

C. DERECHO PENAL	MOMENTO PROCESAL DE SOLICITUD DE PRUEBAS. DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO	Núm. 82/2001
-----------------------------	---	-------------------------

Ángel MUÑOZ MARÍN
Fiscal

• **ENUNCIADO:**

El Ministerio Fiscal dirige escrito de acusación contra Miguel en el que le imputa la comisión de un delito contra la salud pública. En el mencionado escrito se propone como prueba el interrogatorio del procesado, la testifical de los agentes de policía que intervinieron en la vigilancia del domicilio de Miguel durante los días anteriores a su detención, y la documental, haciendo referencia al número de documentos de los que intenta valerse, pero sin referirse entre los mismos a la diligencia de entrada y registro practicada. La defensa de Miguel en el acto del plenario alega que no puede tenerse en cuenta como objeto de prueba el acta de entrada y registro efectuada, al no haber sido propuesta por la acusación como prueba; y en todo caso, alega la nulidad de dicha prueba, ya que la misma se efectuó sin la presencia letrada.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Momentos en que han de solicitarse las pruebas.
2. Consideración que deba tener la diligencia de entrada y registro a los efectos de prueba.
3. Validez de la diligencia de entrada y registro al haberse realizado sin presencia letrada.

• **SOLUCIÓN:**

1. Momentos en que han de solicitarse las pruebas.

El enunciado del supuesto no nos dice de una manera directa si nos encontramos ante una instrucción efectuada por los cauces del sumario ordinario o del procedimiento abreviado, lo cual, sin duda, es determinante para la solución de la primera cuestión planteada. Sin embargo, de la lectura del mismo observamos que al referirse a Miguel lo hace con las palabras «procesado», situación esta que ha adquirido Miguel, al encontrarnos en los trámites del sumario ordinario, de conformidad con lo establecido en el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), sin que en el procedimiento abreviado exista esta figura, sino simplemente la condición de imputado, situación esta que no tiene un momento específico para adquirirse, ni precisa de una resolución expresa del instructor.

Por tanto, partimos de la base de que nos encontramos en el ámbito de un sumario ordinario, y en este sentido, el momento para solicitar las pruebas de que han de valerse las partes en el acto del juicio oral, lo determina el artículo 656 de la LECrim. en relación con el artículo 658 del mismo; estableciendo el artículo 656 cuál es el contenido que deben tener los escritos de calificación de las partes (entre los cuales se encuentra la prueba a practicar), mientras que el artículo 658 menciona

que el Magistrado Ponente examinará la prueba propuesta a fin de determinar la procedencia o no de las pruebas, lo que hará el Tribunal mediante auto, según establece el artículo 659 de la referida Ley.

Este encuadramiento temporal de la prueba solicitada lo reafirma posteriormente el artículo 728 de la LECrim. que señala «No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas». A ello hay que añadir lo establecido en el artículo 729 de la Ley que determina aquellos casos excepcionales en que se pueden practicar otras pruebas distintas a las propuestas en los escritos de calificación; entre las que destaca el supuesto previsto en el número segundo, que faculta al Tribunal a traer al juicio oral otra prueba que la propuesta por las partes en sus escritos, cuando las estime necesarias para la comprobación de alguno de los hechos que han sido reseñados por las partes en las calificaciones. Precepto este que tiene como finalidad la de obtener la verdad material por encima de la verdad formal.

De todo lo expuesto y en contestación a la primera cuestión planteada, hay que concluir que, tratándose de un sumario, ordinario la prueba de la que las partes quieran valerse en el acto del juicio oral deberá solicitarse en el trámite de las calificaciones provisionales; sin olvidar una circunstancia de suma importancia y que, por tanto, no nos cansaremos de repetir, que no es otra que la necesidad de determinar la prueba testifical con los nombres y apellidos de los mismos, esto es, una mención expresa, sin que valgan menciones genéricas a las pruebas solicitadas por las otras partes. En cuanto a la documental habrán de expresarse el número de los folios de que se intentarán valer las partes, sin que valga una mención genérica a la prueba documental. A lo dicho habrá que añadir la posibilidad que la LECrim. otorga al Tribunal al amparo de lo establecido en el artículo 729 de la LECrim.

2. Consideración que deba tener la diligencia de entrada y registro a los efectos de prueba.

A los efectos de prueba, la solución que tenga la cuestión planteada la encontramos en la naturaleza que posea dicha diligencia de entrada y registro. Si partiéramos de la base de que la misma bebe de la consideración de prueba documental estricta podríamos considerar que la misma no ha sido propuesta de una forma correcta, ya que en el escrito de calificación se ha realizado una mención específica de los documentos de que la acusación intenta valerse, sin que se encuentre entre ellos la diligencia de entrada y registro, por lo que no podría tenerse en cuenta por el Tribunal a la hora de dictar sentencia.

Sin embargo, la diligencia de entrada y registro realizada con las garantías legales establecidas en los artículos 545 y siguientes de la LECrim., entre las que se encuentra el haber sido realizada bajo la fe pública del secretario, no tiene la naturaleza estricta de prueba documental, aunque haya sido plasmada en un soporte material, y que de conformidad con lo establecido en el artículo 26 del Código Penal parezca que pueda tener tal consideración. Del análisis de todos los medios de prueba que puedan tener esta consideración, la diligencia de entrada y registro tiene sin duda la naturaleza de prueba preconstituida, es decir, aquella prueba que por sus especiales connotaciones no va a poder realizarse durante el juicio oral, ya que tiene un momento muy específico para su práctica, por lo que habrán de introducirse en el material probatorio mediante su documentación en fase de instrucción por el secretario judicial en la oportuna acta.

Ello lleva a considerar que al ser una prueba que ya se ha introducido en el material probatorio durante la instrucción, y que entre otras consideraciones, y en virtud de lo establecido en el artículo

730 de la LECrim. al ser, como ya hemos manifestado, una prueba de imposible reproducción, como tal, en el acto del juicio oral podrá darse entrada a la misma en el acto del juicio oral mediante la solicitud de la lectura de la misma. Por ello, la diligencia de entrada y registro tiene eficacia plena para ser valorada por el Tribunal.

3. Validez de la diligencia de entrada y registro al haberse realizado sin la presencia letrada.

En este apartado debemos someter a examen la posible nulidad de la diligencia de entrada y registro, ya que si bien se efectuó con la presencia del fedatario judicial, no asistió a la misma un letrado que asistiera a Miguel.

Partiendo de la mencionada premisa hay que plantearse si la inasistencia del letrado a la diligencia de entrada y registro podría suponer una vulneración de lo establecido en los artículos 17 y 18 de la Constitución.

Respecto a la posible vulneración de lo establecido en el artículo 18 de la Constitución y la posible vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio hay que rechazarla de una forma tajante, en tanto en cuanto el artículo 18.2 del texto constitucional establece tres supuestos para poder efectuar una entrada y registro, y no son otras que o bien el consentimiento del titular del mismo, por resolución judicial, o en caso de flagrante delito; constando en el presente supuesto que la entrada y registro fue autorizado por resolución judicial. Por su parte, el artículo 569 de la LECrim. no establece entre las personas que tengan que estar presentes en la diligencia de entrada y registro la persona del letrado; con lo cual desde la perspectiva del artículo 18 de la Constitución, no hay que achacar ningún vicio a la diligencia realizada.

En cuanto a la posible vulneración del artículo 17 de la Constitución respecto a la no presencia del letrado en la diligencia de entrada y registro, al encontrarse previamente detenido Miguel, conviene efectuar un examen más detallado. Así, el artículo 17.3 del texto constitucional señala que a la persona detenida se le garantiza la asistencia letrada, en las diligencias policiales y judiciales, en los términos establecidos por la Ley. Esta declaración del derecho fundamental a la asistencia letrada que establece nuestro texto constitucional viene determinado por lo que establezcan las leyes, por lo cual habrá que recurrir a lo establecido en la LECrim., la cual en el artículo 520.2 c) establece que el detenido tendrá derecho a la asistencia de abogado para la realización de cualquier declaración y reconocimiento de identidad de que sea objeto.

Por tanto, es claro que de la dicción de lo establecido en la LECrim., no se exige que en la diligencia de entrada y registro sea necesaria la presencia letrada, y así mismo, aunque Miguel se encontrara previamente detenido, la ley no exige la asistencia letrada para dicha diligencia, por lo que no puede achacarse a la misma ningún vicio que determine la nulidad de la misma por vulneración de los derechos fundamentales de Miguel, y que se realizó cumpliendo con lo establecido en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- **Constitución Española, arts. 17 y 18.**
- **Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 384, 545, 656, 658, 728, 729 y 730.**
- **Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 11.1.**
- **SSTS de 6 de marzo y 17 de abril de 2001.**