

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROF. DR. D. JESÚS MARTÍNEZ RUIZ

Miguel Olmedo Cardenete

Nuria Castelló Nicás

María José Jiménez Díaz

Jesús Barquín Sanz

Carlos Aránguez Sánchez

Coordinadores



Dykinson, S.L.

Madrid

2022



EL CONSENTIMIENTO VOLUNTARIO AL REGISTRO DOMICILIARIO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CASOS DE NULIDAD POR “INTIMIDACIÓN AMBIENTAL”¹

CARLOS ARÁNGUEZ SÁNCHEZ
*Abogado y Profesor Titular de Derecho Penal
de la Universidad de Granada (españa)*

I. EL ESCUETO MARCO NORMATIVO DEL REGISTRO VOLUNTARIO

El domicilio es el ámbito espacial donde se protege con mayor intensidad la intimidad de una persona². Precisamente por ello, el art. 18 CE lo consagra expresamente como derecho fundamental³ (en absoluta sintonía con la normativa internacional⁴), el art. 202 CP tipifica el allanamiento como delito⁵, y el art. 545 LECrim

1 Jesús era más que un amigo, era parte de “mi familia por elección”. Sorprendente y divertido, Jesús era auténtico: una persona sincera y transparente. Su eficaz, pero atípica concepción de la diplomacia, es algo que solo en visto en él. Elegante por fuera y por dentro. Me encantaba la peculiar forma de ordenar su despacho, en el que siempre encontraba lo que buscaba en medio de un aparente caos. En su círculo de confianza, le encantaba exhibir sus rudos modales de Alférez de Complemento, pero podía hacerlo con toda tranquilidad porque en realidad nadie dudaba jamás de su ternura y su nobleza. Jesús es parte mi vida, se ha quedado conmigo para siempre.

2 El Tribunal Constitucional (STC 22/1984, de 17 de febrero) define el domicilio 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”.

3 Art. 18.2. CE: “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”.

4 La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12, proscribía las injerencias arbitrarias en el domicilio de las personas, reconociendo el derecho de éstas a la protección de la ley contra las mismas. En la misma forma se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17. Y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone en su artículo 8 que, “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

5 En el art. 202. 1º CP se tipifica el allanamiento de morada: “El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

establece como principio general la inviolabilidad domiciliaria ⁶. Pero esa protección cede en tres supuestos: cuando existe consentimiento del morador, ante una autorización judicial y en caso de delito flagrante⁷.

En el presente estudio nos vamos a centrar únicamente en una modalidad del consentimiento: los casos de autorización voluntaria de una diligencia de entrada y registro de domicilio particular a petición de agentes de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La LECrim dedica un único precepto a la regulación de esta institución, el artículo 551: "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 6.⁹ de la Constitución del Estado". Actualmente esa remisión debe entenderse referida al art. 18.2 de la Constitución Española de 1978.

Es terrible que una institución de tanta transcendencia sea regulada de una forma tan escueta y por una norma de 1882. La insuficiencia de un marco normativo adecuado ha tenido que ser suplida en la práctica por una amplia y estable jurisprudencia del TC y el TS.

De esta forma, España podría estar incumpliendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que admite que la Legislación interna permita el registro policial con consentimiento del morador (*Halford c. Reino Unido*, § 49) ⁸, pero exige que la Ley nacional interna debe ser clara, previsible y suficientemente accesible (*Silver y otros c. Reino Unido*, § 87) ⁹

6 Art. 545 LECrim: "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".

7 La STS de 16 marzo 2001 nos recuerda las características de un delito flagrante: "Se considera como tal el que se está cometiendo o se acaba de cometer cuando el delincuente es sorprendido; considerándose también delincuente in fraganti a quien es sorprendido inmediatamente después de la comisión del delito, con efectos o instrumentos que infundan la vehemente sospecha de su participación en él.

Según la doctrina son notas propias del delito flagrante las siguientes:

1. Inmediatez, es decir, que la acción delictiva se esté desarrollando o se acabe de realizar.
2. 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 del mismo.

Estas dos últimas notas adquieren especial relevancia cuando, de acuerdo con el artículo 18.2 de la Constitución, se invoca el delito flagrante para legitimar un registro domiciliario efectuado sin consentimiento del titular y sin resolución judicial".

8 Véase *Halford c. reino Unido*, 25 de junio de 1997, *recopilación de sentencias y decisiones* 1997-III

9 Véase *Silver y otros c. reino Unido*, 25 de marzo de 1983, serie A no 61.

II. INDICIOS QUE JUSTIFICAN LA SOLICITUD POLICIAL DE ENTRADA VOLUNTARIA EN UN DOMICILIO

La diligencia de entrada y registro voluntaria se produce cuando la policía tiene una sospecha de actividad criminal, pero dicha sospecha no viene acompañada de claros indicios de actividad delictiva, porque en tal caso procede la solicitud de una orden judicial para realizar la diligencia de entrada y registro del domicilio, ni tampoco se presenta la emergencia de descubrir un delito flagrante, ya que en ese supuesto no sería relevante el consentimiento del morador.

Pero eso no significa que no deban existir ciertos indicios de delito, pues toda actuación policial que suponga una injerencia en derechos fundamentales debe estar justificada por racionales sospechas de actividad delictiva. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no pueden solicitar arbitraria y masivamente a los ciudadanos la entrada en sus domicilios, porque sería una evidente lesión del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

Por ello, la policía no puede, por ejemplo, justificar la petición de consentimiento para entrar en un domicilio en presunciones que se basen en argumentos discriminatorios, como la etnia a la que pertenece el investigado o la conflictividad del barrio en el que se ubica la vivienda.

Y de este modo planteamos ya una de las principales críticas a esta institución: la diligencia de entrada y registro voluntario exige indicios que justifiquen su petición y, si existen indicios sólidos para proceder, lo más garantista y eficiente es que se conceda autorización judicial para el registro domiciliario. Es lo más adecuado porque el juez podrá rechazar peticiones policiales infundadas, y es lo más eficaz porque en muchos casos si se solicita un diligencia de entrada y registro voluntario y el morador se niega a ello, puede perjudicarse la investigación. Por ejemplo, pensemos en un supuesto en el que un agente observa como se producen intercambios de lo que parecen ser papalina de droga por dinero a través de la reja de un domicilio: si solicita una entrada y registro voluntaria y el morador no presta su consentimiento, ese traficante puede a continuación destruir las pruebas que le incriminan (así, arrojando al inodoro las papelinas que tenga en casa), con lo que un registro ulterior con orden judicial resultará infructuoso.

En cualquier caso, los indicios para la práctica del registro domiciliario deben haber sido obtenidos sin intromisión tecnológica en la vivienda. En nuestro país no se ha planteado aun esta cuestión, pero el Tribunal Supremo de EEUU ha dictaminado que no se pueden utilizar aparatos de imagen térmica para escanear domicilios y solicitar luego orden de registro (*Kyllo vs. United States*, 2001), ni siquiera perros entrenados para oler desde el exterior del domicilio la posible posesión de narcóticos (*Florida vs. Jardines*, 2013). Creo que esa misma solución jurídica es aplicable a nuestro Derecho.

III. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO AL REGISTRO DOMICILIARIO

El consentimiento prestado por engaño o coacción se considera nulo¹⁰. En la práctica, el problema es diferenciar con nitidez los casos en los que dicho consentimiento ha sido libre y voluntariamente prestado de aquellos otros en los que ha sido obtenido mediante presión. La Sala Segunda del TS nos advierte que si la voluntariedad del consentimiento debe ser exigida en ámbitos como la contratación mercantil, mucho más escrupulosos debemos ser cuando se trata de renunciar a un derecho fundamental¹¹.

De este modo, la jurisprudencia¹² establece con nitidez la necesidad de que el consentimiento reúna los siguientes requisitos para que la entrada y registro en el bien inmueble sea válida:

- 1.- Debe ser otorgado por el titular del domicilio. Esta titularidad puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical. Es morador protegido por inviolabilidad domiciliaria quien reside coyunturalmente en ella (incluso unos días, como invitado)¹³, o quien reside temporalmente en una habitación de hotel¹⁴, o en una residencia militar¹⁵. No obstante, en la práctica se ha diferenciado entre los casos de comoradores con iguales derechos (por ejemplo, un matrimonio), de aquellos otros supuestos en los que hay un comorador en precario, por ejemplo un invitado a residir en un domicilio unos días¹⁶. En estos últimos casos debe prevalecer siempre la voluntad del morador de pleno derecho frente al morador en precario.
- 2.- Tiene que prestarse por persona capaz; esto es mayor de edad y sin restricción alguna en su capacidad de obrar¹⁷. Por ejemplo, en la STS de 4 de noviembre de 2002 se considera nulo el consentimiento prestado por un menor de 14 años (morador, hijo del investigado). En supuestos de minusvalía psíquica aparente, esté o no declarada judicialmente, no puede considerarse válidamente prestado el consentimiento, todo ello en base al art.

10 Con carácter general así se recoge en el art. 1265 del Código Civil.

11 La STS de 18 de abril de 2011 es contundente cuando afirma: *"La autorización o licencia que el consentimiento significa para los funcionarios policiales penetren y registren el domicilio de una persona debe estar absolutamente desprovisto de toda mácula que enturbie el exacto conocimiento de lo que hace y la libre y voluntaria voluntad de hacerlo. es decir, el consentimiento ha de estar exento de todo elemento susceptible de provocar o constituir error, violencia, intimidación o engaño (Cc 1265), 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"*.

12 Entre otras muchas, vid. SsTS de 29 de abril de 2011, de 4 de noviembre de 2002.

13 STC núm. 209/2007 de 24 septiembre.

14 STC núm. 10/2002 de 17 enero, que derogó el antiguo art. 557 LECrim, considerando que las habitaciones de hotel están protegidas por la intimidad domiciliaria.

15 STC núm. 189/2004 de 2 noviembre.

16 En la STC núm. 209/2007 de 24 septiembre se considera válido el registro autorizado por el propietario de la vivienda al que se opone el invitado que residía en la misma unos días.

17 STS de 9 de noviembre de 1994.

25 CP: “a los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”.

- 3.- Solo es necesaria la asistencia de un letrado cuando quien presta el consentimiento para el registro voluntario se encuentra detenido ¹⁸. Es contundente en este sentido, la STS de 21 de diciembre de 2017 cuando afirma: “El recurrente estaba detenido cuando fue requerido para dar su autorización a un registro en su vivienda. Ese acto como manifestación de su voluntad, debió ser practicado en condiciones de asesoramiento y asistencia letrada requerida por el artículo 520 LECrim”, y ello porque como afirma la STS de 21 de enero de 2021: “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. Si la asistencia de letrado es necesaria para que éste preste declaración estando detenido, también es necesaria para asesorarle si se encuentra en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento, justificándose esta doctrina en que no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que ha venido denominándose “la intimidación ambiental” o la reacción que la presencia de los agentes de la autoridad representan”. Esto es, en los casos en los que el sujeto está detenido se presume la existencia de intimidación ambiental que vicia el consentimiento, y por ello se requiere siempre la asistencia letrada que equilibre la situación de desamparo que sentiría el detenido frente a los agentes de policía que le solicitan su permiso para registrar el domicilio. De este modo, si el titular está detenido su consentimiento no será válido, por carecer de asistencia letrada al momento de concederlo ¹⁹. Y por supuesto, como recuerda la STS de 29 de septiembre de 2005, no es suficiente la mera presencia del abogado, sino que éste asesore adecuadamente a su defendido antes de prestar el consentimiento. Si se incumple este man-

¹⁸ Es pacífica y reiterada la jurisprudencia que establece que cuando un sujeto se halle detenido resulta obligatoria la asistencia de un letrado para que sea válido el consentimiento prestado por el investigado para que la policía practique un registro en su domicilio. Vid., SsTS de 27 de julio de 2015, de 2 de junio de 2014, y de 11 de octubre de 2012, entre otras muchas. Como se afirma en la STS de 2 de diciembre de 1989: “El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del 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”.

¹⁹ Es constante la línea jurisprudencial en este sentido, tanto del TC como del TS. Entre otras, vid. (SSTC. 196/87 , 252/94 , SSTs. 2.7.93 , 20.11.967 , 23.1.98 , 14.3.2000 , 12.11.2000 , 3.4.2001).

dato se entendería lesionado el art. 17.3 CE²⁰, y el registro sería declarado nulo, con los efectos previstos en el art. 11.1 LOPJ.

4. No son necesarias en ese caso las formalidades recogidas en el art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de la presencia del Secretario Judicial.
5. No es válido el consentimiento prestado por un morador que denuncia como parte acusadora a otro morador: Así, se concede el amparo declarando vulnerado el derecho a la inviolabilidad domiciliaria en el supuesto analizado en la STC 22/2003, de 10 de febrero, cuando la esposa separada del marido al que denuncia por violencia de género es quien presta su anuencia para que registren la habitación en la que duerme su marido y se encuentra un arma de fuego; mientras se practicó el registro él estaba detenido en dependencias policiales.
6. La jurisprudencia ha destacado que debe otorgarse expresamente, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 551 parece autorizar el consentimiento presunto²¹. Este artículo ha de interpretarse restrictivamente, pues el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición cuanto, y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio *in dubio libertas* y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada²².
7. Puede prestarse oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará documentalmente para su constancia indeleble²³.
8. El consentimiento debe ser otorgado para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos²⁴.
9. Pero sin duda la cuestión esencial es que el consentimiento debe ser otorgado consciente y libremente. Esto significa que no puede existir engaño (activo u omisivo), ni tampoco coacción (explícita, por someter el registro a condición, o implícita, esto es “intimidación ambiental”). Por su importancia, desarrollaremos este punto más ampliamente en el siguiente epígrafe, centrándonos en los casos más conflictivos, aquellos en los que se alega intimidación ambiental.

20 Art. 17.3 CE: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”.

21 La STS de 18 de diciembre de 1997 recurre al aforismo: “*Qui siluit cum loqui debuit, et notint, consentire de videtur*”, esto es “El que guarda silencio cuando debía y podía hablar parece consentir”, pero esta añeja línea jurisprudencial ya ha sido superada.

22 STS de 26 de junio de 1998.

23 STS de 29 de abril de 2011.

24 STS de 6 de junio de 2001.

III. LA PRUEBA DE LA VOLUNTARIEDAD Y LA LIBERTAD DEL CONSENTIMIENTO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CASOS DE SOMETIMIENTO A CONDICIÓN Y LOS SUPUESTOS DE INTIMIDACIÓN AMBIENTAL

Para que podamos entender que el consentimiento es libre y voluntario se requiere que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase.

Por ejemplo, será nulo por mediar engaño el consentimiento al registro otorgado ante la falsa afirmación de que existe una orden judicial que lo autoriza, y que con el consentimiento del morador solo se está agilizando un trámite legal. Y por supuesto, será nulo por violencia el consentimiento firmado por quien ha sido sometido a torturas. Pero estos casos son bastante infrecuentes en la práctica, hasta el punto de que no hemos encontrado jurisprudencia en este sentido.

En cambio, en la práctica, se ha alegado por las defensas con cierta frecuencia la nulidad del consentimiento prestado en contextos de intimidación ambiental. Esto es, el consentimiento no se considerará válido si no se produce en las condiciones de serenidad y total ausencia de intimidación (incluyendo sus formas más sutiles).

Nuestra jurisprudencia presume siempre la existencia de intimidación ambiental en dos casos:

1. Cuando el investigado está detenido (por eso como ya analizamos exige que haya asistencia letrada)²⁵.
2. Cuando existe una negociación entre el agente que solicita el consentimiento y el morador, por ejemplo, no investigar al hijo mayor de edad que estaba en la vivienda (ni siquiera mencionarlo en las diligencias) si la madre acepta el registro voluntario revelando la existencia de una plantación de marihuana que gestionaba su marido. Es imprescindible que el consentimiento no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean.

Pero con independencia de estos dos casos concretos, cabe estimar “intimidación ambiental” cuando se presentan una serie de indicios que analizados en su conjunto pueden justificar esa nulidad del consentimiento:

- Por el lugar en el que se cursa la negociación: Por ejemplo, el agente que invade el jardín delantero de la vivienda cruzando la puerta exterior del recinto, está ya dentro de la morada cuando solicita el permiso del morador para practicar el registro.
- Por el número de agentes: Por ejemplo, un morador frente a una treintena de agentes con varios vehículos policiales con luminarias policiales encendidas y con perros; un despliegue excesivo para intervenir una pequeña plantación de marihuana en un domicilio. O por la llegada de múl-

25 Especialmente clara al respecto es la STS de 13 de enero de 2021, afirmando que en estos casos existirá siempre vicio por “intimidación ambiental”.

tiples curiosos o periodistas a la puerta del domicilio, pues el morador puede consentir irreflexivamente para evitar el escarnio.

- Por el aprovechamiento de la falta de sosiego del morador: Por ejemplo, se irrumpe por sorpresa a las 7:00 de la mañana, recién despertado, después de haber tomado la noche anterior una pastilla para dormir. Firma sin gafas a pesar de que no puede leer sin ellas.
- Por la vestimenta: Por ejemplo, un agente uniformado y armado frente a morador en pijama o ropa interior (la semidesnudez despliega con frecuencia un sentimiento de vergüenza e incomodidad que puede impedir reflexionar con serenidad).

IV. EL CONTROL JURISDICCIONAL POSTERIOR A LA PRÁCTICA DE UNA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO CONSENTIDA.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no considera contrario a la inviolabilidad domiciliaria que la legislación nacional permita registros voluntarios, pero siempre que la ausencia de orden judicial previa se compense con un control judicial posterior y eficaz de la legalidad y la necesidad de la medida (Isildak c. Turquía, § 51; Gutsanovi c. Bulgaria, § 222). Esto implica que el interesado puede obtener una revisión judicial efectiva, de hecho y de derecho, de la legalidad de la medida y una reparación adecuada en caso de que sea declarada ilegal (Delta Pekárny A.S. c. República Checa, § 87).

En nuestro Derecho interno, la STS de 24 de enero de 2018 es muy clara al establecer el absoluto grado de certeza sobre la voluntariedad del consentimiento que debe comprobar el Juzgador: “ha de ser un consentimiento sobre cuyo alcance no puede cernirse duda alguna”. Es más, las dudas, dice nuestra Sentencia de 15 de febrero de 1995, deben ser interpretadas en beneficio de los acusados, para dar mayor protección constitucional al concepto de domicilio, por lo que, en definitiva, procede considerar ilícito en el mismo, máxime si no cuenta con los requisitos que anteriormente hemos dejado expuestos, de ineludible observancia²⁶.

En caso de que el órgano jurisdiccional que examina la entrada y registro voluntaria considere que no es válido el consentimiento, la consecuencia de tal ilicitud debe consistir en expulsar del patrimonio probatorio tal diligencia, y de conformidad con el art. 11.1 LOPJ, puede surtir efectos el resto del acervo probatorio, si existe conexión de antijuridicidad (directa o indirecta)²⁷.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE REGULACIÓN

Es inviable seguir manteniendo la regulación establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada el 14 de septiembre de 1882. Afortunadamente

²⁶ SsTS de 4 de noviembre de 2002 y de 15 de febrero de 1995.

²⁷ STS de 4 de noviembre de 2002.

la sociedad de nuestros días dispensa un mayor nivel de garantías de protección a los derechos fundamentales.

La inviolabilidad domiciliaria no puede verse mermada por las simples sospechas de una ilicitud penal. Si tales indicios no son suficientes para justificar una autorización judicial, no deberían bastar para solicitar al morador que preste su consentimiento, pues la relación entre el agente de policía y el ciudadano no es una relación entre iguales desde una perspectiva material, y por ello el consentimiento siempre tendrá esa mácula de intimidación ambiental.

Además, esta fórmula de consentimiento del morador no se adapta a la responsabilidad de las personas jurídicas, que también tienen derecho a la tutela de su domicilio social.

De este modo, se propone que el consentimiento a la diligencia de entrada y registro voluntario siempre sea prestado tras recibir asistencia letrada. Con la asistencia del abogado, se garantiza que el morador o el representante legal de la persona jurídica (detenido o no) otorga libremente su consentimiento al registro.