personas, en esos casos, se podrá solicitar una indemnización por daños y perjuicios. Cuyo fundamento jurídico se encuentra en el art. 1902 CC “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.” Un supuesto de hecho acerca de este tipo de responsabilidad podría ser el caso de que se retrase el acceso al contenido de los datos de los clientes porque el empresario no colabore con el volcado de datos alegando una autorización por parte de los clientes. Consecuencia de esto, se da lugar a una pérdida parcial del contenido de los dispositivos y hace que no se pueda obtener nuevamente esa parte de información necesaria para el proceso.

En el segundo supuesto, mediante la imposición de sanciones administrativas que constituyen multas.

Aunque el precepto legalmente establecido en la LECrim, haga alusión a que la parte destinataria de este cumplimiento es “cualquier persona”, en el siguiente apartado, nombraré las posibles excepciones a esta regla.

Primeramente, hace alusión a que esta obligación no se podrá aplicar al investigado o encausado. Tampoco podrá ir dirigida hacia aquella persona que no tengan la obligación de declarar por razón de parentesco. Y en el último supuesto, se reconoce que, según el art. 416.2, no se aplica respecto de aquellas personas que no puede declarar en virtud del secreto profesional.

## 7. CONCLUSIONES

Primera. Existen incoherencias en relación con la definición otorgada por la LECrim del domicilio y la que expone la jurisprudencia. La ley procesal en su art. 554 nos proporciona un catálogo cerrado de opciones, mientras que la jurisprudencia aborda un ámbito de posibilidades más extenso en relación con la consideración o no del domicilio respecto de diferentes lugares, como puede ser un trastero, o una autocaravana, un barco, que varía según la jurisprudencia que se trate, la cual se centra en los aspectos instrumentales de los lugares, es decir, se valora si en dicho lugar transcurre la intimidad personal y familiar, focalizándose así en el uso que se le puede dar como un espacio que se acerca a la privacidad, mientras que la ley procesal abarca las características físicas de los lugares, por ejemplo que se trate de un espacio cerrado. Por tanto, se da lugar a un desfase entre la realidad práctica y la norma procesal.

Segunda. Los riesgos que se despliegan del consentimiento por parte del titular del domicilio, debido a que realmente se encuentre sometido a una situación de presión que le impida tomar una decisión acertada, aún más cuando este se encuentra detenido, o simplemente no sea plenamente consciente de la decisión que está tomando e informado de sus derechos, que en dicha situación el consentimiento se encontraría viciado. Considero que, la validez del mismo tendría que surgir en aquellos supuestos en los que estuviesen lo suficientemente claros para poder prestarlo, y que, para evitar los posibles riesgos nombrados, en el resto de los casos, entiendo que debería decretarse forma preferente, la autorización judicial, debido a que en ocasiones el consentimiento otorgado por el investigado puede acarrear una fisura en sus propias garantías.

Tercero. La presencia del abogado defensor durante la práctica del registro domiciliario, pese a que no es necesaria ni se muestra obligatoriamente recogida en la ley, entiendo que es deseable y de suma importancia su asistencia durante la diligencia de investigación, ya que así, aún más cuando el investigado se encontrase detenido, se podrá asegurar el cumplimiento del correcto proceso con todas las garantías y demostrar que el consentimiento prestado por este es válido y libre.

Cuarta. La utilización de la jurisprudencia en cuanto al uso del término de la flagrancia delictiva conlleva a veces a situaciones en las que se produce una injerencia intolerable e injustificada de derechos fundamentales, propiciando así, la realización de registros abusivos y que se incurran en arbitrariedades, es decir, situaciones que no se encuentran respaldadas por la ley o que no tienen fundamento razonable para poder llevarlas a cabo. En ocasiones se han permitido registros que no cumplían con los criterios de urgencia e inmediatez exigidos por la ley, lo que produce que el principio de legalidad como merecedor de respeto, carezca del mismo y que se ponga en riesgo la protección del domicilio, por tanto, se requiere de la existencia de una interpretación de dicho término más reforzada, rigurosa y precisa.

Quinta. El avance tecnológico, se ha desarrollado de manera exorbitante, lo que ha significado la necesidad de la innovación en los derechos tecnológicos, como el conocido “derecho al entorno virtual”. Sin embargo, su origen no se debe a una voluntad por parte del legislador, sino que más bien fue una respuesta ante las diferencias que surgían con otros derechos. Se conforma como una manifestación autónoma de los derechos al secreto de las comunicaciones y a la intimidad. La necesidad de otorgar un tratamiento unitario para los distintos derechos que entran en juego cuando se hace uso de un dispositivo de almacenamiento masivo de información dio lugar a su nacimiento.

Sexta. La simple incautación no legitima el posterior acceso al contenido de los dispositivos, aunque cuando con ocasión al registro, se prevea la incautación de los mismos, como regla general, estaría habilitado el acceso mediante motivación en el mismo auto judicial, o en caso contrario, se permitiría en una posterior autorización judicial, siempre fundamentada y motivada exponiendo las razones que justifiquen el desarrollo de la medida, ya que en caso contrario, conllevaría la nulidad de la misma.

Séptima. Los principios rectores como la proporcionalidad, la especialidad, la idoneidad, la necesidad o la excepcionalidad que se desarrollan a lo largo del procedimiento deben ser aplicados de manera estricta, aunque en ocasiones en la práctica, no ocurra así, ya que algunas de las autorizaciones judiciales que permiten los registros, no tienen en cuenta la ponderación de derechos e

intereses que se muestran en juego, por ser genéricas. En el caso de que no se encuentre motivada y no sea justa en atención al caso concreto, se estaría produciendo una injerencia en el principio de la tutela judicial efectiva y además en la protección establecida en nuestra Constitución, lo que acarrearía la indefensión.

Octava. La celeridad que requieren este tipo de investigaciones da lugar a que no sea compatible acudir a mecanismos de cooperación judicial internacional. Generando así, la licitud del acceso al contenido de los dispositivos electrónicos con la simple autorización judicial, tanto en España como cuando los datos se encuentren en el extranjero. Por tanto, se muestra el planteamiento sobre los posibles problemas de jurisdicción que pueden surgir, como consecuencia del acceso a sistemas informáticos externos, ya que no existen fronteras en internet, que se encuentran ubicados físicamente fuera del territorio donde se halle el Juez que autorizó el registro.



## 8. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ANTONIO, A. L., *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución Española de 1978*, ed. Colex, Madrid 1993.
- PASCUAL LOPEZ, S., *La inviolabilidad del domicilio en el Derecho Español*, ed. Dykinson, Madrid 2001.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., *La inviolabilidad del domicilio. Temas clave. La Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992.
- ALONSO PÉREZ, F. "Formalidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado", *Diario La Ley*, octubre 2002.

- ALONSO PÉREZ, F. “El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro”, Diario La Ley, nº5602, septiembre 2002.
- HINOJOSA SEGOVIA, R. *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Edersa, Madrid, 1996.
- GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2014.
- GIMENO SENDRA, V.: *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ GALLARDO, J. A., “La asistencia letrada en las diligencias de investigación”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales- Núm. LXIX, Enero 2016, VLEX.
- FRANCISCO ARIAS, J. “Entrada en lugar cerrado”. Revista: Justicia 88, nº 111, 1988.
- LÓPEZ BARGA DE QUIROGA, J. *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II, Aranzadi.
- GALLEGOS MORENO, A. “La inviolabilidad del domicilio y la diligencia de entrada y registro en domicilios particulares” Revista Jueces para la democracia, n.º 1, 1987.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1979.
- SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Dº Político*, 3ª edición, Ricardo Fe, Madrid, 1887.
- BARRIENTOS PACHO, J.M.: *Entrada y registro en domicilio particular en La prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada del CGPJ, Madrid, 2000.
- LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000.
- MOLINA PÉREZ, T., “La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción”, en Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLIII,

núm. 43, 2010, Real Centro Universitario “Escorial-María Cristina”  
San Lorenzo del Escorial- Madrid.

- FERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ, J.C., “Entradas y registros domiciliarios: restricción del derecho a la inviolabilidad domiciliaria”, Estudios Jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales, núm. 6, 2001.
- RIVES SEVA, *La diligencia de entrada y registro domiciliario*, marzo 2004, editorial Bosch S.A.
- SALCEDO VELASCO, A., “Derecho de defensa, asistencia letrada y su intervención en la diligencia de entrada y registro”. Cuadernos de Derecho Judicial, 1992.
- ALVÁREZ RODRÍGUEZ, J.R. y RÍUS DIEGO, F.J., *La entrada y registro en lugar cerrado. Consideraciones procesales, jurisprudenciales y policiales*, ed. Tecnos, Madrid, 2009.
- RODRÍGUEZ SOL, L. *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998.
- MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO N. *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. “Las nuevas medidas de investigación tecnológica y la enésima invocación al principio de proporcionalidad”. Justicia: Revista de Derecho Procesal. Núm. 1. J.M. Bosch, 2018.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., «Algunas reflexiones acerca de la reglamentación de las nuevas medidas de investigación tecnológica de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Nuevos Horizontes del derecho procesal. Libro homenaje al profesor Ernesto Pedraz Penalva*, con JIMENO BULNES, M., y PÉREZ GIL, J. Barcelona Editorial Bosch, 2016,
- GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS “Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital”, *Prueba y proceso penal: análisis especial de la prueba prohibida en*

*el sistema español y en el derecho comparado*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

- Delgado Martín, J., “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, Diario La Ley, núm 8693, 2016.
- ZARAGOZA TEJADA, J.I. *El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información en: Investigación Tecnológica y Derechos Fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- SALOM CLOTET, J. “Incidencias de la nueva regulación en la investigación de los delitos cometidos a través de medios informáticos”, «La protección de datos en la cooperación policial y judicial», editado por la Agencia Española de Protección de Datos. Editorial Thomson Aranzadi, 2008.
- FERNÁNDEZ-GARRARDO, J.Á., “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”. *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, N.º 2, 2016.

