

Antonio Evaristo Gudín
Rodríguez-Magariños
Letrado de la Administración de
Justicia en la Audiencia Nacio-
nal

La entrada y registro del domicilio de las personas jurídicas voluntariamente consentida por sus administradores

Examen de las novedades introducidas por la Ley de la Fiscalía Europea

Sumario

-
La Ley de la Fiscalía Europea ha ampliado las prerrogativas de la fiscalía para llevar a efecto las entradas y registros al amparo de las normativas de cumplimiento de las empresas. Esta norma prevé como escenario natural de este tipo de diligencias la colaboración de los responsables de las empresas. Sin embargo, la extensión de la función legitimadora del consentimiento a este tipo de diligencias es limitada por razón de la afectación de los intereses de tercero. La propia norma es consciente de estas limitaciones y establece ámbitos de exclusión en el que el consentimiento de los detentadores de los espacios afectados no resulta bastante para legitimar el registro de sus instalaciones. Se aborda en el presente trabajo la extensión y alcance de los diversos intereses afectados más allá de lo que pueda entenderse como protección domiciliaria de las personas jurídicas.

Abstract

-
The European Public Prosecutor's Office Act has extended the prerogatives of the public prosecutor's office to carry out searches and seizures under company compliance regulations. This law envisages the cooperation of company managers as a natural scenario for this type of proceedings. However, the extension of the legitimizing function of consent to this type of proceedings is limited due to the impact on the interests of third parties. The law itself is aware of these limitations and establishes areas of exclusion in which the consent of the owners of the affected spaces is not sufficient to legitimise the search of their installations. This paper addresses the extension and scope of the different interests affected beyond what can be understood as the protection of the domicile of legal persons.

Title: *Consent Searches and Seizures of Companies*

-
Palabras clave: registros voluntarios, persona jurídica, Fiscalía Europea, normativa de cumplimiento

Keywords: *Consensual Searches, Legal Person, European Prosecutor's Office, Compliance Rules.*

-
DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.15

2.2023

Recepción
26/10/2022

-

Aceptación
25/1/2023


-

Índice

-

- 1. La protección de los derechos fundamentales de la persona jurídica**
 - 1.1. La protección de los derechos fundamentales asociados al ente jurídico
 - 1.2. La protección de los derechos fundamentales asociados al sustrato organizativo de la persona jurídica
- 2. El derecho a la protección domiciliaria de las personas jurídicas.**
- 3. Objeto de protección. Determinación del espacio protegido como domicilio de las personas jurídicas**
- 4. Prestación y suficiencia del consentimiento**
 - 4.1. Personas autorizadas para prestar el consentimiento
 - 4.2. Conflictos de intereses
 - 4.3. Forma de expresar el consentimiento. Información de derechos
- 5. La intromisión en el sustrato organizativo de la persona jurídica: Acceso a despachos, taquillas y oficinas de los empleados. La doctrina de la expectativa razonable de privacidad.**
- 6. Exclusiones al registro voluntario**
 - 6.1. Exclusión del registro voluntario de las personas y entidades jurídico-públicas
 - 6.2. Exclusión del registro voluntario de partidos políticos y sindicatos
 - 6.3. Exclusión del registro voluntario de los medios de comunicación
 - 6.4. La exclusión del registro voluntario a la documentación afectada por el secreto profesional
 - 6.5. Otros intereses afectados. Datos sensibles custodiados en dependencias de la empresa. Especial referencia al secreto bancario
- 7. Conclusiones**
- 8. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. La protección de los derechos fundamentales de la persona jurídica*

El registro voluntario del domicilio de una persona jurídica es una cuestión que hasta la fecha no había presentado grandes dificultades. Se trataba de una excepción al régimen general de la entrada y registro que no ha merecido un tratamiento específico, ni por la jurisprudencia, ni por la doctrina. El cambio que se está observando y que abre un escenario procesal desconocido viene de la mano de las políticas de cumplimiento normativo. Estas previsiones han dado lugar a una predisposición a consentir en la entrada y registro al objeto de colaborar con los fines de la investigación. El hecho es que tal renuncia constituye un acto especialmente complejo ante la diversidad de los intereses afectados. Así junto al ente dotado de personalidad jurídica, existe todo un sustrato de intereses y expectativas, vinculados a la perspectiva de continuidad a la que aspiran los llamados entes sociales, que se van a ver en mayor o menor medida afectados por el hecho del registro.

Es por esto por lo que a la hora de abordar el consentimiento es necesario hacer un tratamiento diferenciado según los intereses implicados, y distinguir los que están afectos al ente formal, constituido por el conjunto de facultades que reconocemos como persona jurídica, y los que dependen del sustrato organizativo que surge en torno al funcionamiento previsible de dichos entes.

1.1. La protección de los derechos fundamentales asociados al ente jurídico

Se ha dicho, que, si la persona jurídica es proyección de los intereses de quienes participan o se benefician de su existencia, es notorio que esa proyección debe hacerse extensiva no solo a los aspectos positivos, sino también a los negativos¹. De este modo, la dogmática ha reconocido a las personas jurídicas el derecho a la tutela judicial efectiva, a la intimidad, al honor o a la protección del domicilio, pero cuando así se hace, no es porque en estas resida un concreto interés, sino en la medida en que conculcando sus derechos quedan lesionados los intereses de las personas físicas individuales que intervienen por cuenta de aquella².

Como señala DEL ROSAL BLASCO, el tema de las personas jurídicas como titulares de los derechos fundamentales es un tema recurrente, que ha suscitado, y seguirá suscitando dudas, no solo en nuestro ordenamiento sino, en general, en el común de los ordenamientos de los países de nuestro entorno cultural.³ Así, el referido autor cita como ejemplo, la evolución de la jurisprudencia

* Autor: Dr. Antonio Evaristo GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS.

¹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., "La imputabilidad de las personas jurídicas y su capacidad para ser parte en el proceso penal", *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º. 43, 2017, p. 112.

² LÓPEZ JURADO reconduce esta condición a quienes puedan alegar un interés legítimo, en sentido material del término, esto es, en un bien jurídico, que no trae causa ni se fundamenta necesariamente en un derecho subjetivo perfecto, es decir, que se sustenta y justifica en sí mismo». LÓPEZ JURADO ESCRIBANO, F., «La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas: su influencia sobre nuestra jurisprudencia constitucional», *Revista de Administración Pública*, n.º 125, 1991, p. 571 y ss.

³ DEL ROSAL BLASCO, B., «El proceso penal de las personas jurídicas», dentro de *Manual de responsabilidad y defensa penal corporativa*, edificio n.º 1, La Ley, 12598/2018, p. 119.

constitucional de los EEUU⁴, y como desde la temprana decisión de *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518 (1819)⁵, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha ido progresivamente reconociendo a las personas jurídicas la misma posibilidad de ejercer derechos fundamentales que a las personas físicas individuales⁶. Efectivamente, a esa primera decisión le siguieron otras, a través de las cuales, y hasta llegar a resoluciones más recientes, el Alto Tribunal Norteamericano ha reconocido a las personas jurídicas el ejercicio y la protección de derechos fundamentales, consagrados en las diversas enmiendas a la Constitución de los EE.UU.⁷. Así, se ha reconocido a las personas jurídicas el derecho a un proceso debido, el derecho a la igualdad de trato, a la libertad religiosa, la interdicción de la doble incriminación y de la ocupación injustificada de la propiedad y particularmente la prohibición de registros e intervención de personas, domicilios papeles y efectos ordenada de forma arbitraria por los poderes públicos, recogido en la Cuarta Enmienda. Con todo este reconocimiento no implica de suyo una igualdad de trato con las personas físicas⁸.

En el ámbito europeo, la Ley Fundamental de Bonn en el art. 19 apartado tercero reconoció este derecho a las personas jurídicas nacionales en tanto que su propia naturaleza lo permita⁹. Sin embargo, las constituciones de los Estados europeos no se prodigan en dicho reconocimiento, siendo en la mayoría de los casos producto de una evolución jurisprudencial. Así el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos fue inicialmente pensado para garantizar los derechos de la persona física individual, no los derechos de las personas jurídicas, y es por esto por lo que en su art. 34 limita la legitimación para acudir al Tribunal únicamente a las personas físicas, y en defensa de los intereses de aquellas, a las organizaciones no gubernamentales o grupo de particulares que se consideren víctimas de una violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Con posterioridad a su promulgación primigenia, en 1952, el Protocolo Adicional al Convenio en su art. 1º, sección cuarta extendió la protección al derecho de propiedad a las personas jurídicas, reconociéndoles, expresamente, a toda persona jurídica el derecho al pacífico disfrute de sus bienes. Sobre las anteriores bases, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos desde la sentencia del caso *Sunday Times v. United*

⁴ DEL ROSAL BLASCO, B., «El proceso penal de las personas jurídicas», op. cit. p. 120.

⁵ Esta sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, o constituye un punto de referencia en orden a la autodeterminación organizativa de las personas jurídicas. El pleito nace como consecuencia del intento del Gobernador de Estado New Hampshire de redirigir la orientación ideológica del instituto Dartmouth, entidad fundada al amparo de la autoridad real y que las autoridades pretendían convertir en una institución pública.

⁶ DEL ROSAL BLASCO, B., «El proceso penal de las personas jurídicas: Especialidades» obra cit. p. 120.

⁷ OLIVER, P.: «Companies and Their Fundamental Rights: A Comparative Perspective», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, nº 3, julio 2015, pp. 665 y ss.

⁸ Ello, no obstante, hay otros derechos fundamentales, que les son reconocidos a las personas individuales, pero que no se les reconoce a las personas jurídicas, como es el del derecho a no incriminarse. En este caso el Tribunal Supremo explicó, en su decisión *Hale v. Henkel* 201 US 43 (1906), que la razón de ser de ese derecho estriba en la necesidad de prevenir la tortura física y otros medios menos violentos, pero igualmente represivos, de forzar la producción de pruebas incriminatorias, y, por tanto, no se puede afirmar que los redactores de la Quinta Enmienda pretendieran extender dicho privilegio para proteger intereses económicos u otros intereses de dichas entidades como para anular las apropiadas regulaciones gubernamentales.

⁹ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, traducida por Ricardo GARCÍA MACHOS y Karl-Peter SOMMERMANN, editado por Bundestag alemán. Sección de Relaciones Políticas, Berlín, 2021, p. 27.

Kingdom, el TEDH ha venido reconociendo el *ius standi* de las personas jurídicas en reclamación de las violaciones de derechos reconocidos en el Convenio¹⁰.

Al abordar esta extensión del Convenio a la protección de las personas jurídicas, la doctrina más autorizada distingue tres situaciones posibles de reconocimiento de la titularidad de los derechos:

- Una primera situación comprendería un grupo de derechos respecto de los que resulta imposible por su propia naturaleza hacer extensiva su protección a las organizaciones, por ejemplo, la prohibición de la tortura y las penas inhumanas o degradantes.
- Un segundo grupo de derechos que por el contrario se estiman siempre y sin discusión aplicables a las organizaciones, como la protección de la propiedad.
- Finalmente, se significa un tercer grupo de derechos humanos que se encontrarían en un punto intermedio, por ejemplo, la protección del hogar o la libertad de expresión, cuya protección va a depender del modo en que el ejercicio de estos derechos pueda integrarse en una organización¹¹.

La protección de los derechos fundamentales de las personas jurídicas sólo tiene sentido en la medida que los intereses subyacentes objeto de protección puedan trasladarse a las personas físicas que sufren la conculcación de sus derechos. Tal traslación se puede producir, bien porque estas últimas residencien estos intereses en las personas jurídicas, o bien porque empleen a las personas jurídicas como medio para la satisfacción de sus propias necesidades. Por otra parte, este interés subyacente no sólo se extiende a la persona de sus administradores o socios, sino al entorno organizativo, y a los intereses y expectativas que se derivan de aquel¹². De este modo, el distinto tratamiento que deba aplicarse a cada uno de estos grupos va a depender de si el objeto de protección es la organización en si misma (derechos prestación) o del sustrato de intereses afecto a la organización (derechos de carácter sustantivo).

¹⁰ STEDH serie A, num. 30, de 26 de abril de 1979. El origen del caso es la publicación por el periódico *The Sunday Times* de una serie de artículos poniendo de manifiesto la situación creada con motivo de la expención del fármaco Talidomida, en el que el periódico pretendía informar a las familias afectadas del estado de la cuestión. La fiscalía obtuvo una medida cautelar suspendiendo dichas publicaciones. El editor, el director y un grupo de periodistas de *The Sunday Times* presentaron una solicitud ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando que el requerimiento judicial infringía su derecho a la libertad de expresión, garantizado por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Comisión, por mayoría, concluyó que se había producido una violación del art. 10 y remitió el caso al Tribunal. El pleno del Tribunal, por 11 votos a favor y 9 en contra, declaró que la injerencia en la libertad de expresión de los demandantes no estaba justificada en virtud del art. 10, que permite las restricciones "prescritas por la ley y que son necesarias en una sociedad democrática para el mantenimiento de la autoridad y la imparcialidad del poder judicial", decidiendo el Tribunal que, aunque prescrita por la ley y con el fin de mantener la autoridad del poder judicial, la restricción no estaba justificada por una "necesidad social imperiosa" y, por tanto, no podía considerarse «necesaria» en el sentido del art. 10.

¹¹ EMBERLAND M., *The Human Rights of Companies: exploring the Structure of ECHR protection*, Oxford University Press, 2006, p. 63

¹² En este sentido, como veremos la moderna doctrina, la delimitación de la responsabilidad de las personas y de los entes colectivos en que se integran dependerá no tanto de la identificación de la culpa en un sujeto de derecho, sino como este sujeto interactúa en la sociedad en función de patrones establecidos. En atención, a esta especial posición y lo que se espera del individuo en este entramado, cabe distinguir lo que es responsabilidad del individuo y lo que obedece a una estructura sistemática en el que aquel está integrado y de alguna manera ha colaborado a su creación.

Lo que es claro en todo caso, es que la extensión de la protección de los derechos fundamentales a las personas jurídicas, no lo es desde luego con el mismo alcance e intensidad que las personas físicas. Desde luego, esta extensión resulta mediatizada en aquellos derechos que afecten a un interés que sólo es reconocible en las personas, como es la libertad ideológica, el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad y la seguridad o a la protección del domicilio, cuando así se hace no es porque estas ostenten un concreto interés, sino en la medida en que este agravio trasciende o se residencia en las personas jurídicas¹³. Siendo claro y manifiesto que sólo las personas físicas pueden percibir el alcance del agravio sufrido y son sensibles a las consecuencias jurídicas de la lesión producida, su traslación a las personas jurídicas lo es en la medida en que pueda reconocerse en aquellas los intereses afectados¹⁴. Es el caso del derecho al honor en el que, si bien la jurisprudencia admite generosamente que pueda hacerse extensiva a las personas jurídicas privadas, curiosamente en relación con las personas jurídicas de derecho público, la misma jurisprudencia rechaza esta aplicación extensiva¹⁵. El Tribunal Constitucional en estos casos ha señalado oportunamente que respecto de estas últimas su propia naturaleza pública les priva de la posibilidad de que puedan detentar un derecho de esta índole. Ciertamente es posible hablar de la dignidad, del prestigio o de la autoridad moral de las instituciones públicas, pero estos no son conceptos equiparables al derecho al honor, sino que son valores que simplemente merecen la protección penal que el legislador decida otorgarles (STC 139/1995, de 26 de septiembre, ponente Jiménez de Parga, BOE núm. 246 de 14 de octubre de 1995). Y es que, en estos casos, en que son afectados intereses públicos, no es posible trasladar o residenciar estos intereses a los particulares, pues si así se hiciese estaríamos de alguna manera preordenado estas entidades en función de nuestros propios intereses particulares¹⁶.

Distinto es el caso, de aquellos otros supuestos en los cuales lo que es objeto de protección es una garantía o derecho instrumental, véase la tutela judicial efectiva, el derecho de igualdad ante la ley y en cierto modo el derecho a la propiedad¹⁷. En estos casos la conculcación de este derecho

¹³ ATC, sec. 2ª, 257/1985, de 17 de abril, ECLI:ES:TC:1985:257A.

¹⁴ Véase STC 137/1985, de 17 de octubre, ponente Pera Verdaguer, BOE núm. 268 de 8 de noviembre de 1985; STC 214/1991, de 11 de noviembre, ponente Gimeno Sendra, BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 1991; STC n.º 135/1995, de 26 de septiembre, ponente Gabaldón López, BOE núm. 246 de 14 de octubre de 1995; STC 139/1995, de 26 de septiembre, ponente Giménez de Parga y Cabrera, BOE núm. 246 de 14 de octubre de 1995; STC n.º 183/1995, de 11 de diciembre, Gimeno Sendra, BOE núm. 11 de 12 de enero de 1996.

¹⁵ STC 139/1995, de 26 de septiembre, ponente Jiménez de Parga, ECLI:ES:TC:1995:139; STC 183/1995, de 11 de diciembre, ponente Ruiz Vadillo, ECLI:ES:TC:1995:183; STS 344/2015 de 16 de junio, Francisco Marín Castán, ECLI:ES:TS:2015:2582; STS 594/2015, de 11 de noviembre, Sarazá Jimena, ECLI:ES:TS:2015:4542. Véase también, por su trascendencia mediática, la STS 408/2016 de 15 de junio de 2016, Pantaleón Prieto, ECLI:ES:TS:2016:2775 que desestima la demanda por vulneración del derecho al Honor interpuesta por el Ayuntamiento de Sobrescobio contra un vecino que había acusado al Ayuntamiento de “chapuza”.

¹⁶ Así lo sostiene también VIDAL MARTÍN, quien comentando esta sentencia señala que el «Tribunal Constitucional al proteger el derecho al honor de las compañías mercantiles implicadas realmente lo que estaba protegiendo el derecho al honor de sus miembros, máxime cuando las imputaciones realizadas indudablemente se proyectaban y afectaban a las personas físicas que integraban aquellas», VIDAL MARTÍN, Tomás, «Derecho al Honor, personas Jurídicas y Tribunal Constitucional», *InDret 1/2007*, p. 15.

¹⁷ He postulado en otros foros que esta condición ha de hacerse extensivo al derecho a la protección de datos atendido el carácter instrumental de este derecho de nuevo cuño cuyo objeto es garantizar la identidad de la esfera de lo individual para el ejercicio de cualesquiera otros derechos. Se explica así que la protección de estos derechos se lleve efecto a ante órganos administrativos, y que la intervención de los tribunales se dirige a revisar la actuación realizada por otros interlocutores. Así, lo ha entendido nuestra jurisprudencia a la hora interpretar el art. 18.4 del texto constitucional, véase STC 292/2000, de 30 de noviembre, ponente González Campos,

puede y debe residenciarse en la persona jurídica en toda su extensión en la medida que es la persona jurídica la que arbitra como se ejercita esta garantía y puede valorar la lesión sufrida.¹⁸ En este sentido, si bien el art. 162.1,b) CE, considera legitimadas para interponer el recurso de amparo tanto a las personas físicas como a las jurídicas, tal reconocimiento, sin embargo, no las convierte directamente en titulares de ningún derecho, sino únicamente en detentadores en exclusiva de su ejercicio¹⁹.

ECLI:ES:TC:2000:292. En esta última sentencia se significó que «La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 C.E.), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada «libertad informática» es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención». Ver en este mismo sentido, SSTC 11/1998, F.J. 5, 94/1998, F.J. 4, ponente Ruiz Vellido, ECLI:ES:TC:1998:11.

¹⁸ En este sentido y a diferencia del supuesto anterior, en estos casos la atribución a las personas jurídicas de estos derechos no resulta dependiente del grado de afectación del interés de las personas físicas. Tal sucede en el caso del derecho a la tutela judicial, respecto del cual el Tribunal Constitucional estima enteramente predicable de las personas jurídicas tanto públicas como privadas. Véase, en este sentido STC 173/2002, Sala 2ª, de 9.10.2002, ponente Cachón Villar, (BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2002) y STC 45/2004, Sala 1ª, de 23.3.2004, ponente García-Calvo Montiel, (BOE nº 99, de 23 de abril de 2004).

¹⁹ STC 64/1988, de 12 de abril, ponente Díez Picazo y Ponce de León, (BOE núm. 107, de 04 de mayo de 1988) declaró los poderes públicos son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, que las personas jurídico-públicas son equiparables a las personas jurídicas privadas en cuanto a la posibilidad de ser titulares de derechos fundamentales, siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad de los que deben disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos, y, finalmente, que dicha titularidad constituye una relación jurídico-material suficiente para fundamentar su legitimación en un proceso de amparo reclamando la preservación de los anteriores derechos. No se les ha reconocido, sin embargo, la legitimación para recurrir en amparo en defensa de derechos ajenos (por todas STC 257/1988, de 22 de diciembre). Véase TORRES MURO, I. «Sinopsis art. 162», diciembre, 2003, actualizada por MANUEL MIRANDA, L., 2016 (<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=162&tipo=2>).

1.2. La protección de los derechos fundamentales asociados al sustrato organizativo de la persona jurídica

Pero lo que también ha puesto de manifiesto la aplicación de los institutos penales a las personas jurídicas en estos años, es que estos intereses legítimos, residenciados en la persona jurídica, van mucho más allá de la voluntad decisoria de los socios, haciéndose extensivo a los intereses de terceros que se sitúan en torno a su giro o tráfico jurídico²⁰. La persona jurídica, y en particular la persona jurídica societaria, crea en torno a sí un conjunto de expectativas relacionadas con su perdurabilidad en el tiempo y con la confianza depositada por la detentación de un patrimonio y una organización estable que presta un servicio que trasciende a los intereses de sus socios. Debemos recordar que el artificio al amparo del cual el derecho reconoce la personalidad jurídica a una suma de voluntades que se organizan en orden a la consecución de un fin no es enteramente arbitrario. No depende sólo de la decisión de sus promotores o gestores, sino del cumplimiento de unas exigencias muy estrictas de orden público y de unas garantías que estas ofrecen frente a tercero. Las normas concursales, los principios de orden y preferencia son ciertamente el último bastión de la defensa de este sustrato patrimonial implícito a la persona jurídica, pero no es el único. El régimen de auditoría y la transparencia de la gestión es también decisivo en orden a la concesión de aquel beneficio.

De este modo, la represión del comportamiento de la persona jurídica no es sólo cuestión que afecte a sus socios u órganos sociales, sino que afecta a todo un conjunto de intereses de terceros afectos a su giro o tráfico jurídico, como son acreedores, proveedores, clientes y asalariados. La sentencia del magistrado Manuel de la Maza en el caso *Transpinelo* puso de manifiesto acertadamente la diferencia cualitativa entre la estructura orgánica y el sustrato organizativo en que aquella se fundamenta, o como se indica en la sentencia «entre quienes en principio están llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.»²¹. Este reconocimiento de la personalidad jurídica se extiende más allá de lo que propiamente es su condición societaria o corporativa, comprendiendo un núcleo de intereses difusos que deben ser tenidos presentes en orden a la protección del tercero de buena fe que se relaciona con aquella²².

²⁰ Sobre este particular nos remitimos al extenso comentario que hicimos en su día sobre esta sentencia de la que fuera ponente Manuel de la Maza Martín y las actuaciones sumariales llevó a cabo el juez instructor Eloy Velasco Núñez en el Juzgado Central de Instrucción nº 6. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., «La imputabilidad de las personas jurídicas y su capacidad para ser parte en el proceso penal» *Revista jurídica de Castilla y León*, nº. 43, 2017, pp. 134 y ss.

²¹ STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016, ponente José Manuel Maza Martín, - ECLI:ES:TS:2016:613, fundamento Jurídico octavo.

²² Ver sobre este particular, nuestro comentario GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E «La imputabilidad de las personas jurídicas...», obra cit., p. 6. En aquel comentario hicimos referencia a la posición de la fiscalía en el que se expuso la conveniencia de aplicar en estos supuestos la medida de intervención judicial de la persona jurídica que, según el propio art. 33.7 g) CP, tiene como principal finalidad salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. Véase también sobre el caso *Transpinelo*, DOLZ LAGO, M.J., «Primera sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del art. 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes», *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, n.º 8797, 2016, p. 6.

La idea que habremos de sostener en este estudio es que mientras que los derechos fundamentales que presentan un carácter prestacional, como pueda ser la tutela judicial efectiva, la protección de datos o la protección del patrimonio social, deben incardinarse en el ente jurídico, los derechos de contenido substantivo como la libertad de expresión, libertad ideológica, el derecho de reunión o el derecho al honor han de trascender al sustrato organizativo inmanente en la persona jurídica. En el caso de la entrada en un domicilio encontramos ambas modalidades de protección, porque junto a la protección del funcionamiento intrínseco de la organización, se encuentran también afectos quienes comparten información o intereses que la entrada y registro va cuando menos a cuestionar. Esta distinta perspectiva, como veremos, es esencial para reconocer los intereses afectados y el alcance del consentimiento ante una entrada y registro de una persona jurídica.

2. El derecho a la protección domiciliaria de las personas jurídicas

Como hemos señalado la protección de los derechos fundamentales y en concreto la protección del domicilio no es una cuestión trasladable sin más a las personas jurídicas. Por lo pronto no tiene la misma protección en todas las personas jurídicas, y depende en gran medida en el modo y forma en que se residencien los intereses objeto de tutela. En el caso de la protección del domicilio, la tutela de aquel viene determinado por la necesidad de velar porque las personas jurídicas puedan desplegar sus actividades para las que fueron concebidas con plenitud de efectos. Como pusiera de relieve QUINTANA LÓPEZ, la proyección de la intimidad de las personas físicas al domicilio familiar, responde a una serie de criterios ajenos, o cuando menos exorbitantes, a la esencia de la protección domiciliaria que se ampara en el art. 18 de la Constitución, pero no por ello menos dignos de protección²³. El Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en el caso *Association for European integration and Human Rights y Ekdimdzhiev contra Bulgaria* de 28 de junio de 2007, estimó que no existen razones para no hacer extensivo el derecho a la vida privada reconocidos en el convenio a las personas jurídicas tanto al espacio domiciliar como a las comunicaciones²⁴.

La Constitución Española no hace extensivo necesariamente el elenco de derechos fundamentales a las personas jurídicas, pero sí reconoce toda una serie de derechos en que se presupone la existencia de un ente colectivo que ampara su ejercicio, véase el caso de la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE), los derechos de asociación, fundación y sindicación (art. 28 CE) o el derecho de petición. En lo que se refiere al derecho a la protección del domicilio, las sentencias del Tribunal Constitucional 22/1984, 137/1985, 144/1987 y 64/1988 hicieron extensión de la privacidad propia también del domicilio a las personas jurídicas como una exteriorización de la privacidad de las personas físicas²⁵.

²³ QUINTANA LÓPEZ, T. «Un paso más adelante hacia la delimitación de la inviolabilidad del domicilio en nuestro derecho», *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 229, año 1989, p. 151.

²⁴ En dicha resolución, aun cuando reconoce la dificultad concurrente para identificar en todos los supuestos la trascendencia de este interés en cada uno de los casos, se estima que cabe apreciar que éstas puedan tener una verdadera vida privada a los efectos y fines de protección del Convenio. En igual sentido, se citan el caso *Kent Pharmaceuticals Limited* y otros contra Reino Unido de 11 de octubre de 2005, el caso *Buck* contra Alemania de 28 de abril de 2005, el caso *Aalmoes* y otros contra Holanda de 25 de noviembre de 2004.

²⁵ Señala la STC 137/1985 ECLI:ES:TC:1985:137 anteriormente citada, que «ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los

Esta inicial línea jurisprudencial se mueve en el sentido de distinguir lo que son *espacios abiertos al público* en horas de atención al público, de aquellos otros supuestos en el que el edificio donde se ubica la persona jurídica social se proyecta como una manifestación más del derecho a la intimidad²⁶. De hecho, este criterio de apertura al público es el asumido tradicionalmente al regular el *delito de allanamiento de morada* en nuestra legislación histórica que excluía la aplicación del precepto respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieren abiertas.²⁷

En el vigente Código Penal se distingue también según si se accede en horarios de apertura o no, en este último caso la conducta sólo es punible, si se emplea violencia o intimidación²⁸. Sin embargo, el bien jurídico protegido por la legislación penal es cualitativamente distinto al acceso a lugar cerrado al que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El precepto penal se extiende al despacho profesional, oficina o establecimiento mercantil abierto al público y en el que resultan implícitas normas de orden público que reglamentan la apertura y cierre de los locales comerciales. Con todo el Tribunal Supremo, no ha desvinculado el bien jurídico protegido por estos preceptos con la protección domiciliaria. Así en la STS 1737/1999, de 30 de noviembre, (ECLI:ES:TS:1999:7627) en la que se declara que «es evidente que ni el domicilio de una persona jurídica, ni un despacho profesional u oficina, ni un establecimiento mercantil, ni un local abierto al público pueden ser normalmente equiparados al domicilio de una persona física, que es el lugar cerrado donde la misma desenvuelve su vida íntima y satisface su derecho a disponer de un ámbito en el que su privacidad no sea invadida ni perturbada por persona alguna. Pero cabe la posibilidad de que en los domicilios, despachos, establecimientos y locales arriba mencionados se guarden documentos u otros efectos cuyo descubrimiento pueda lesionar la intimidad de las personas que sean titulares de los mismos o que sencillamente desempeñen en ellos una actividad laboral, bien entendido que la esfera de la intimidad se puede extender a cualesquiera datos de la vida personal o familiar, incluso a los económicos, de cuyo conocimiento se quiera excluir legítimamente a los extraños».

derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables, lo que ha permitido que la jurisprudencia aplicativa de tal norma entienda que el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las Entidades mercantiles, parece claro que nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el art. 24 de la misma C. E., sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas».

²⁶ En esos años la jurisprudencia, se había mostrado vacilante, así pronunciamientos posteriores SSTC 257/1995, 228/1997, 283/2000 y otras, cuestionaron el alcance de dicho derecho en el caso de las personas jurídicas, insistiendo en que el objeto de protección lo constituyen la morada, como espacio de ejercicio de la privacidad condición de desarrollo vital de la que son únicamente titulares las personas físicas. Posteriormente, ha venido reconociendo ampliamente la protección del domicilio de las personas jurídicas, si bien ha de tenerse presente que no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 CE garantiza. El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros (STC 69/1999, de 26 de abril, ECLI:ES:TC:1999:69).

²⁷ Véase art. 506 del Código Penal de 1870, del art. 484 del Código Penal de 1932 y del art. 493 del Texto Refundido de 1973

²⁸ La reforma de 2015 incide en esta perspectiva al introducir un nuevo apartado en el que se castiga al que se mantuviere en el local, en este caso sin violencia e intimidación, fuera de los horarios de apertura.

Distinto también es el tratamiento en lo que a la regulación de las *cámaras de videovigilancia y seguridad* se refiere. Conforme a la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, la fiscalía y la propia policía estarían habilitadas para acceder a las cámaras de vigilancia de los locales abiertos al público por el art. 41 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, LO 4/2015, de 30 de marzo. En este sentido, se suele citar la STS 649/2019, de 20 de diciembre²⁹ en la que se afirma que «puede considerarse legítima la videovigilancia en las zonas comunes de los llamados espacios intermedios, como cafeterías, comercios, zonas de tránsito público de las urbanizaciones, etc. [...] La posibilidad de instalación de cámaras de seguridad y vigilancia en comercios [...] está avalada en el estudio llevado al efecto por la Agencia de protección de datos en cuyo informe Guía sobre el uso de videocámaras para seguridad y otras finalidades avala la opción. [...] Como apunta la doctrina, el objetivo esencial de la instalación de las videocámaras es el de la prevención del delito» (véase también la SSTS 129/2019, de 26 de febrero, y 99/2020, de 10 de marzo).

La vinculación del castigo penal con la protección domiciliar resulta siquiera más clara en el caso del *robo en casa habitada*. Ejemplo de ello, lo encontramos a la hora de calificar las situaciones concursales entre ambas figuras jurídicas en el que el desvalor jurídico de la acción se extiende más allá del ámbito propio de la protección de los horarios de apertura en el art. 203 del Código Penal³⁰. Así se viene pronunciando reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, SSTS 7 de noviembre de 1997³¹, 12 de noviembre de 1998³², 3 de abril de 1999³³ y 14 mayo de 1999³⁴, en todas las cuales se sostiene, de una parte, que en los casos de delitos de robo cometidos en domicilios de personas jurídicas o establecimientos abiertos al público sólo procede aplicar la norma que tipifica el delito de robo con exclusión del art. 203 CP y, de otra, que cuando resulte acreditado que el atentado a la privacidad ha ido más allá de lo que es inherente al delito de robo en un local cerrado es posible apreciar el delito de allanamiento de morada. En tal caso se da la posibilidad de un concurso ideal entre el robo y el allanamiento de domicilio³⁵.

²⁹ ECLI:ES:TS:2019:4281, ponente Magro Servet.

³⁰ Véase en este sentido, la sentencia de Pleno, STS 359/2018, de 18 de junio, ECLI:ES:TS:2018:2958 «Ante la opción de una interpretación de la circunstancia de agravación localista, por ser un establecimiento abierto al público, o situacional, por estar abierto al público, esta Sala, cuando la agravación solo afectaba al delito de robo con fuerza, optó por una interpretación no extensiva de la agravación, fundamentada en la potencialidad del riesgo que la apertura al público podía suponer por la presencia de personas que trasmutaran el robo con fuerza en robo violento. La agravación se justifica por esa potencialidad de peligro respecto a los sujetos pasivos del hecho delictivo».

³¹ ECLI:ES:TS:1997:6658, ponente Martín Pallín.

³² ECLI:ES:TS:1998:6684, ponente Martín Pallín.

³³ ECLI:ES:TS:1999:2291, ponente Jiménez Villarejo.

³⁴ ECLI:ES:TS:1999:3344, ponente Jiménez Villarejo.

³⁵ Véase STS 757/1999, de 14 de mayo, ECLI:ES:TS:1999:3345, también nos encontramos ante un concurso medial (instrumental) entre el delito de allanamiento del art. 203 y el delito de robo con fuerza en las cosas del art. 240. «...no nos encontramos ante un solo hecho que constituya dos infracciones sino ante dos infracciones -el allanamiento del local y el robo- la primera de las cuales es, en concreto, medio necesario para cometer la segunda. Nos encontramos, pues, ante un concurso medial o instrumental de delitos, figura de concurso equiparada al ideal en el art. 77 CP pero sustancialmente distinta del mismo, cuyo presupuesto es que cada uno de los delitos se encuentre realizado en su integridad de forma autónoma, sin que quepa que alguno de sus elementos constitutivos sirva para integrar al mismo tiempo más de un tipo delictivo, so pena de incurrir en clara vulneración del principio "non bis in idem"».

La barrera entre lo público y lo privado, contenida en la legislación penal tenía su trasposición en el ámbito del proceso en la regulación artificialmente contenida en los arts. 547 y 550 de la LECrim, en el que se distinguía entre *edificios o lugares públicos* y *los domicilios particulares* destinados a fijar la residencia habitual de las personas. Entre los primeros, además de los edificios públicos, los establecimientos de recreo y los buques del Estado, se establecía una cláusula residual que comprendía cualesquiera edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio de un particular con arreglo a las leyes. Tal referencia a la existencia de un lugar cerrado que inspiraba el precepto, suponía una cláusula abierta, que venía a garantizar el derecho de exclusión de acceso a espacios en que el Derecho permitiese levantar barreras u obstáculos que no pudiesen ser salvados sin el uso de la fuerza⁵⁶.

La jurisprudencia como hemos visto en un primer momento hizo extensivo el concepto de domicilio a las personas jurídicas sin especiales limitaciones, pero dadas las consecuencias de una extensión ilimitada de la protección domiciliaria a cualesquiera espacios ocupados por las personas jurídicas, pronto se vio en la necesidad de precisar el alcance de la protección de este derecho⁵⁷. De este modo, la STC 228/1997, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:1997:1137), excluye expresamente la protección domiciliaria a «aquellos lugares cerrados que, por su afectación, como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad». Con posterioridad la STC 69/1999, de 26 de enero [ECLI:ES:TS:1999:360], procede a dar un concepto más preciso de este ámbito de protección fijando el criterio que casi literalmente sería acogido posteriormente por el legislador. Conforme a dicha sentencia su extensión queda restringida exclusivamente «a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros».

Tal distinción legal, como ha quedado apuntado es la que se recoge tras la reforma de la LECRIM por la ley 37/2011 de medidas de agilización procesal. La reforma pretendió adaptar el marco procesal a la nueva realidad penal que surge del régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no sólo se quedó ahí, sino que procedió además a fijar definitivamente el ámbito de la privacidad de estos entes, cuya regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se compadecía con las conclusiones a las que había alcanzado la jurisprudencia. Según NEIRA PENA, se pretendía con ello dar respuesta a las exigencias del principio de legalidad, según el cual las medidas limitativas de los derechos deben estar previstas en una norma con rango de ley que,

⁵⁶ Así lo sostiene MURILLO LUCAS DE LA CUEVA, para quien el ámbito de la intimidad agrupa tanto un haz de facultades del individuo para desenvolverse sin lesionar derechos ajenos como el poder de excluir todo conocimiento ajeno por cualquier medio de su vida íntima, así como una referencia material que representa su calificación personal y familiar. MURILLO LUCAS DE LA CUEVA, “El derecho a la intimidad” en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1999, p. 518. La jurisprudencia ha conceptualizado la intimidad desligando inicialmente las parcelas de interés público e interés privado para pasar después a perfilar las dimensiones de dicho derecho. Exponente de esta evolución es la STC 73/1982, de 2 de diciembre cuando afirma: «La intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren» (F. 5.º). CUCHI DENIA, J.M. y BASOLS CAMBRA, C. «El domicilio como objeto de la diligencia de entrada y registro: su concepto y casuística». *Revista General de Derecho Procesal* núm. 28, RI §412346, 2012, p.8

⁵⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 837 ss.

además, debe ser lo suficientemente clara y específica como para cumplir con las exigencias de accesibilidad y previsibilidad requeridas por la jurisprudencia TEDH³⁸.

El citado precepto, acogiendo en su articulado la reiterada doctrina del TC al respecto, ha delimitado el ámbito domiciliario de las personas jurídicas al «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» (art. 554.4º LECrim). La delimitación legal del domicilio empresarial, dispuesta en el art. 554.4 LECrim, implica, tal y como apuntaba la jurisprudencia, que no todo local sobre cuyo acceso posea poder de disposición su titular ha de ser considerado domicilio a los fines de la protección propiamente domiciliaria. Se excluirían así las estancias reservadas a los empleados, talleres, locales comerciales, tiendas u otros lugares de esparcimiento en el que no concurra aquella cualidad.

Con todo, la reforma se separa en parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la medida que el objeto predefinido por el legislador se limita exclusivamente a la persona jurídica investigada en un procedimiento penal. Quedan, por lo tanto, excluidos los locales u oficinas, que aun ostentando las características señaladas en el art. 554 LECrim, estén regentados por una persona jurídica que no esté investigada.

Según GASCÓN INCHAUSTI no se entiende muy bien qué razones adicionales confluyen para que una *persona jurídica imputada cuente con una tutela reforzada distinta de una persona jurídica no imputada*³⁹. La redacción literal del precepto no recoge por lo demás el sentido último de la distinción acogida por la jurisprudencia. Esta centraba el objeto de tutela en la protección de la función ejercida por los administradores, evitando eventuales intromisiones a la actuación de aquellos. Sin embargo, como señala NEIRA PENA la regulación, lejos de señalar la forma en que las autoridades competentes para la persecución de los delitos pueden conducir una legítima intromisión en el domicilio de la persona jurídica, se limita a definir el espacio que, a estos efectos, abarcaría dicho domicilio⁴⁰.

Esta definición legal sirve para determinar cuál es el área susceptible de especial protección —*el centro de dirección*— para cuyo registro, en defecto de consentimiento de su titular, será precisa

³⁸ NEIRA PENA, A. M., «La diligencia de investigación de entrada y registro en el domicilio de la persona jurídica investigada», en RODRÍGUEZ TIRADO, A.M. (coord.), *Cuestiones actuales de derecho procesal: reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 600.

³⁹ Como gráficamente nos ilustra el meritado autor «El registro de una oficina aneja a una tienda, donde también se guardan soportes de la industria o negocio, no exige mandamiento judicial si el titular del local es una persona física o una persona jurídica no imputada. Se pueden registrar esos lugares para esclarecer un delito no imputable a una persona jurídica (v.gr. una apropiación indebida); pero no si se tratase de una estafa, lo que no parece lógico. En ambos casos el derecho a custodiar es el mismo y la finalidad de su limitación idéntica: exigir responsabilidades penales. La "privacidad" de una persona jurídica no se robustece cuando se convierte en posible responsable penal. Tan tutelada ha de estar la intimidad de las personas jurídicas no imputadas como la de las imputadas». GASCÓN INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 848.

⁴⁰ NEIRA PENA, A. M., «La diligencia de investigación de entrada y registro en el domicilio de la persona jurídica investigada», en RODRÍGUEZ TIRADO, A.M. (coord.), *Cuestiones actuales de derecho procesal: reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 599

autorización judicial, pero no asume el sentir último que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que había tomado en consideración para definir el ámbito de protección el tipo de intromisión que se encuentra restringida a los investigadores.

La doctrina y la jurisprudencia ponen en aviso de una interpretación literal del precepto. Tal como sostiene GASCÓN INCHAUSTI limitarlo al centro de dirección puede ser en algunos casos insuficiente. Del mismo modo, estima que puede resultar desmedido extenderlo a cualquier lugar que no esté abierto al público. La solución, como señala el indicado autor, pasa por utilizar «un criterio funcional, que es el que subyace a la STC 69/1999 y al propio precepto, de modo que se considere inviolable todo espacio en el que se desarrolle el núcleo de la actividad de la sociedad —en especial, la toma de decisiones estratégicas— y/o en el que se conserven o custodien los documentos lato sensu que reflejan la vida interna de la persona jurídica y que, por ese mismo motivo, la entidad tiene interés legítimo en que queden al margen del conocimiento de terceros»⁴¹.

NEIRA PENA estima además que «resulta discutible que los lugares en que se custodien los documentos que la entidad deba producir *ex lege* —señaladamente su contabilidad— tengan por qué caer en ese ámbito de especial protección»⁴². Para esta autora, existiendo una obligación legal de llevanza y de exhibición, no existe una expectativa de privacidad. La referencia genérica a la «custodia de documentos o soportes de la vida diaria» y la voluntad de excluir aquellos del conocimiento de terceros no les hace merecedores por esta sola circunstancia de una especial protección. Tampoco resulta justificada que la documentación de las personas jurídicas cuente con mayor protección que la de las personas físicas.

Tal pretendida discriminación no es tal si se tiene presente la funcionalidad que es propia de la medida en uno y otro caso, puesto que en el caso de las personas jurídicas la organización implícita a su giro o tráfico implica unas exigencias mucho mayores que respecto de las personas físicas. Por lo demás, que la contabilidad sea accesible no significa que sea pública, es más, el art. 32 del Código de Comercio declara expresamente su carácter secreto, y establece prevenciones especiales respecto de terceros, los cuales por regla general sólo podrán acceder a los puntos concretos que tengan relación con la cuestión de que se trate y alegando causa justificada⁴³.

La ley de la Fiscalía Europea en su art. 47 apartado 1º contiene también sus propias previsiones que reproducen las contenidas en el art. 554 LECrim, pero a diferencia de este precepto no hace distinción según se trate de personas investigadas o no. Se señala a tal efecto, «se entiende por domicilio de las personas jurídicas, el lugar cerrado en el que se desarrollan las actividades de

⁴¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 843

⁴² Cfr. NEIRA PENA, *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, tesis doctoral realizada bajo la dirección de los profesores Agustín-Jesús PÉREZ-CRUZ MARTÍN y Xulio Xosé FERREIRO BAAMONDE y defendida en la Universidad de la Coruña, 2015, p. 562

⁴³ Entendemos innecesario recordar que dicho precepto limita la comunicación o reconocimiento general de los libros correspondencia y demás documentos que sólo podrá decretarse en los casos sucesión, concursos y liquidaciones en general, y cuando los socios o representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo. Fuera de estos casos, sólo se permitirá su acceso a quien tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición.

dirección o donde se custodian en cualquier soporte los datos y las informaciones relativas a su actividad, organización y funcionamiento».

El poder de exclusión que se reconoce a las personas jurídicas, que constituye el eje del derecho a la privacidad, tiene como exclusiva finalidad respetar la expectativa razonable de privacidad de aquel ámbito físico en el que se actúa con la legítima confianza de que su actividad no está siendo fiscalizada por terceros. Su protección se considera indispensable para permitirle desarrollar con plena libertad los fines para los que fue creada. La delimitación del domicilio de las personas jurídicas, como expresión del derecho de exclusión de tercero, toma en consideración la idea de que no puedan producirse intromisiones en las tomas de decisiones en el seno de la empresa como manifestación de su autodeterminación organizativa.

Una comparativa entre este precepto y la definición legal contenida en el art. 554 LECrim pone de manifiesto como la nueva normativa parece dar preponderancia a los aspectos funcionales de la organización. En este sentido, la ley se refiere a aquellos lugares en que se custodien los soportes de la vida diaria del ente, mientras que la nueva norma habla de actividad, organización y funcionamiento.

Otra de las novedades de la nueva regulación legal es que estas previsiones se hacen extensivas a toda persona jurídica, no sólo a las que tienen la condición de parte investigada en el procedimiento. La nueva definición incorporada por la Ley de la Fiscalía Europea supone un avance respecto de la legislación precedente, puesto que como señala GASCÓN INCHAUSTI la tutela de la privacidad de las personas jurídicas no puede depender del hecho de su imputación en un proceso penal⁴⁴. Sin embargo, su regulación se queda corta en relación a las exclusiones frente a terceros perjudicados. Supone, con todo, un enorme avance al ser el primer texto que viene a regular este conflicto entre el ente jurídico, que identificamos como persona jurídica, y los intereses inherentes al sustrato organizativo de ese ente.

3. Objeto de protección. Determinación del espacio protegido como domicilio de las personas jurídicas

Otra cuestión que se plantea es la determinación de los lugares a que se extiende el consentimiento. Las limitaciones del art. 554.4º LECrim responden a dos previsiones muy diferentes, de una parte, una norma de mínimos la protección asociada al centro de dirección de la persona jurídica y de otra una norma de carácter negativa y excluyente: lugares en que se custodie información que quede excluida del conocimiento de tercero. Lo relevante es este último criterio, la existencia de una información cuyo acceso se encuentra excluido a tercero y que en tal condición puede tener diversos grados de protección.

En todo caso y como sostiene GÁSCON INCHAUSTI citando la STS 202/2007, de 20 marzo, no puede olvidarse que tratándose del domicilio de personas jurídicas nos movemos en un plano diferente

⁴⁴ G GASCÓN INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 843

al correspondiente al domicilio de personas físicas⁴⁵. La protección es más débil en el primer caso, como demuestra que el art. 554.4 LECrim solo exija el mandamiento judicial para la principal dependencia de la persona jurídica, pero no para todas⁴⁶. La protección del domicilio de las personas jurídicas constituye no tanto trasladar la concepción de domicilio del artículo 18 de la CE, como la concreción de un espacio cerrado cuyo acceso pone en peligro los fines que son propias de las personas jurídicas. Sólo así se puede entender la extensión y alcance de la protección del domicilio de las personas jurídicas. *Sí la protección domiciliaria de las personas jurídicas se circunscribiese exclusivamente al derecho a la intimidad del ente, realmente poco o nada de lo que se custodia en los centros directivos de una persona jurídica merecería la protección que le otorga el ordenamiento jurídico. Lo que realmente es objeto de protección es el sustrato de intereses inmanente a la organización, son estos y las personas que residen en la persona jurídica su intimidad, los que son objeto de protección domiciliaria del art. 554.4º LECrim.* Nuestro legislador en atención a estos intereses ha querido darles la protección que es propia del domicilio y no la de un mero lugar cerrado a la que se refiere el art. 547 LECrim.

Es sabido como nuestra vigente norma procesal, junto a la protección del domicilio establecida en el art. 550 de la Lecrim, contiene *específicas previsiones respecto de aquellos otros espacios cerrados en que los interesados pueden excluir el acceso de terceros*. A estos espacios restringidos se refiere la cláusula residual contenida en el art. 547 LECrim «cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio». Estos edificios o lugares ostentan una protección menor en la medida que su acceso queda habilitado, sin especial motivación, a cualquier hora del día como de la noche, mientras que los últimos requieren una previsión expresa.

La protección de un lugar cerrado no se extiende a cualquier objeto, es preciso que en aquel se encuentre información sensible para la investigación, a saber, libros papeles u otros objetos que puedan servir para el descubrimiento o comprobación del delito. El derecho de exclusivo acceso que una persona pueda ostentar respecto de una caja de caudales o un paquete precintado es consecuencia del derecho de autodeterminación informativa de las personas al que antes nos hemos referido y va más allá de la protección *erga omnes* que eventualmente pueda predicarse de los actos posesorios. Tales acciones son manifestación de la voluntad del sujeto de mantener secreta una información.

Debe tenerse presente, no obstante, que esta garantía menor contenida en este precepto ha sido interpretada restrictivamente por la jurisprudencia al señalar que *no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales*, (véase ATC 171/1989, de 3 de abril, F.J. 2). Por esta razón, tal concepto y su correlativa garantía constitucional «no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles

⁴⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F. «Inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», op. cit., p. 841 ss.

⁴⁶ En la comentada STS de 20 de marzo de 2007 (Rec. 364/03) -caso Clan de los Charlines- se afirma la menor protección del domicilio de las personas jurídicas, citando el apartado 26 de la STEDH de 16 de abril de 2002 (JUR 2002, 132780), recordando que «hay países democráticos europeos donde no se considera inviolable el domicilio (en cuanto derecho fundamental de la persona) en casos de personas jurídicas. Ciertamente no cabe equiparar una y otra clase de personas en orden a la protección de sus respectivos domicilios, dado que la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE), que es el verdadero fundamento del artículo 18.2 CE, no existe, al menos de igual modo, en los casos de registro en el domicilio de una persona jurídica» CADENA SERRANO, F.A. «Vulneración de los derechos fundamentales y registro domiciliario» *Publicaciones del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, 2016, p. 17.

con la idea de privacidad» (véase también, en este sentido, la STC 228/1997, de 16 de diciembre, F.J. 7º [ECLI:ES:TS:1997:1137]). Como señala NEIRA PENA, este mismo argumento se emplea para excluir de este ámbito de especial protección a los trasteros (STS 457/2007, de 29 de mayo, ponente Soriano Soriano, ECLI:ES:TS:2007:343)⁴⁷. También en este mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1995, ponente de Vega Ruiz (ECLI:ES:TS:1995:2059), la cual excluye hacer extensiva la protección a los locales de esparcimiento, almacenes, garajes, zaguanes, así como a las habitaciones abiertas en almacenes o zaguanes, ninguno de los cuales forman parte de la privacidad de quienes ejercen sus funciones laborales en los mismos locales o de quienes sean sus titulares o propietarios.

Fuera de estos supuestos de excepción, la regla era la necesidad de autorización judicial. La circular de la Fiscalía 4/2013, excluye expresamente que la fiscalía o la policía puedan acordar este tipo de diligencias: «Tampoco podrá acordar el Fiscal entradas y registros en edificios y lugares cerrados distintos de los domicilios, pues, aunque la Constitución no impone la exclusividad jurisdiccional en este ámbito, sí lo hace la LECrim (vid. arts. 545 a 572)»⁴⁸.

Sin embargo, el art. 46 de la Ley de la Fiscalía Europea se separa en este punto de las tradicionales previsiones de la LECrim al señalar en su párrafo segundo, que, en tales supuestos, y a diferencia de la entrada domiciliaria, no será necesaria la autorización del juez de garantías. Se señala en concreto en el referido precepto:

«La entrada en lugares cerrados que no tengan la consideración de domicilio, se llevará a cabo por el Fiscal europeo delegado o por la Policía Judicial bajo autorización previa de este, acordada mediante decreto».

Del tenor de este precepto, si bien limitado al ámbito de la Fiscalía Europea, quedarían derogadas las previsiones contenidas en los arts. 546 y 547, las cuales pasan a formar parte de lo que es genuinamente propio de la investigación. La razón de esta reforma obedece a que la sola atribución del carácter confidencial de un objeto o una información con la finalidad de ocultarla a terceros no es de suyo, circunstancia determinante para la intervención del juez de garantías. Esta previsión por lo demás se encontraba implícita en la distinción establecida originariamente por el legislador⁴⁹.

Sin embargo, si esto es así y las previsiones contenidas en los referidos preceptos decimonónicos no dan más de sí, es lo cierto también que nuestro ordenamiento y la jurisprudencia vienen reconociendo un núcleo de intereses sensibles que ostentan una protección igual o mayor que la que es propia del domicilio, cuales son el derecho al entorno virtual, los centros sanitarios, los lugares de culto, etc... Debe recordarse que la exclusión de la intervención de tercero en los lugares cerrados presenta un carácter principalmente instrumental. En la mayoría de los casos esta

⁴⁷ NEIRA PENA, A. M., "La diligencia de investigación de entrada y registro en el domicilio de la persona jurídica investigada", obra cit., p. 603

⁴⁸ Circular 4/2013, de 30 de diciembre de 2013, suscrita por el entonces fiscal general del Estado Eduardo Torres-Dulce Lifante, p. 25.

⁴⁹ Recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2022, ponente Carmen Lamela, en un supuesto de acceso a un restaurante fuera de los horarios de apertura, declaró admisible la entrada por la fuerza fuera de las horas de apertura por los agentes actuantes al presentar externa signos de haberse forzado la entrada y no darse la condición de domicilio al tratarse de una dependencia abierta al público. ECLI:ES:TS:2022:38.

salvaguardia lo es para proteger sus bienes frente a la acción depredadora de tercero. Se trata de una acción defensiva que se sitúa en la esfera de la protección posesoria, en la que no siempre cabe apreciar que se encuentre comprometido el derecho a la privacidad. La protección del lugar cerrado a la que se refiere nuestras normas procesales exige algo más que la protección de nuestro patrimonio, exige que el objeto de protección sea una información sensible y excluida de la acción de tercero.

4. Prestación y suficiencia del consentimiento

4.1. Personas autorizadas para prestar el consentimiento

La autorización de una entrada y registro supone, como hemos visto, una exposición de los intereses más sensibles de la persona jurídica y puede afectar al derecho a no autoinculparse y a la presunción de inocencia. El art. 47 de la Ley de la Fiscalía Europea adolece de cierta indefinición, permitiendo que tal autorización pueda ser otorgada por el representante legal, administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica.

El caso es que una referencia tan genérica como la contenida en la Ley de la Fiscalía Europea no resulta adecuada, ni resuelve todos los problemas. Por un parte, una decisión que exige tanta premura como una entrada y registro requiere simplificar la toma de decisiones. En muchos supuestos, no será preceptivo obtener el consentimiento de los interesados al no tener las dependencias o instalaciones la condición de centro de dirección o de custodia de información excluida a terceros. Bastará entonces con notificar y requerir a quienes se hallen al frente de la dependencia, informando del carácter de la actuación, especialmente en aquellos supuestos en que la persona se encuentre encausada en el procedimiento. Debe recordarse que la Ley de la Fiscalía Europea, sin necesidad de recabar el consentimiento, habilita al fiscal para ordenar el acceso a cualesquiera lugares cerrados que no tengan la condición de domicilio⁵⁰.

Cuando se trate de un domicilio que no tenga aquella condición, la jurisprudencia se ha mostrado bastante flexible en orden a admitir el *consentimiento de subalternos y personas autorizadas* para la custodia de los edificios o instalaciones. Sobre la posibilidad de habilitar el acceso por las personas accidentalmente encargados del edificio o lugar por la empresa, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1994, otorgó validez al registro efectuado en una oficina municipal donde trabajaba el acusado sin la presencia del interesado, ni del secretario judicial, señalando que no se está en la presencia de un registro domiciliario sino de un edificio público de los previstos en el art. 547.1 LECrim, y quien tenía que dar el permiso era el alcalde que lo prestó, sin que sean necesarias otras formalidades. En este sentido, se pronuncia también BANACLOCHE PALAO, quien hace extensiva tal facultad para consentir la entrada al responsable o directivo que

⁵⁰ Esto, sin embargo, no puede suponer una limitación del derecho a ser informado del contenido de la actuación practicada. En este sentido Cadena Serrano, cita la STC de 54/2015, de 16 de marzo, ECLI:ES:TC:2015:54, en el que por falta de esa información previa en el caso ahora examinado, se otorgó el amparo por considerar que en el ámbito de la inspección tributaria cuestionada, resultaban también de aplicación los arts. 131.2 de la Ley Foral 13/2000, de 14 de diciembre, general tributaria de Navarra, y 40.4 del Reglamento de inspección tributaria de la Administración de Navarra, aprobado por Decreto Foral 152/2001, de 11 de junio, que establecen la obligación de que los funcionarios de la inspección recaben el consentimiento del interesado "advirtiéndole de sus derechos", lo que en el caso concreto no se hizo. CADENA SERRANO, F.A. «Vulneración de los derechos fundamentales y registro domiciliario», *Publicaciones del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, 2016, p. 19.

está al cargo de la dependencia u oficina a la que se pretenda acceder⁵¹. GASCÓN INCHAUSTI entiende, por el contrario, que, si no está presente ninguna persona facultada para autorizar la entrada, el consentimiento eventualmente prestado por un empleado carente de facultades de representación o decisión en la entidad resulta insuficiente para legitimar la diligencia de investigación⁵². En este mismo sentido se pronuncia PORTAL MANRUBIA⁵³.

La solución a estas cuestiones debería quedar condicionada por el tipo de intereses afectados, no siendo admisible dar una respuesta única para todos los casos. Así, una intromisión en aspectos especialmente sensibles debería estar limitado a los consejeros debidamente habilitados o a personas especialmente autorizadas que trasladen la voluntad de aquellos. Nos referimos a aquellas decisiones estratégicas que puedan encuadrarse en el art. 249 bis apartado b) y a aquellas otras que pueden determinar la autorización o dispensa del deber de lealtad del apartado c) del propio precepto, las cuales no son susceptibles de delegación. En el caso de las sociedades de capital la regla general es que estas autorizaciones se deban llevar a efecto por quienes estén habilitados para asumir las decisiones estratégicas en la empresa⁵⁴. La Ley de Sociedades de Capital prevé la posibilidad de que puedan delegarse determinadas facultades con el objetivo de agilizar la administración de la sociedad. Para ello, se prevé que puedan designarse uno o varios miembros del consejo de administración para que puedan ejercer al mismo tiempo de consejeros delegados o constituirse en comisiones ejecutivas⁵⁵.

El hecho es que no todo acceso a un domicilio de una persona jurídica tiene el carácter estratégico y excepcional para incardinarlo dentro de las estrechas limitaciones del art. 249 bis. Lo decisivo a nuestro juicio es la previsión contenida en el propio precepto al singularizar la información que este excluida a terceros. No toda información cuenta con una exclusión total y absoluta, en algunas ocasiones las decisiones estratégicas pueden contextualizarse en el marco de una sucursal o una pequeña oficina, de modo que cualquier directivo de esa oficina puede acceder a dicha

⁵¹ BANACLOCHE PALAO, J. " Las diligencias de investigación relativas a la persona jurídica imputada" en la obra colectiva *"Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales"*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, marzo 2011, p. 208.

⁵² GASCÓN INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 840

⁵³ PORTAL MANRUBIA, J., "El proceso penal contra la persona jurídica en su ausencia", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, mayo 2012, p. 165

⁵⁴ Existe, sin embargo, algunas diferencias entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, pues mientras que el consejo de administración de estas últimas carece de poder de autorregulación, las de capital sí cuenta con estas facultades. Así la Ley de Sociedades de Capital establece que en las sociedades limitadas serán los estatutos los que regulen el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, incluyendo las reglas de convocatoria y constitución del consejo, el modo de deliberar y adoptar los acuerdos por mayoría (art. 245.1 LSC). En el caso de las sociedades anónimas, caso que no exista una previsión especial, el propio consejo puede regular su funcionamiento interno (art. 245.2 LSC), determinando la forma de convocar y constituir el consejo, y el modo de deliberar y votar. De este modo resulta normal que el consejo de administración de una sociedad anónima cuente con un reglamento interno.

⁵⁵ Esta delegación de facultades está sujeta a aprobación por voto favorable de dos terceras partes de los componentes del consejo y se formalizará en un apoderamiento específico en el que se determinarán los derechos y obligaciones del consejero delegado (249 LSC). Existen, sin embargo, determinadas decisiones que están reservadas exclusivamente al consejo de administración y que no se pueden delegar, entre estas autorizar o dispensar las obligaciones que derivan del deber de lealtad (249 bis LSC).

información. En otros, el acceso a determinada documentación estará reservada a los servicios jurídicos de la empresa, pues el conocimiento de dicha información puede poner en riesgo la línea de defensa en un procedimiento.

Se hace por tanto necesario distinguir la existencia diversos niveles de información en atención a los intereses afectados, que podríamos sintetizar en los siguientes⁵⁶:

- Información sobre la línea de defensa a seguir en procedimiento entablados ante cualesquiera instancias judiciales⁵⁷.
- Documentos y correos electrónicos que contengan información estratégica de la empresa (art. 249 bis b y 246 LSC).
- Secretos empresariales en el sentido señalado en el art. 1 apartado 1º de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. Tendrán tal condición cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones: a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas; b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.
- Documentos y correos electrónicos de régimen interno entre cada uno de los directivos y la dirección de la empresa o en que esta da órdenes a los primeros, pero sin acceso a otros responsables.
- Documentación obrante en sucursales u otras oficinas con transcendencia limitada y accesible a los responsables de dichas oficinas y a la Dirección de la empresa, pero no a otros centros directivos.
- Información de régimen interno accesible a cualquier directivo de la empresa.
- Información financiera y contable excluida del acceso a terceros (art. 32.1 CCo).
- Documentación de la empresa propia de su giro o tráfico a la que se refiere el artículo 554.4 como aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria.
- Información accesible desde fuentes abiertas.

En cada uno de estos supuestos el nivel de exigencia es distinto y los controles de las instancias superiores dependerán del objeto y alcance de la diligencia. Fijado el tipo de información que se pretenda obtener, la prestación del consentimiento es cuestión que se resuelve en la mayoría de los casos con la aplicación de la legislación estatutaria que determinará quienes son las personas que deban prestar su consentimiento en función de la trascendencia del acto. Por regla general estarán llamadas a prestarlo las personas a quienes se haya confiado la gestión o dirección de las

⁵⁶ Sigo en esto los criterios empleados en los protocolos de actuación que durante el tiempo en que estuve prestando servicios se han seguido en el marco de los juzgados centrales de la Audiencia Nacional.

⁵⁷ Véase sobre este particular, véase la STEDH de 2 de abril de 2015, caso *Terrazzoni c. Francia*, demanda 33242/12, en la que se consideró conculcada la protección domiciliar de una sociedad francesa como consecuencia de la visita de la inspección tributaria a su sede con incautación y registro de papeles y archivos electrónicos que afectaban a la confidencialidad de la relación entre abogado y cliente.

concretas dependencias que sean objeto de registro. Los estatutos o los programas de cumplimiento, sin embargo, pueden limitar la delegación de estas funciones o hacer extensivo dicha habilitación a otras personas. Si la persona jurídica estuviese ya imputada en el procedimiento, parece claro que resultaría preceptivo, sino el consentimiento del representante especialmente designado, cuando menos la comunicación a este último el hecho del registro.

4.2. Conflictos de intereses

La aprobación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo concretó en el art. 225 de la LSC los deberes de diligencia de los responsables de las sociedades de capital, entre los que se incluyen la adopción de las medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad. Estas previsiones constituyen a juicio de la doctrina el punto de partida de la generalización de las normas de cumplimiento. CUENCA MARTÍNEZ, comentando la reforma, aborda el contenido y alcance de estas decisiones estratégicas de los entes sociales, la cuales presentan un carácter indelegable y discrecional⁵⁸. Pero como toda decisión discrecional está sujeta a un control de los elementos reglados que definen este ámbito de discrecionalidad y que permiten en su caso exigir responsabilidad respecto de los excesos eventualmente cometidos. Estos elementos serían según el autor últimamente citado, el contenido (condiciones estratégicas), información suficiente, así como la buena fe y la falta de interés personal⁵⁹.

En el caso, de la entrada en el domicilio, la exposición al escrutinio de los investigadores de la información obrante en aquel presenta un triple conflicto:

- De una parte, el derecho a la presunción de inocencia y a utilizar los medios para su defensa cuyo ejercicio se sujeta al deber de lealtad. Entre estas obligaciones se encuentran conforme al art. 228 b) la de guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.
- De otra la responsabilidad implícita por la falta de colaboración con la investigación y las consecuencias que para la empresa esto pueda suponer.
- Junto a estos deberes, la posición que eventualmente pueda tener el directivo o gerente de la empresa por razón de su responsabilidad personal en los hechos investigados.

Las normas de cumplimiento permiten establecer en muchos casos las pautas a seguir y reducir el ámbito de discrecionalidad en virtud del modelo de conducta que la empresa se ha impuesto a sí misma. Con todo y como sostiene ECHARRI CASI, los administradores tienen por lo general una posición complicada, pues dados los compromisos adquiridos tienen un deber de lealtad con la empresa que pueden entrar en conflicto con sus propios intereses como imputados o con la obligación general de colaborar con la Administración de Justicia (art. 118 CE). Esta referencia al

⁵⁸ CUENCA MARTÍNEZ, Juan. «Buen Gobierno Corporativo de las sociedades de capital y Compliance, *La Ley compliance penal* n° 3, cuarto trimestre de 2020. Wolters Kluwer, p. 11.

⁵⁹ CUENCA MARTÍNEZ, Juan. «Buen Gobierno Corporativo de las sociedades de capital y Compliance», obra últ. cit. p. 16.

deber de lealtad es de la mayor importancia y debe interpretarse en el marco de las normas de cumplimiento que definan el contenido y alcance de la eventual delegación⁶⁰.

Dicho deber de lealtad puede resultar, así, incompatible con la posibilidad de otorgar el consentimiento a la entrada y registro, máxime en aquellas fases iniciales del procedimiento, en el que las conductas penales no estén lo suficientemente delimitadas. El análisis de estos modelos de cumplimiento excedería del objeto del presente trabajo, pero si cabe apreciar una tendencia natural de aquellos a facilitar la colaboración con los investigadores, hecho que como hemos visto ha determinado la generalización de este modelo de entrada y registro. De igual modo, esta tendencia a colaborar acentúa con más intensidad si cabe los eventuales conflictos que puedan presentar el otorgamiento de dicho consentimiento con los intereses de los administradores de la empresa imputados en el procedimiento.

La jurisprudencia se ha mostrado contraria a la admisibilidad del consentimiento a la entrada y registro de personas que se encuentre en conflicto con el investigado al que atiende la diligencia. El Tribunal Supremo viene afirmando, que si bien, el consentimiento puede actuar como factor legitimante de la entrada en la propia sede doméstica, para que pueda interpretarse como la consciente y voluntaria abdicación del derecho de exclusión domiciliaria ha de ser un consentimiento sobre cuyo alcance no puede cernirse duda alguna. En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que «la necesidad de que la prestación de ese consentimiento se verifique en condiciones que impidan cualquier asomo de presión psicológica que lleve al interesado a abdicar del cuadro de garantías que constitucionalmente otorga el art. 18.2 CE, viene siendo reiterada de forma unánime por la jurisprudencia». En la STS 401/2020, 17 de julio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2430, el ponente Vicente Magro Servet analiza los requisitos que se deben tener en cuenta para la ejecución de una diligencia de entrada y registro cuando quien presta el consentimiento de acceso a los agentes es la pareja del investigado que reside en su domicilio. El Tribunal Supremo declaró entonces la validez de la entrada y registro porque los agentes dieron información completa a la pareja y, además, no resultó acreditada la existencia de un conflicto entre los miembros del matrimonio que invalidara el consentimiento otorgado (dicho sea de paso, quizás por una dejación estratégica a la hora de proceder a la imputación de la conviviente en aquel domicilio). En este caso la tenencia en el domicilio familiar del cuerpo del delito, en este caso armas de guerra, era al parecer sólo conocida por el marido que se le ocultó a la mujer.

Tratándose de personas jurídicas, el conflicto que se cree en estos casos dependerá en gran medida de la definición de lo que hayamos de entender como información sensible susceptible de poner en peligro a la sociedad, y de la quiebra de las expectativas de confidencialidad a las que anteriormente nos hemos referido. Cuestiones estas que han sido abordadas en diversos pronunciamientos por el Tribunal Supremo, en los que en caso de conflicto de intereses se ha puesto de

⁶⁰ El contenido del deber de lealtad se concreta en el art. 230 de la Ley de Sociedades de Capital, a cuyo tenor: «No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas. b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera. c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado. d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad».

manifiesto la necesidad de separar la condición de administrador con la persona especialmente designada para la defensa de los intereses jurídicos en el procedimiento.⁶¹ En todo caso como sostienen BAJO FERNÁNDEZ y GÓMEZ JARA, «la voluntad de la persona jurídica expresada a través de su órgano de administración debe imperar —forzar nombramientos en este sentido contradice la libertad de autoorganización de la persona jurídica— salvo que se trate de personas jurídicas en claro conflicto de intereses»⁶².

4.3. Forma de expresar el consentimiento. Información de derechos

En cuanto a la forma en que se ha de prestar tal consentimiento, para NEIRA PENA la regla general es que debe ser inequívoco, pero no tiene por qué ser necesariamente expreso, entendiéndose que concurre el consentimiento presunto cuando el requerido ejecuta los actos necesarios que de él dependan para que se produzca la entrada y registro sin invocar la inviolabilidad domiciliaria (art. 551 LECrim)⁶³.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, como regla general, el problema de si hubo o no consentimiento debe interpretarse de la forma más favorable para el titular domiciliario (in dubio libertatis), debiendo analizarse racionalmente el comportamiento del propio interesado, antes, durante y después del registro, así como las manifestaciones de cuantos pudieron estar presentes cuando el registro se llevó a cabo (STS 63/1999, de 15 de enero)⁶⁴. Tal y como señala el TC, «el consentimiento eficaz tiene como presupuesto el de la garantía formal de la información expresa y previa, que debe incluir los términos y alcance de la actuación para la que se recaba la autorización inherente»⁶⁵. Por lo tanto, a fin de evitar nulidades probatorias posteriores, es necesario que los agentes que pretendan llevar a cabo un registro sin autorización judicial, informen al representante del ente de su facultad de negar la entrada en el domicilio de la entidad⁶⁶.

⁶¹ Por todas la ya citada STS 154/2016 de 29 de febrero.

⁶² BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ y GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos, *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, 2.ª edición, Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 322.

⁶³ HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1996 justifica la validez del consentimiento tácito en los trabajos preliminares del texto constitucional: «el hecho de que el requisito de la exigencia del consentimiento expreso, inicialmente recogido en el informe de la Ponencia y en el dictamen de la Comisión, no se mantuvo después en la Comisión del Senado, ni se estableció en el texto definitivamente aprobado del art. 18 CE». Asimismo, diversos autores citan además el art. 551 LECrim, hablar de un consentimiento presunto «se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el art. 6.º de la Constitución del Estado». No han faltado sentencias que han postulado una interpretación restrictiva de este precepto, señalando que, salvo casos excepcionales, la mera falta de oposición a la intromisión domiciliar no podrá entenderse como un consentimiento tácito (STC 209/2007, de 24 de septiembre, FJ 5, BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007).

⁶⁴ CADENA SERRANO, F. «Vulneración de los derechos fundamentales y el registro domiciliario», *Publicaciones del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, 2016 p. 24

⁶⁵ En este sentido, SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 8, y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

⁶⁶ El Tribunal Constitucional ha estimado el recurso presentado por considerar por no haber procedido los funcionarios de la Administración Tributaria a recabar el consentimiento del interesado «advirtiéndole de sus derechos», conforme se previene en el art. 131.2 de la Ley Foral 13/2000, de 14 de diciembre, (STC de 54/2015, 16 de marzo de 2015, BOE núm. 98, de 24 de abril de 2015))

En este punto, parece conveniente reflexionar sobre los vicios que podrían invalidar el consentimiento del representante, como sujeto facultado para actuar en nombre de la entidad, que serían, básicamente, el error esencial, la violencia y la intimidación. Pues bien, en relación con las personas jurídicas, la relativa novedad de la reforma, así como la indefinición jurisprudencial de los espacios que se consideran protegidos, podría tener relevancia en cuanto a la apreciación de error en el consentimiento por parte del representante. Así sería el caso del acceso a información restringida facilitada por el administrador o apoderado en contra de las previsiones estatutarias⁶⁷.

Como hemos apuntado al principio de nuestra exposición la generalización de los programas de cumplimiento normativo ha venido a aclarar en gran medida el alcance y extensión de este tipo de diligencias. Como cualquier otro protocolo suponen un sistema que simplifica la toma de decisiones en atención a escenarios preconcebidos. Con todo y como veremos, existe en aquellos una tendencia generalizada a la colaboración con los investigadores, haciendo del consentimiento un mero acto rituario, en el que en muchos casos no se tienen presente los intereses de terceros clientes, proveedores y empleados que pueden verse afectados por la exposición indiscriminada de su privacidad⁶⁸.

Aspecto también importante es *la información de derechos y la asistencia de letrado* durante este tipo de diligencias. Como es conocido la reforma de la Ley 5/2015 de 27 de abril, dio contenido al ejercicio del derecho de defensa en el proceso penal, y procedió a trasponer las garantías procesales recogidas en la Directiva 2011/36/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales. Conocido es también la distinta posición que ocupan las personas detenidas respecto de quienes se encuentra en libertad, la jurisprudencia ha venido exigiendo de manera insoslayable la presencia de abogado cuando se trate de personas detenidas, no siendo imprescindible esta premisa cuando se trata de personas que no se hayan privadas de libertad. Ciertamente, no sería el caso de las personas jurídicas, pero debe tenerse presente que en muchas de estas diligencias los administradores de la empresa pueden encontrarse detenidos y puede no resultar claro a quien corresponda la toma de decisiones. En tal situación cabe hacer extensiva a la persona jurídica esta garantía reforzada, sobre todo en aquellos supuestos en que no resulte claro quien pueda ejercer las funciones que corresponderían a los detenidos⁶⁹. Con todo, la complejidad de una diligencia de esta índole en el que eventualmente puedan quedar afectados los derechos de terceros hace aconsejable la asistencia de abogado durante el curso de la diligencia. Así resulta de una interpretación sistemática de las previsiones contenidas en el art. 119 de la LECRIM en el que, a falta de la asistencia del representante especialmente designado, las actuaciones se seguirán con el abogado de la entidad.

⁶⁷ NEIRA PENA, A. M., «La representación en el proceso penal de la persona jurídica imputada. Humanización, autodefensa y conflicto de intereses», en MORENO CATENA, V., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 299.

⁶⁸ Sobre las consecuencias de una extensión generalizada de los programas de cumplimiento normativo de la empresa en perjuicio de los derechos individuales, véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico*, Editorial IB de F, Montevideo, 2014, p. 61

⁶⁹ Véase, STS 440/2018, de 4 de octubre de 2018, ponente Lamela Díaz (ECLI:ES:TS:2018:3291), La STS 430/2020, de 9 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2848), Carmen Lamela Díaz, STS 6/2021, de 13 de enero de 2021, Leopoldo Puente Segura (ECLI:ES:TS:2021:11).

5. La intromisión en el sustrato organizativo de la persona jurídica: Acceso a despachos, taquillas y oficinas de los empleados. La doctrina de la expectativa razonable de privacidad

Hemos significado como los intereses de las personas jurídicas no pueden quedar limitados al ente dotado de personalidad jurídica, sino que estas diligencias suponen en muchos casos una intromisión tanto o más grande respecto de aquellos otros intereses que constituyen el sustrato organizativo de la empresa como pueda ser la clientela, los acreedores, los proveedores, los empleados, etc.

Como indicamos al principio de nuestra exposición, la jurisprudencia que nace del caso *Transpi-nelo* pone de manifiesto como en torno a las personas jurídicas se crean toda una serie de *expectativas e intereses legítimos nacidos al amparo del carácter estable que se predica de estas organizaciones*. Es por tal razón, que el registro del despacho de un trabajador puede afectar, simultáneamente, al derecho a la inviolabilidad domiciliaria de la entidad y a la intimidad o privacidad del empleado que lo utiliza en su desempeño profesional. En este contexto, la facultad de exclusión, que está en la esencia del derecho a la intimidad, queda relativizada por la concurrencia de los intereses corporativos propios de la organización.

La delimitación entre uno y otro ámbito ha sido abordada por la doctrina y la jurisprudencia atendiendo al *criterio de la expectativa razonable de privacidad*, esto es, la asunción al tiempo de relacionarse el individuo con la persona jurídica de una posición jurídica, entre lo que es razonable y se suele reconocer en estos casos como propio del poder organizativo de la empresa y lo que es lo propio de la condición del empleado, cliente o socio. Tal como sostiene NEIRA PENA esta es cuestión que es susceptible de modulación a través de la comunicación a los trabajadores de las reglas que determinan los usos permitidos y prohibidos de los espacios físicos y virtuales que el ente pone a disposición de sus empleados, así como de los controles que la entidad puede desarrollar en los espacios de la organización de uso privativo de sus miembros⁷⁰.

Cabe preguntarse si la mera expectativa razonable de privacidad del trabajador es suficiente para negar la entrada y registro a los investigadores a una entrada y registro consentida por el empresario. En principio parece claro que el trabajador no puede negar la entrada a los investigadores a su despacho profesional, al igual que no puede impedir el registro de un automóvil o un trastero de su propiedad. Se trata de diligencias realizadas por los investigadores en el ámbito de su competencia y respecto de la que se encontrarían habilitados por la persona que detenta la titularidad de las instalaciones que son objeto de registro. Sin embargo, como señala ECHARRI CASI no debe confundirse la titularidad de la persona jurídica, con el derecho a la intimidad de aquellas personas físicas (directivos, empleados) que puedan verse afectados por la diligencia⁷¹.

⁷⁰ NEIRA PENA, A. M., «La representación en el proceso penal de la persona jurídica imputada. Humanización, autodefensa y conflicto de intereses», en MORENO CATENA, V., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 300.

⁷¹ ECHARRI CASI, Fermín Javier. «La diligencia de entra y registro en despachos profesionales», *Diario La Ley*, N° 8260, Sección Doctrina, 27 de febrero de 2014, Año XXXV, Ref. D-66, Editorial La Ley, La Ley Penal, n° 929/2014, p.7.

En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI estima, que, si del desarrollo ordinario de la actividad en la empresa se infiere que los despachos o espacios similares de directivos o empleados son inmunes a la actuación de la entidad, entonces sería ilegítimo que esta inspeccionase por sí misma esos lugares o que autorizase que lo hicieran las autoridades de persecución penal. Distinto será el caso, sigue diciendo el indicado autor, en que «existen protocolos o reglas claras de uso de los espacios que advierten de la facultad de inspección por parte de la empresa», en tal supuesto ninguna objeción habría al registro policial autorizado por los responsables de la empresa⁷².

En el caso concreto de la relación laboral, la jurisprudencia no había sido uniforme en orden a fijar el *canon de la confidencialidad* del empleado en el marco de la investigación penal de las personas jurídicas. Dada la indefinición de esta posición jurídica, la jurisprudencia, en unas ocasiones ha procedido a establecer una expectativa razonable de privacidad de sus comunicaciones, *cuando no se establecen reglas de uso o se permite su utilización con fines personales*, véase así las STS de 26 de septiembre de 2007, 8 de marzo 2011 y 6 de octubre de 2011, en las que se modula el poder de dirección y control empresarial en atención a las expectativas del empleado ante la falta de previsiones específicas por parte de la empresa⁷³. En otras ocasiones se ha tomado en *consideración aspectos puramente formales*, así la STC 170/2013, de 7 de octubre (BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2013) señala que una mera prohibición de uso personal de las herramientas de trabajo establecida en convenio colectivo se consideró suficiente para legitimar el control de las comunicaciones electrónicas y de cualquier otro documento hallado en el ordenador o dispositivo facilitado al trabajador por la empresa.

Esta jurisprudencia fue acogida y confirmada por diferentes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han establecido los criterios para delimitar el acceso a la información corporativa, en atención a ciertos estándares que han venido a conocerse como el *test Barbulescu*⁷⁴. Este canon interpretativo, establecido por la STEDH de 5 de diciembre de 2017, se fundamenta en el modo como se configure la relación laboral, particularmente las advertencias en orden al uso que deba darse a los recursos facilitados por el empleador y las facultades de exclusión en orden a su acceso. La STS 489/2018, ponente Javier Hernández García, va más allá incluso tomando en consideración para fijar este canon, el uso y la tolerancia social⁷⁵.

La jurisprudencia que nace del caso *Barbulescu* reconoce la potestad del empresario de fiscalizar las comunicaciones electrónicas de los trabajadores cuando el empresario pone a disposición de aquellos los instrumentos y prohíbe mediante normativa interna el uso privado de tales medios.

⁷² GASCÓN INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 843.

⁷³ Véase GOÑI SIEN, José Luis, «La vigilancia empresarial de las conversaciones electrónicas de los trabajadores. A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016, “Barbulescu v. Rumania”», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 18, 2016.

⁷⁴ STEDH, Barbulescu contra Rumania de 5 de septiembre de 2017, demanda nº 61496/08.

⁷⁵ Véase a sí el fundamento jurídico séptimo párrafo quinto de la citada sentencia: «...la clave de la ilegitimidad de la intromisión y, consiguientemente, de la nulidad probatoria se sitúa en la vulneración de la expectativa de intimidad por parte del trabajador. Una expectativa, basada en un uso social de tolerancia respecto de una moderada utilización personal de esos instrumentos, que, no es ajena a los contenidos de la protección constitucional del derecho a la intimidad».

Deja, sin embargo, importantes interrogantes sin resolver⁷⁶. En concreto, se plantea el problema de la *monitorización y seguimiento de la actividad de los trabajadores* de la empresa cuando existen sospechas de un comportamiento desleal.

En sentencias posteriores el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado los casos de monitorización en supuesto de existencia de sospechas fundadas de conductas irregulares del trabajador. Así, en el caso de la sentencia *Köpke*, ante la sospecha de robos en el interior de los almacenes por los empleados de la empresa, se admitió la videovigilancia durante un periodo de tiempo limitado y referida a los dos trabajadores sospechosos⁷⁷. Solución contraria a la adoptada en el caso de la sentencia *López Ripalda*, en el que ante la falta de elementos del inventario y bajo la sospecha generalizada frente a todos los empleados se sometió a estos durante cuatro meses a videovigilancia mediante la instalación en el interior de la empresa de cámaras de seguridad⁷⁸. A diferencia del caso *Köpke*, en el que la medida de vigilancia fue limitada en el tiempo -se llevó a cabo durante dos semanas y la medida se aplicó únicamente a dos empleados-, en el caso *López Ripalda* la decisión de adoptar medidas de vigilancia se basó en una sospecha general frente a todo el personal, habida cuenta de las irregularidades reveladas con anterioridad por el gerente de la tienda.

La solución alcanzada difiere sin embargo cuando la intromisión afecta al *acceso a las comunicaciones o al entorno digital*. Es el caso de la STS del pleno 328/2021, de 22 de abril en la que se confirma la condena al empresario por el acceso a una cuenta de correo corporativa que llevó a efecto al objeto de constatar la entrega de información a la competencia, en la que se señala:

«El trabajador que conoce la prohibición de utilizar para fines particulares los ordenadores puestos a su disposición por la empresa y, pese a ello, incumple ese mandato, incurre en una infracción que habrá de ser sancionada en los términos que son propios de la relación laboral. Pero esa infracción no priva al trabajador que incurre en ella de su derecho a definir un círculo de exclusión frente a terceros, entre los que se incluye, desde luego, quien le proporciona esos medios productivos. De admitir esa artificial asimilación a la hora de pronunciarnos sobre la legitimidad de la injerencia, estaríamos olvidando la propia naturaleza del contrato de trabajo por cuenta ajena. Los elementos de disponibilidad del derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad de las comu-

⁷⁶ Otra de las cuestiones que la doctrina Barbulescu no aborda es la relativa a la exclusividad del acceso a la información por razón de la atribución a título personal de una cuenta de correo, vinculado a un usuario definido y una contraseña. En el caso, de la STS 56/2022, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2022:132), ponente Javier Hernández García, se aborda la cuestión del carácter corporativo o no de cuentas asignadas a un socio de una empresa respecto de los que se había accedido por uno de los socios para probar la falsedad de el documento privado de reconocimiento de deuda y cuya no admisión en juicio determinó la absolución del encausado. En el caso analizado los responsables de la empresa crearon cuentas corporativas de correo electrónico identificadas por el nombre de los distintos departamentos que la integran y con una clave de acceso común. Pero no lo es menos que los sistemas de correo corporativo permiten la vinculación a cada una de ellas de diferentes "alias" que se convierten en usuarios individuales de dicha concreta cuenta. De tal modo, para acceder a esta, la persona a quien corresponde el "alias" vinculado, debe, en el frontend del sistema, registrarse mediante su nombre de usuario y la clave o password. Desde ese momento, el uso de la cuenta se privatiza, en particular cuando el usuario la utiliza para enviar contenidos a otros usuarios del sistema o externos a este.

⁷⁷ STEDH (Gran Sala) *Köpke contra Alemania* (dec.) núm. 420/07, 5 de octubre de 2010.

⁷⁸ STEDH (Gran Sala) *López Ribalda y otros contra España* de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13).

nicaciones no pueden abordarse con quiebra del principio de proporcionalidad. De hecho, la efectiva vigencia de aquellos derechos del trabajador no puede hacerse depender exclusivamente de un pacto incondicional de cesión en el que todo se vea como susceptible de ser contractualizado».

La disposición final 13 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre procedió a la reforma del art. 20 bis del Estatuto de los Trabajadores, reformado simultáneamente por la disposición final decimotercera, el cual ha quedado, por su parte, con la siguiente redacción:

«Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

Todo lo cual nos pone de manifiesto que la cuestión se complica cuando el acceso que se pretende lo es a la información más sensible de la empresa a la que se refiere el art. 554.4º de la LECrim. En la mayoría de los casos esta información estará custodiada en estos dispositivos informáticos, y de ordinario va a afectar de un modo u otro a todos los empleados de la empresa. No es admisible en estos casos equiparar dicha información a la contenida en un lugar cerrado, y de algún modo el consentimiento de los responsables de la persona jurídica puede resultar insuficiente, al afectar y lesionar la intimidad de su entorno organizativo y en particular de sus empleados y directivos.

Debe tenerse presente que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han ido extendiendo la protección domiciliaria a entornos que hasta hace poco eran extraños a la privacidad, como pueda ser la protección de datos⁷⁹. Por otra parte, existen intereses afectos a la intimidad de las personas que son tanto o más sensibles que la protección del domicilio, véase el caso de la historia clínica o el secreto del abogado.

Sin embargo, como veremos la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha afirmado que *no es posible trasladar directamente los criterios empleados en el ámbito laboral a la investigación penal*. La STS 528/2014, de 16 de junio, ponente José Manuel Maza Martín, respetando los criterios contenidos en las resoluciones de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, y avallados por el Tribunal Constitucional, estimó que los postulados allí mantenidos, respecto de la no exigencia de autorización judicial previa, debían quedar restringidos a ese ámbito laboral, sin

⁷⁹ La LO 3/2018, de 5 de diciembre aborda esta cuestión desde el punto de vista de la protección de datos: «1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador; 2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos; 3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores. El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado».

que en modo alguno pudieran extenderse al enjuiciamiento penal. En la sentencia del pleno 328/2021, de 22 de abril, se aborda la diferencia cualitativa existente entre la iniciativa meramente particular y la pública, destacando como con relación a esta última, a diferencia de la relación laboral, no es posible, ni asumible una cesión anticipada o renuncia al espacio de la intimidad virtual.

Por su parte *la entrada y registro consentida voluntariamente tiene a su vez sus propias especialidades*. La extensión de las prerrogativas del empleador en el caso de los entradas y registros voluntarias a requerimiento de los investigadores se encuentra estrechamente vinculada al ámbito de la relación laboral, toda vez que los investigadores lo que llevan a efecto es subrogarse en las facultades de supervisión del empresario.

En principio, la propia condición del trabajador dentro del proceso organizativo y su sumisión al poder de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales contemplada en el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores habrá de resultar habilitación bastante, en la medida que el empleo de los instrumentos de trabajo en orden a la comisión de un delito implica de suyo comprometer la actividad de la empresa.

Como señala ECHARRI CASI, tampoco es descartable que la empresa cuente con protocolos o reglas del uso de los espacios internos, en cuyo caso el registro policial podría estar autorizado sin necesidad del consentimiento del directivo o usuario del espacio afectado⁸⁰. Nos encontramos ante una habilitación de los investigadores que no puede ir más allá del poder de intromisión que cuenta el empresario, y que en consecuencia tiene un ámbito mucho más restringido que el que pueda tener una habilitación judicial.

Pero es que, además, en el caso de entradas y registros voluntariamente consentidas por el empresario, el margen de apreciación de lo que constituye la privacidad se hace desde el punto de vista de un conflicto entre el empresario y el trabajador, que es el que prevé y regula la relación laboral, pero no tiene en cuenta otros escenarios. Es por esto por lo que la sola disciplina de la relación laboral es insuficiente para determinar las facultades de los investigadores, debiendo existir previsiones específicas al margen de los intereses de empresario y empleador, y en interés de toda la organización.

Así junto a la normativa laboral, en el caso de los registros voluntariamente consentidos, deben tenerse igualmente en cuenta las previsiones de cumplimiento normativo a las que toda la organización y muy en particular los medios humanos de la empresa se encuentran vinculados. De algún modo el marco estatutario al que anteriormente nos hemos referido, deberá prever estas situaciones y actuar conforme a la normativa de cumplimiento acordada por la empresa.

No hemos de concluir este apartado, sin la referencia al escenario que se abre tras la habilitación del acceso por la fiscalía a cualquier otro lugar cerrado que no tenga la condición de domicilio de

⁸⁰ La STS 489/2018, 23 de octubre [28079120012018100512], ponente Antonio del Moral, a la que luego aludiremos, que aborda la cuestión del entorno digital, declara que existe una diferencia no simplemente cuantitativa, sino también cualitativa entre lo que supone registrar los cajones de la mesa que un empleado despedido venía utilizando, o sigue usando; y el acceso a un dispositivo electrónico de uso exclusivo como es un ordenador. «En este caso hay un plus determinado no solo porque puede suponer desnudar virtualmente a una persona, sino porque incide también en otro derecho de nueva generación como es la autodeterminación informativa».

los arts. 546 y 547 LECrim. Como ha quedado apuntado en líneas precedentes, si bien el tenor literal de estos preceptos contiene una casi ilimitada extensión de la privacidad al requerir autorización judicial para cualesquiera lugares o espacios cerrados, tal previsión, sin embargo, ha sido matizada por la jurisprudencia que ha restringido el alcance del precepto a aquello que propiamente afecte a la intimidad de las personas. La cuestión que se presenta ahora es la posibilidad de acceder a cualquier lugar cerrado por una decisión de la fiscalía sin recabar autorización judicial y sin el consentimiento de las personas afectadas. El párrafo segundo, del artículo 46 de la LFE, señala que «la entrada en lugares cerrados que no tengan la consideración de domicilio se llevará a cabo por el Fiscal europeo delegado o por la Policía Judicial bajo autorización previa de esta acordada mediante decreto». Conforme hemos expuesto anteriormente la condición de domicilio de las personas jurídicas no atiende tanto a la consideración del ente que conocemos como persona jurídica, como a la esfera de intereses que constituyen el sustrato organizativo de la empresa y entre los que hemos identificado, junto a accionistas, acreedores y proveedores a los propios trabajadores de la empresa. El hecho de la habilitación que pueda conferir el empresario a los investigadores o la fiscalía no desdice cuanto estamos señalando. La habilitación que la LFE confiere al fiscal, debe entenderse, así, desde el punto de vista de la libertad de autodeterminación informativa y la expectativa razonable de privacidad que tenga el empleado en el marco de una entrada y registro que no deja de tener la condición domiciliaria.

6. Exclusiones al registro voluntario

Como hemos señalado la Ley de la Fiscalía Europea, si bien admite que el fiscal pueda acordar el registro de cualesquiera lugares cerrados que no tengan la condición de domicilio y admite como modo normal de registro del domicilio de las personas jurídicas aquel que se haya de llevar a efecto con el consentimiento de sus administradores, rechaza la posibilidad de hacer extensivo este tipo de registros en determinados supuestos en que puede verse afectado el secreto profesional o empresarial. Concretamente se refiere a los despachos u oficinas donde se desarrollen actividades afectas al secreto profesional, como en las cajas de seguridad que se hallen en entidades bancarias u otras instalaciones específicamente dedicadas a su custodia.

Nos encontramos ante unas previsiones que se encuentran en línea con el derecho de exclusión respecto de intereses especialmente sensibles que ostentan las *terceras personas extrañas al procedimiento*. Estas han concertado un contrato de gestión o administración de sus intereses y no es posible que pueda ser fiscalizada su actuación por el sólo hecho de haber confiado aquellos intereses a la persona jurídica investigada. Ciertamente los arts. 588 bis h y 588 ter c, habilitan la posibilidad de que las diligencias de investigación ordenadas por el juez puedan afectar a terceras personas extrañas, pero cuando así lo hace, lo es en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas. No es el caso de los registros voluntarios y las entradas en lugar cerrado que eventualmente puedan ser autorizadas por el Ministerio Fiscal. La Ley de la Fiscalía Europea ha sido consciente de estas limitaciones y ha procedido a excluir determinados terceros por razones de orden público, en unos casos y en otras para preservar los supuestos más flagrantes afectos al núcleo duro del derecho a la intimidad.

6.1. Exclusión del registro voluntario de las personas y entidades jurídico-públicas

La exclusión del registro voluntario de las personas y entidades públicas en principio no es cuestión que afecte a la privacidad, respecto de la cual como hemos visto las entidades públicas carecen. De hecho, el art. 546 las equipara al acceso a lugar cerrado, previniendo en el art. 564 de LECrim que para llevarla a efecto resultará bastante que se oficie a la Autoridad o jefe de que aquéllos dependan en la misma población⁸¹.

La justificación de esta exclusión viene dada, en mi opinión, por cierta desconfianza por parte del Estado Español hacia un organismo internacional que al fin y a la postre es extraño a la estructura de poder del Estado, y cuya actuación puede comprometer gravemente intereses de orden público superior como puede ser el tratamiento de información legalmente clasificada.

Desde este punto de vista, hubiera sido más coherente haber adoptado soluciones de compromiso mediante una intermediación de la Fiscalía española, al objeto de conjurar las eventuales suspicacias respecto a la intromisión de la Fiscalía Europea en cuestiones relativas a información reservada o que puedan comprometer la actuación del Gobierno de la Nación. La solución de acudir al juzgado para obtener una eventual autorización, respecto de algo que no está ni tan siquiera correctamente definido y cuya restricción viene teñida de un juicio de oportunidad, personalmente entiendo que no es la solución más adecuada.

6.2. Exclusión del registro voluntario de partidos políticos y sindicatos

En el caso de partidos políticos y sindicatos, la exclusión resulta si cabe más sospechosa. Debemos tener presente que la reforma de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, supuso el punto final para la situación de privilegio que ostentaban estos respecto del resto de personas jurídicas, y no se entiende como ahora transcurridos diez años después vuelva a resucitarse una exclusión carente de objeto. Los partidos políticos no son detentadores de una especial posición en orden a la protección del derecho a la intimidad, ni están obligados a guardar secreto profesional o de ningún otro tipo. Quizás la única razón que podría justificar la exclusión sea el acceso a la lista de afiliados y datos de carácter personal en orden a la orientación ideológica de aquellos.

En este caso lo procedente hubiera sido excluir el acceso a este tipo de información, pero no a la entera información en su conjunto, lo que huele a privilegio de clase y respecto de lo que ni tan siquiera queda perfectamente determinado las razones y el interés superior que son objeto de exclusión. Debe tenerse presente, que, si bien estamos hablando de registros voluntarios y consentidos, el rechazo al acceso a los investigadores y la obstrucción a la acción de la justicia implicaría de suyo una quiebra grave de las estrictas normas de cumplimiento a que estos institutos están sometidos.

⁸¹ El precepto redunda en una protección menor, señalando en su párrafo segundo, que, si éste no contestare en el término que se le fije en el oficio, se notificará el auto en que se disponga la entrada y registro al encargado de la conservación o custodia del edificio o lugar en que se hubiere de entrar y registrar.

6.3. Exclusión del registro voluntario de los medios de comunicación

En el caso de los medios de comunicación, la exclusión resulta de la necesidad de proteger la *cláusula de conciencia* y el *secreto profesional* de los periodistas, particularmente el respeto a sus fuentes de conocimiento, por lo que cabe reproducir todo lo que a continuación se indica respecto de la cláusula de salvaguardia del secreto profesional. La libertad de prensa y el derecho a la información se han configurado como garantías esenciales del ordenamiento jurídico dado que garantizan la formación y existencia de una opinión pública libre.

Tal posición de la prensa se encuentra contemplada en el art. 20 como una modalidad del ejercicio del derecho a la libertad ideológica y en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como condicionante de la libertad de prensa⁸². Este reconocimiento da cabida a determinados *derechos periodísticos*, que fueron objeto de desarrollo a través de la Ley Orgánica 2/1997, reguladora de la cláusula de conciencia, en virtud de la cual el periodista puede rescindir su relación laboral por el cambio de línea ideológica del medio de comunicación al que estaba vinculado, pero no existe una regulación propiamente dicha del secreto profesional⁸³. Tal como sostiene MORETÓN TOQUERO, su articulación se hace al amparo en la legislación penal y concretamente la eximente del art. 20.7 CP de quien «obra en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» y de las previsiones en orden a la objeción de conciencia del testigo contenidas en el art. 24 del texto constitucional⁸⁴.

En otras ocasiones, el secreto profesional ha entrado en conflicto con la prohibición de censura previa, sobre todo en aquellos casos que la información ha sido obtenida de fuentes espurias, y este hecho es conocido o se le ha hecho saber al medio de comunicación. Esta circunstancia, es de la mayor importancia y nos permite diferenciar los supuestos de censura previa de aquellos otros en que habiendo trascendido información obtenida ilícitamente, véase el caso de información afectada por el secreto sumarial, por medio de una ilícita intervención de las comunicaciones o que puede ser calificada de apología del terrorismo, la prensa es requerida para que cese en la difusión de aquellas al comprometer gravemente los derechos e intereses de las personas. En este sentido, la Circular de la Fiscalía 2/2022, de 20 de diciembre, señala como susceptibles de ser recabadas por los fiscales, las grabaciones periodísticas (STS 180/2012, de 14 de marzo), incluidas las obtenidas mediante la técnica de la cámara oculta siempre que concurren los presupuestos jurisprudencialmente exigidos para ello (STS 167/2020, de 19 de mayo).

Un caso paradigmático, de cuanto venimos señalando son los requerimientos dirigidos a instancia del juzgado central de instrucción número 6 en orden al cese de la publicación de diversas grabaciones obtenidas al encausado en la operación *Tándem*. En noviembre de 2019 el periódico el Confidencial, pese al requerimiento dirigido por el juzgado, continuó publicando las declaraciones. Se informó entonces al Diario que la información publicada estaba comprendida dentro del material intervenido en el procedimiento y se instó a este medio de comunicación para que

⁸² La definición del secreto profesional es una construcción jurisprudencial puesto que no existe una mención expresa.

⁸³ La Constitución Española, es el primer texto de semejante relevancia en recoger este derecho en todo el mundo. CARRILLO LÓPEZ, M, «La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas», Generalitat de Catalunya, Centre d'Investigació de la Comunicació, *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1993.

⁸⁴ MORETÓN TOQUERO, A. *El secreto profesional de los periodistas. De deber ético a derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 120.

cesase en la difusión de aquellos contenidos y que hiciese aportación de «toda la documentación relacionada con la denominada operación trampa»⁸⁵. El hecho es que habiendo sido citado a declarar el director del medio por razón de la comisión de un delito de desobediencia, el diario digital defendió que sus informaciones «han sido veraces, de indudable relevancia pública —así lo acreditan las consecuencias provocadas por las mismas—, y que su difusión responde única y exclusivamente al legítimo interés —que es también un deber— de ofrecer a los lectores [...] el mayor acervo noticioso». Afirmó por último que, cuando hay un conflicto de intereses, debe resolverse reconociendo la prevalencia de la libertad de prensa⁸⁶.

6.4. La exclusión del registro voluntario a la documentación afectada por el secreto profesional

El apartado b del art. 47.2 se refiere a los despachos u oficinas donde se desarrollen actividades respecto a las cuales se reconozca el *secreto profesional*, supuesto este que presenta una gran complejidad, como demuestra la larga literatura en cuanto a su extensión y alcance⁸⁷.

Merced al secreto, los individuos cuentan con una garantía de tipo formal que establece una *presunción iuris et de iure* de que todo lo comunicado entre dos personas, es algo que sólo a aquellos concierne, aun cuando materialmente puede no ser así⁸⁸. La intimidad, dice por su parte GONZÁLEZ GUITIÁN, debe ser un bien jurídico protegido sencillamente porque la total falta de intimidad supone el absoluto e inmediato conocimiento y la constante observación de un individuo; en tal

⁸⁵ «El juez requiere a El Confidencial los papeles del espionaje de BBVA en una nueva pieza», artículo publicado por Beatriz Parera y José María Olmo en *El Confidencial* 15/10/2019 12:55, actualizado 15/10/2019 19:58

https://www.elconfidencial.com/espana/2019-01-15/juez-requerimiento-elconfidencial-papeles-villarejo_1759282/

⁸⁶ Información publicada el 22.11.2019, en el plural, véase https://www.elplural.com/politica/espana/confidencial-prohibicion-publicar-grabaciones-villarejo-prevalece-libertad-prensa_228276102.

⁸⁷ La idea de secreto supone el conocimiento de un hecho reservado una persona o a un círculo definido y cerrado de personas, conscientes de su intransmisibilidad a terceros. Hechos y no meras opiniones o ideas, acaceres o realidades que no han alcanzado trascendencia o dimensión pública, existiendo un interés serio o legítimo en su ocultación. Este concepto ha sido desarrollado mayormente en el campo de la doctrina penal en el que dicha noción tiene una repercusión más directa. En este sentido es paradigmática, la definición de RODRÍGUEZ DEVESA para quien ha de reputarse secreto un hecho sabido sólo en un círculo limitado de personas, respecto del cual el afectado no quiere conforme a su interés, que sea conocido por otros (RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed. revisada y puesta al día por Serrano Gómez A., Dykinson, Madrid, 1995, p. 337). Como observa BAJO FERNÁNDEZ, que los derechos de la personalidad no son derechos subjetivos, ni facultades derivadas de la norma objetiva, porque en realidad integran la propia entidad personal del sujeto a quien se atribuye la personalidad. Es por estas razones por las que ha predominado más bien un concepto negativo del derecho a la intimidad reconocido como derecho fundamental en el art. 18.1 de la Constitución. Se ha valorado más en la perfilación de sus contornos, la facultad de exclusión de injerencias de terceros en la esfera íntima, de sobre un espectro de libertades básicas asistentes a los integrantes del grupo social. No obstante, siguen en marcha un proceso evolutivo. De la mera situación defensiva o de rechazo por parte del individuo, se ha pasado paulatinamente al reconocimiento de un derecho contractual sobre cuanta información se refiere a la propia persona. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «El secreto bancario como secreto profesional en el Proyecto del Código Penal Español de 1980», en *Revista de Derecho Penal*, num. 2, FCU, Montevideo, 1980, p. 6.

⁸⁸ GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis, «La protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas», en *Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal*. Dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL y coordinados por Miguel BAJO FERNÁNDEZ, t. VII, ed. *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, p 63 y ss.

situación no habría pensamientos privados, ni lugares privados, todo lo que el individuo pensare e hiciese sería inmediatamente conocido por los demás.

Es por esto por lo que *el secreto profesional no es sino una manifestación de la privacidad de las comunicaciones cualificada por la confianza* que el cliente deposita en el profesional por razón de sus conocimientos cualificados en una materia determinada. Esta relación de confianza está en la razón de ser última de esta exclusión, en la medida que la normativa de cumplimiento interno del despacho o persona jurídica objeto de registro no puede en ningún momento amparar una intervención que comprometa esta relación de confianza. De la importancia que la propia ley concede al secreto profesional es un ejemplo el art. 24.2 segundo párrafo del texto constitucional al señalar que «La ley regulará los casos en que por razón de parentesco o del secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

Lo que no determina la ley de la Fiscalía Europea es cual sea el *contenido y alcance del secreto profesional*, remitiendo al intérprete a un concepto jurídico indeterminado respecto del cual es complejo identificar su alcance último. Lo que parece claro, es que no todo profesional puede quedar amparado en esta prerrogativa. Un buen criterio interpretativo sobre el alcance de lo que se indica se encuentra en el art. 199 del Código Penal, que castiga al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona.

El fundamento de la tutela penal contenida en dicho precepto se encuentra en la obligada introducción de otra persona en el ámbito de la intimidad personal o familiar propia, que debe hacer quien quiera recibir determinados servicios (STS 809/2017, de 11 de diciembre de 2017, ponente Berdugo Gómez de la Torre, ECLI:ES:TS:2017:4727). La obligación de reserva del profesional y que da sentido al precepto, se encuentra en la propia condición del servicio prestado que exige la transmisión de información confidencial por razón de la función encomendada. Dicha función viene reglamentada por las reglas deontológicas de la profesión que hace al profesional rehén de la información facilitada, asumiendo por este hecho la condición de confidentes necesarios (art. 10 de la LORTAD).

La vulneración del secreto profesional sólo se puede entender producida como consecuencia del quebrantamiento de los compromisos de secreto que están legalmente sancionados, sin comprender la simple infracción de deberes éticos profesionales o deontológicos sin respaldo jurídico obligatorio. Así lo resalta expresamente el precepto anteriormente indicado al exigir que el profesional actúe «con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva», lo que reenvía obligadamente a obligaciones respaldadas legal o reglamentariamente⁸⁹.

Tal exigencia, determina que deba acudir a la reglamentación de la respectiva profesión para saber cuáles son estos deberes específicos de sigilo y reserva. Además, en las respectivas normativas reguladoras de la obligación de secreto profesional se contiene generalmente sanciones

⁸⁹ En este sentido el ATS de 14 de octubre 2008, recuerda que se trata un delito especial ya que en él sólo puede ser sujeto activo la persona que menciona el apartado 2º, el profesional. Es necesario que el secreto se conozca en virtud de la relación profesional y además es necesario que se divulgue, en el caso que nos ocupa la penalidad es mayor al tratarse de una actividad profesional que tiene su código deontológico, y una normativa especial de carácter disciplinario o colegial, que regula los deberes específicos de sigilo que incumben a la respectiva profesión. Éste es el caso de profesiones reglamentadas cuyo ejercicio requiere título académico oficial y la colegiación.

disciplinarias por su incumplimiento. La jurisprudencia ha fijado la línea divisoria entre el ámbito disciplinario y el penal en la afectación del derecho al honor objetivada por el hecho de la revelación de un secreto⁹⁰. El art. 7.5 LO 1/82 del 5.5, de protección del honor, la intimidad y la propia imagen, considera expresamente como intromisión ilegítima la *revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional de quien los revele*. Por secreto ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine.

En lo que concierne a la exclusión contenida en el art. 47 de la Ley de la Fiscalía Europea, entendemos que contiene una referencia a esta idea de secreto en sentido estricto, para la que no resulta bastante la mera indiscreción, es necesario además que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender. Por ello y siguiendo la jurisprudencia penal, debe reducirse el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, relevancia que, sin duda, alcanza el hecho comunicado, por cuanto lesiona la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, lo cual es necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana (STC 57/1994 de 28 de febrero, BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994, F. J. 5).

En lo que al secreto profesional de los abogados se refiere, resulta manifiesto la extensión de estas previsiones en lo relativo a los despachos de abogados, por más que la Ley contenga disposiciones específicas como es la de notificar la resolución del Fiscal delegado al «Decano del Colegio concernido o a quien estatutariamente le sustituya, para que pueda asistir a la diligencia de registro»⁹¹. El cumplimiento de dichas previsiones no ampara a que el Fiscal pueda ordenar la entrada al amparo del consentimiento que puedan prestar los responsables del despacho en cuestión. Resulta claro, que una diligencia que afecta tan seriamente a la esfera íntima de las personas y a la tutela judicial efectiva hace imprescindible la autorización judicial, y esto, no sólo para velar que se dan los presupuestos para ello, sino todo para determinar el modo y forma en que se deba llevar a efecto.

De igual modo, y pese a no tener la condición de domicilio, los *hospitales y los centros médicos* deberán de gozar de la especial protección que se deriva de la confidencialidad de la documentación clínica y la que es propia del ingreso de los pacientes dentro de los centros hospitalarios (véase art. 10.1 Ley General de Sanidad y art. 7 de la ley 41/2002 de autonomía del paciente). La recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre Datos Médicos, de 13 de febrero de 1997, considera que, frente a la prioridad de los derechos de la persona a la confidencialidad de sus datos médicos incorporados a la historia clínica, sólo podrá prevalecer un interés

⁹⁰ La STS 574/2001 de 4 abril, ponente Martínez Arrieta [ECLI:ES:TS:2001:2826] y el auto 417/2002 de 18 febrero, ponente Sánchez Melgar [ECLI:ES:TS:2002:8086A], recuerdan que la acción típica consiste en divulgar los secretos de una persona entendida como la acción de comunicar por cualquier medio, sin que se requiera que se realice a una pluralidad de personas toda vez que la lesión al bien jurídico relativo a la intimidad se produce con independencia del número de personas que tenga el conocimiento

⁹¹ Véase art. 24 del Estatuto General de la Abogacía, Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, previene que Los Decanos de los Colegios, quienes estatutariamente les sustituyan o quienes para tal fin fueran designados por el Decano, asistirán a petición del interesado a la práctica de los registros en el despacho profesional de un profesional de la Abogacía y a cuantas diligencias de revisión de los documentos, soportes informáticos o archivos intervenidos en aquél se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional y, especialmente, porque el registro así como el resto de las actuaciones, a las que también asistirán, se limiten exclusivamente a la investigación del ilícito por razón del cual fueron acordados

de rango superior a la protección y la promoción de la salud pública, que debe ser siempre concreto y hallarse adecuadamente motivado.

Además, introduce tres criterios básicos para la ruptura de la confidencialidad de los datos médicos:

- Primero, el escrupuloso respeto al *principio de reserva de ley*, lo que supone que las excepciones deben estar previstas en Leyes, con las garantías que ello comporta, y no en normas de nivel meramente reglamentario.
- El segundo criterio dice que toda información relativa a los datos médicos del paciente, en especial los que afectan de manera directa a su intimidad, debe ser *obtenida, tratada y custodiada por profesionales de la salud*.
- En tercer lugar, que sólo en casos excepcionales y por intereses generales muy relevantes, previamente fijados por la ley, se podrá *prescindir del consentimiento del paciente* para la utilización de sus datos sanitarios en beneficio de la sociedad. Se deberá procurar, además, que los datos revelados no incluyan los relativos a la identidad de las personas. Previsiones que se repiten y reiteran en el art. 9.2 del Reglamento de Protección de datos y en el mismo precepto de la LOPD. En concreto, aun admitiendo el acceso que dicha información pueda ser empleada en las investigaciones penales, su acceso debe ser restringido, dentro de unos parámetros de máxima confidencialidad en que se procurará en la medida de lo posible evitar la identificación de las personas afectadas (art. 17.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre).

La STS de 30 de octubre de 2020, ponente Sanchez Melgar, (Rc 10313/2020 P) ECLI:ES:TS:2020:3772, aborda la *condición singular de los espacios médicos*. En la sentencia se reconoce la excepcionalidad de la instalación de una cámara de vigilancia para la averiguación de unos delitos graves, como lo son las muertes violentas que se estaban produciendo en un hospital de uso público. En estos casos una medida de este tipo puede resultar imprescindible dada la evidente alarma que suscita en la ciudadanía, por ello dice la sentencia, tal investigación se ha de llevar a cabo por todos los medios legítimos al alcance de las autoridades dedicadas a su esclarecimiento, y entre tales medios, aquellos que puedan afectar a derechos fundamentales que deben ser autorizados judicialmente, como sucedió en el caso, al autorizar el uso de una cámara de vigilancia en los pasillos del citado hospital. La adopción de tal medida debe cumplir con los requisitos de necesidad, proporcionalidad, especialidad e idoneidad, en el que serán sopesados todos los bienes jurídicos en juego. En el caso, la autoridad judicial valoró todas las circunstancias concurrentes para autorizar la colocación de cámaras ocultas (es decir, sin aviso de su existencia) lo que determinó que el Tribunal declarase su legitimidad constitucional.

Ciertamente en la sentencia se indica que la vigilancia en el pasillo de distribución a las habitaciones del hospital es una medida que invade de forma menos trascendente la intimidad de las personas, pues no se afectan aquellos lugares de mayor intensidad que precisarían una mayor exigencia en el control de su necesidad. Con todo, nos encontramos en un lugar de especial protección en atención a la situación de postración y dolor que es inherente a la enfermedad y que requiere especiales previsiones que sólo al juez de garantías es dable apreciar.

De igual modo debería de quedar excluida del poder decisorio del fiscal delegado la entrada y registro en los *lugares de culto y templos religiosos*. El art. 549 en su redacción originaria, da por

supuesto la necesidad de autorización judicial para el acceso los templos y demás lugares religiosos siquiera sea con la previsión de pasar recado de atención a las personas a cuyo cargo estuvieren, pero no previene expresamente hacer extensivo frente a estos la consideración de domicilio. La extensión de las previsiones del apartado 4 del art. 554, respecto a la condición de centro de dirección pueden resultar igualmente dudosas, por cuanto que en la mayoría de aquellos no están destinados a estos menesteres. De igual modo resulta discutible que pueda hacerse extensiva esta condición, al lugar donde se conserven soportes de la vida diaria reservados al conocimiento de terceros. Con todo, parece claro que el respeto a la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades esta fuera de toda duda y cualquiera que sea la dicción del precepto, deberían de requerir indefectiblemente autorización judicial. Así resulta del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos económicos, firmado en Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979 y del propio texto constitucional. Igualmente, y en relación con la comunidad Islámica, la misma idea se contiene en el art. 2 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España en el que se señala que los lugares de culto de las Comunidades Islámicas miembros de la «Comisión Islámica de España» gozan de inviolabilidad en los términos establecidos por las Leyes.

En lo que, a los registros voluntarios y eventualmente respecto de los que se puedan llevar a efecto en lugares cerrados que no tengan la condición de domicilio, la cuestión que se plantea no ya es el acceso al lugar de culto, sino la intromisión en las celebraciones que eventualmente se estén llevando a cabo. En este punto, el hecho de que el templo este abierto al público, a diferencia de los establecimientos de recreo exigiría una protección singular. En este sentido, es de tener presente las previsiones contenidas en el art. 523 del Código Penal, al calificar como constitutivo de delito la intromisión con violencia e intimidación en los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior.

6.5. Otros intereses afectados. Datos sensibles custodiados en dependencias de la empresa. Especial referencia al secreto bancario

Resulta claro que la relación de exclusiones contenida en el art. 43 de la Ley de la Fiscalía Europea no agota todas las posibilidades de exclusión del registro voluntario de los fiscales delegados. Parece claro que con independencia de la tutela domiciliaria nuestro ordenamiento reconoce una serie de datos de contenido sensible cuya protección presenta hoy en día una protección igual mayor que la protección domiciliaria. Nos encontramos ante una categoría de información que se haya directamente vinculada a otros derechos y libertades fundamentales, y que como se señala en el apartado 51 de la exposición de motivos del Reglamento General de Protección de Datos, el contexto de su tratamiento puede entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales. Entre estos el art. 9 comprende todos aquellos que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida o las orientaciones sexuales de una persona física. Esta información incorporada a lugares cerrados, creados específicamente para su custodia, permiten por extensión hacer extensiva la protección de los referidos espacios semejante a los demás supuestos contenidos en el art. 47 de la LFE. En estos casos, el responsable del tratamiento debe utilizar todas las medidas razonables para verificar la

identidad de los interesados que soliciten acceso, en particular en el contexto tanto de los servicios en línea, como de los identificadores en línea. El responsable no debe conservar datos personales con el único propósito de poder responder a posibles solicitudes.

La norma habla de secreto profesional, y no contiene una expresa previsión al *secreto bancario*, más que en lo relativo a las cajas de seguridad en entidades bancarias u otras instalaciones específicamente dedicadas a su custodia. La especial protección con que cuenta dichos depósitos y los enormes costos implícitos a su custodia, no obedece necesariamente a la protección de la intimidad, sino al valor material intrínseco de lo depositado. Es este el riesgo que se pretende conjurar, riesgo que se ve multiplicado por la publicidad de su contenido.

Lo que parece claro es que esta protección especial no cabe hacerla extensiva a otros aspectos de la actividad bancaria. La gestión por las entidades financieras de las cuentas corrientes constituye el respaldo contable mínimo que permite fiscalizar la regularidad de cualquier operación financiera. Como es sabido, la cuenta corriente ejerce además de las tradicionales funciones atribuidas al dinero, las de servicio de caja y liquidatoria. Por tal razón el crédito bancario ha venido a sustituir la función tradicional de la acuñación de moneda ejerciendo funciones que afectan directamente al orden público económico.

Según BARTELLS se puede acudir a *varios principios para fundamentar el secreto bancario en términos jurídicos*. Así, es posible remitir al secreto profesional o al derecho a la intimidad. En el primer caso, la cuestión del secreto bancario es cuestión que deriva de la cuestión deontológica general de que todo profesional debe guardar secreto con relación a las cuestiones que atañen a su cliente. Se aduce que al igual que ciertas profesiones requieren del ejercicio de la confidencialidad por parte de quien ofrece el servicio, el secreto bancario es un factor constitutivo de la actividad bancaria. Se enfatiza así que se trata de un deber jurídico (para el banco) que se deriva más allá de la relación contractual. Desde esta perspectiva, la que tiene el derecho a la intimidad como punto de referencia, el secreto bancario es un derecho del cliente, el cual deriva no del contrato que lo liga con el banco, sino de un derecho más general y fundamental, que en la mayoría de los países tiene un rango constitucional⁹².

La relación del cliente con la entidad financiera exige, como se ha indicado, la confidencialidad de los datos de carácter personal, cuya especial protección se extienden a todos los ámbitos. Si la economía de mercado exige acudir al dinero para todas las actividades de la vida, es evidente, que una gran parte de la privacidad de las personas queda expuesta por el hecho de acceso a la información vinculada a las cuentas corrientes⁹³.

⁹² BALTERS VILLANUEVA J. y ARIAS ALPIZCAR, L.M. " El secreto bancario aspectos históricos y problemática actual", *Diálogos, Revista Electrónica de Historia*, vol. 11, nº 1, septiembre 2010 – febrero 2011, p. 73

⁹³ Por último, cabe argumentar la necesidad de las empresas de controlar la información propia que atiende a su giro o tráfico. Conociendo el movimiento contable de las cuentas corrientes, se puede alcanzar una idea muy ajustada de los movimientos de tesorería de la empresa y de liquidez de la misma, afectando directamente al crédito comercial que las mismas pueden ostentar frente a terceros. Se ha venido entendiendo, así, que una difusión parcial e interesada de estos conocimientos puede comprometer las expectativas de la empresa y poner en riesgo el crédito de las mismas frente a terceros.

Como señala BAJO FERNÁNDEZ el fundamento legal del secreto bancario surge como una necesidad natural de la actividad bancaria, y la exclusión de aquel es la excepción a una regla general sólidamente establecida en nuestro derecho. Si bien, no existe en nuestro ordenamiento una norma o ley que consagre el secreto bancario al modo que existe en otros países, véase así EEUU con la Bank Secrecy Act de 1970, el hecho es que su alcance y protección deriva del reconocimiento del derecho a la protección de la intimidad y en particular de la protección de datos⁹⁴.

El caso es que los criterios adoptados por los distintos países no han atendido tanto a la protección de la privacidad, como a exigencias de la economía de mercado, poniendo el centro de la cuestión en políticas económicas de corto alcance que han sido adoptadas en diferentes países por razones de conveniencia. De este modo, como señalan BARTELLS y ARIAS ALPIZAR el secreto bancario no es una norma pétrea que no puede ser derogada ni modificada y por lo tanto su contenido es convencional e histórico, en el sentido que cada época y coyuntura lo entenderá y asumirá de diferente manera, e incluso se puede llegar a derogar totalmente si así lo deciden los responsables de adoptar las decisiones políticas, nacionales e internacionales⁹⁵.

La regulación en materia de protección de datos de carácter personal que se ha desarrollado enormemente en Europa ha contribuido a perfilar aún más la necesidad de mantener en secreto los datos bancarios. Estos son desde luego datos de carácter personal, ya que la propia ley define aquellos como cualquiera información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Esta legislación hoy en día se encuentra plasmada en parte en la legislación de protección de datos, y concretamente en el Reglamento General de Protección de Datos 679/2016, 31 de marzo, y en la Ley 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos de carácter personal y en el ámbito de la investigación penal en la Directiva 680/2016 y en la LO 27/2021. El hecho es que dicha legislación con el transcurso de los años se ha separado cada vez más del derecho a la privacidad y ha puesto su punto de referencia en el derecho de autodeterminación informativa, derecho de carácter instrumental en orden a la protección de otros derechos y cuya tutela se reside principalmente en sede administrativa.

Hoy en día, el secreto bancario se encuentra enormemente limitado como consecuencia de la legislación tributaria y de transparencia fiscal. Las facultades de la administración tributaria en orden a exigir los datos relativos a la situación económica de un contribuyente, resulta hoy casi ilimitada, imponiéndose a los ciudadanos en general y a las entidades bancarias en particular el deber de colaborar en la actividad inspectora o investigadora. Tal habilitación legal se contiene en los arts. 66 y 93 de la LGT en el que dentro del deber general de información, los contribuyentes se encuentran obligados a proporcionar a la Administración Tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumpli-

⁹⁴ Véase en este sentido la STC 110/1984, de 26 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984), la cual estimo que «el secreto bancario no puede tener otro fundamento que el derecho a la intimidad del cliente reconocido en el art. 18.1 de la Constitución, pues no hay una consagración explícita y reforzada de este tipo de secreto, como la hay del secreto profesional. De forma que lo que se ha dicho antes sobre los límites del derecho a la intimidad es totalmente aplicable al caso en que sea la entidad de crédito la obligada a facilitar los datos y antecedentes que requiera la Inspección».

⁹⁵ BALTERS VILLANUEVA J. y ARIAS ALPIZCAR, L.M. " El secreto bancario aspectos históricos y problemática actual", *Diálogos, Revista Electrónica de Historia*, vol. 11, nº 1, septiembre 2010 – febrero 2011, p. 84.

miento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas, señalando en su apartado 3º que el incumplimiento de este deber de información no puede quedar amparado en el secreto bancario.

Sin embargo, la exclusión del secreto bancario no es total. Concretamente, el apartado 4 del mencionado art. 93 prevé que podrá quedar excluida la obligación de colaborar con la administración tributaria en tres casos.

- a) El secreto del contenido de la correspondencia.
- b) El secreto de los datos que se hayan suministrado a la Administración para una finalidad exclusivamente estadística.
- c) Determinados instrumentos notariales reservados como el testamento y codicilo cerrado y el testamento y codicilo abierto cuando expresamente lo hubieren solicitado los interesados, esta obligación de reserva queda prevista únicamente en el tiempo anterior a que el *de cuius* fallezca, abierta la sucesión tales instrumentos gozarán de la publicidad general en razón al carácter de documento público como son configurados en nuestro derecho.
- d) Las Comisiones rogatorias extrajudiciales, de carácter civil o mercantil, que tengan por objeto la notificación o entrega de documentos, que hayan de practicarse notarialmente en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Estas facultades de la Agencia Tributaria cabe hacerlas extensivas al Ministerio Fiscal. En este sentido la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria habilita expresamente al Fiscal para recabar de la Administración Tributaria los datos, informes o antecedentes necesarios para el desempeño de sus funciones en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada⁹⁶. Resulta indudable la potestad de la Fiscalía y en concreto de la Fiscalía Europea para entrar a conocer los datos en principio amparados por el secreto bancario. La Fiscalía cuenta con la condición de autoridad independiente en materia de protección de datos por razón de su sometimiento al principio de legalidad e imparcialidad. En este sentido, la Directiva 2016/680 identifica junto a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal al establecer que los Estados miembros pueden disponer que la competencia de la autoridad de control no abarque el tratamiento de datos personales realizado por otras autoridades judiciales independientes en el ejercicio de su función jurisdiccional, por ejemplo, la fiscalía (considerando 80 y art. 45.2)⁹⁷.

Los tribunales han otorgado validez a la documentación recabada por el Ministerio Fiscal de las entidades bancarias en el seno de las diligencias de investigación. La STS 986/2006, de 19 de junio, desestimó en su momento el recurso basado en que las informaciones facilitadas por las entidades bancarias en las diligencias de investigación del fiscal no fueron refrendadas mediante autorización judicial, recordando el Alto Tribunal que el fiscal, en virtud de los arts. 4, 5, y 18 bis

⁹⁶ También el art. 43.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, faculta al Ministerio Fiscal para acceder al Fichero de Titularidades Financieras con ocasión de la investigación de los delitos relacionados con el blanqueo de capitales y/o la financiación del terrorismo. La Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, ha ampliado las posibilidades de acceder a dicho fichero, permitiendo que los fiscales puedan consultarlo para la investigación de cualesquiera delitos graves.

⁹⁷ Véase Instrucción 2/2019, de 20 de diciembre, de la fiscalía general del Estado, sobre la protección de datos en el ámbito del Ministerio Fiscal: el responsable y el delegado de Protección de Datos. BOE de 2 de febrero de 2020

EOMF, «puede requerir a las Administraciones Públicas, entidades, sociedades y particulares las informaciones que estime precisas en el curso de sus investigaciones». En este mismo sentido, véase las SSTs 986/2006, de 19 de junio y 374/2020, de 8 de julio)⁹⁸.

Más discutible resulta la consideración del Ministerio Fiscal como «autoridad judicial». La instrucción de la Fiscalía de 2019 significa como argumentos el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 o la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. La propia Directiva 41/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, fija un concepto único de autoridad judicial que se define en el art. 2 como: Juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción o fiscal competentes en el asunto de que se trate. En esta línea, la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación se refiere al fiscal como autoridad de emisión y ejecución (art. 187).

Debe señalarse que, puesto que el Ministerio Fiscal es una autoridad que participa en la administración de la justicia penal de un Estado miembro (véase, en ese sentido, la sentencia de 29 de junio de 2016, *Kossowski*, C 486/14, EU:2016:483, apartado 39), la resolución de tal autoridad debe considerarse como una «resolución judicial» en el sentido del art. 8, apartado 1, letra c), de la Decisión Marco. Sin necesidad de ir tan lejos, el propio articulado del texto constitucional español reconoce esta condición en el art. 126 al señalar que la policía judicial dependerá de jueces, fiscales y del ministerio fiscal.

Recientemente, sin embargo, la STJUE de 11 de noviembre de 2021 (asunto C-852/19, *Gavanozov II*, ECLI:EU:C:2021:902) se ha pronunciado en contra de que la fiscalía pueda emitir una OEI cuando no existe control jurisdiccional de dicha decisión en el Estado de emisión en relación con registros en locales comerciales y domicilios de personas físicas. El TJUE tiene en cuenta que el art. 14.2 de la Directiva 2014/41/UE no permite con carácter general que el control de los motivos de fondo que han conducido a la emisión de la OEI se lleve a cabo en el Estado de ejecución, sino solamente en el Estado de emisión, por lo que se debe garantizar a la persona afectada la posibilidad de impugnar la OEI. De este modo, la sentencia *Gavanozov II* declara que una normativa nacional que no contempla recurso alguno contra la emisión de una OEI para la práctica de registros e incautaciones en el Estado de emisión es incompatible tanto con los arts. 14 y 24.7 de

⁹⁸ El caso es que no existiendo un instrumento adecuado para llevar a efecto tal averiguación, y toda vez que la información relativa a cuentas corrientes no está centralizada, las posibles averiguaciones que hoy por hoy se pueden realizar a través de los circuitos disponibles en Asociación de Banca Española y Ceca no son hoy en día efectivos. La única posibilidad de abordar esta averiguación es a través de la AEAT, que posibilita esta colaboración de forma parcial y ponderada. La agencia estatal de la Administración Tributaria a través de las declaraciones correspondientes a los impuestos que gravan los rendimientos económicos de las cuentas obtiene una información actualizada y completísima sobre el movimiento contable. Esta colaboración se lleva a efecto a través del Punto Neutro Judicial en virtud de los convenios alcanzados por la Agencia Tributaria con la Administración de Justicia. Sin embargo, para que esta colaboración y por tanto la quiebra del secreto bancario sea legítima debe realizarse con arreglo a las previsiones formales previstas en la legislación vigente, y concretamente perseguir fines estrictos de investigación con trascendencia tributaria y contraerse a datos o elementos necesarios para esa investigación, extendiéndose sólo a aquellos que la legislación declara investigables (art. 93 de la LGT). Inicialmente tal posibilidad de colaboración con los juzgados se encontraba limitada al marco del crimen organizado, sin embargo, los sucesivos acuerdos de colaboración han permitido extender el ámbito de colaboración en todos los ámbitos, si bien de modo fragmentado.

la Directiva 2014/41/UE, como con el art. 47 CDFUE (véase en este sentido, el comentario que respecto a esta sentencia se contiene en la Circular de la Fiscalía 2/2022, de 20 de diciembre).

La aplicación de la condición de autoridad judicial a la fiscalía no puede hacernos desconocer que estamos ante un instituto que se presenta con igualdad de armas con el resto de las partes personadas en el procedimiento, y que una interpretación extensiva de esta condición puede entrar en conflicto con los principios esenciales de un procedimiento acusatorio en un Estado de Derecho. En este sentido, las resoluciones dictadas por el fiscal carecen de fuerza de cosa juzgada⁹⁹, no pueden expedir órdenes europeas de detención¹⁰⁰, ni de decomiso, y la posibilidad con que cuentan en orden a la emisión instrumentos de cooperación lo son en la medida en que no queden afectados derechos fundamentales de las personas que sólo a la autoridad judicial compete¹⁰¹.

7. Conclusiones

El tratamiento de la información corporativa es cuestión central en materia de lucha contra la corrupción y constituye hoy el eje de la investigación contra este tipo de delitos. La reciente publicación de la Ley de la Fiscalía Europea ha supuesto un cambio trascendental en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo porque asume una reconsideración del sistema de enjuiciamiento penal, al delegar las diligencias sumariales a la fiscalía, sino porque supone una apuesta decidida en la lucha contra la corrupción al otorgar al ministerio público prerrogativas hasta hoy desconocidas en nuestro ordenamiento.

Así, entre las muchas novedades que nos reporta el legislador europeo cabe destacar el tratamiento de las diligencias de investigación atribuidas a los fiscales europeos delegados, y entre estas las que atañen a la entrada en el domicilio de las personas jurídicas. Estas previsiones son del mayor interés, pues de una parte autorizan al Fiscal Europeo Delegado para acordar por su propia potestad el registro de cualesquiera lugares cerrados que no tengan la consideración de domicilio, y de otra, vienen a consagrar una práctica cada vez más generalizada, cuál es, la habilitación de la entrada y registro en las sedes de las grandes empresas de nuestro país al amparo de las previsiones de cumplimiento normativo (*compliance*). Estas como hemos visto albergan generosamente la colaboración con los investigadores, pero pueden entrar en colisión con otros intereses afectados. Bancos, entidades financieras, y empresas de toda índole que manejan grandes volúmenes de información, se ven asaltadas por los investigadores que asolan inmisericordes todo tipo de información a su paso. Mas si esto es así, y no es sino la lógica consecuencia de la sumisión al imperio de la ley del mundo de los negocios, es lo cierto también que expone a los clientes, acreedores, proveedores y directivos de la empresa al escrutinio público al margen de los estrechos vericuetos que supondría acceder a esa misma información al amparo de una impu-

⁹⁹ Véase STJUE de 16 de febrero de 2017, C-503/15, Margarit Panicello [ECLI:EU:C:2017:126].

¹⁰⁰ Véase STJUE (Sala Cuarta) de 10 de noviembre de 2016, en el asunto C-453/16, en el asunto Halil Ibrahim Özçelik, [ECLI:EU:C:2017:126].

¹⁰¹ Véase así el art. 187 de la Ley de Reconocimiento Mutuo conforme al cual si bien el Ministerio Fiscal puede emitir órdenes europeas de investigación para la ejecución de medidas que podrían ordenar o ejecutar conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

tación formal de la persona física afectada. En este contexto, las posibilidades de hallazgos «casuales» se multiplican exponencialmente y las investigaciones prospectivas son la consecuencia natural de una hipertrofia informativa.

En el curso de las precedentes líneas hemos puesto de manifiesto la complejidad del sustrato organizativo y de los intereses que se residen en las personas jurídicas. Entorno a las personas jurídicas existe una serie de intereses subyacentes constituidos al amparo de la estabilidad y las garantías con las que el Derecho condiciona el otorgamiento de la personalidad jurídica que van mucho más allá de la persona de sus socios y administradores.

La ley de la Fiscalía Europea ha sido consciente de las limitaciones del consentimiento en orden a la práctica del registro voluntario de las dependencias de la persona jurídica, por lo que ha establecido limitaciones en los supuestos más relevantes como son los que afectan al secreto profesional, pero es claro, que la relación efectuada en el art. 46 de la Ley de la Fiscalía Europea, debe entenderse meramente enunciativa porque resulta manifiesto que los intereses de terceros que pueden verse afectados como consecuencia de la entrada y registro de las personas jurídicas exceden de la relación de exclusiones contenidas en su articulado.

Del examen del tenor de los preceptos que regulan estas diligencias, parece que en la mente del legislador la entrada y registro voluntaria debería ser el modo ordinario de actuación, sobre todo tratándose de personas jurídicas. Las reglas de cumplimiento normativo y la especial posición de las personas jurídicas vienen generalizando así la colaboración con los investigadores en orden al esclarecimiento de los hechos y la avenencia a los registros voluntarios por los responsables de la Fiscalía.

Sin embargo, la extensión generalizada de estas diligencias al amparo del consentimiento de los detentadores de la información corporativa puede no amparar todos los intereses afectados. Los programas de cumplimiento, como señala GÁSCON INCHAUSTI, pueden constituir una herramienta adecuada para asegurar el acceso a las pruebas que, posteriormente, se aporten al proceso penal, pero a menudo esto se hace en perjuicio de directivos y empleados. De este modo, la efectividad de dichos programas de cumplimiento normativo dependerá de que aquellos prevean todos los escenarios posibles y comprendan todos los intereses afectados.¹⁰²

En el presente trabajo hemos pretendido situar con rasgo grueso los linderos de la entrada y registro voluntaria y los posibles conflictos de intereses a que puede dar lugar su extensión generalizada al amparo de la normativa de cumplimiento, haciéndonos eco de la propia sistemática adoptada por la Ley de la Fiscalía Europea. Las previsiones contenidas en esta normativa en sus aspectos fundamentales responden a estos postulados, pero exigiría un desarrollo hermenéutico más avanzado para delimitar el verdadero contenido y alcance de estas limitaciones.

8. Bibliografía

¹⁰² GÁSCON INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 859-860.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo J./GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos, *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «El secreto bancario como secreto profesional en el Proyecto del Código Penal Español de 1980», *Revista de Derecho Penal*, núm. 2, FCU, Montevideo, 1980.

BALTERS VILLANUEVA, J. y ARIAS ALPIZCAR, L.M. «El secreto bancario aspectos históricos y problemática actual», *Diálogos, Revista Electrónica de Historia*, vol. 11, nº 1, septiembre 2010-febrero 2011.

BANACLOCHE PALAO, J. «Las diligencias de investigación relativas a la persona jurídica imputada» en la obra colectiva *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, marzo 2011.

CADENA SERRANO, F. «Vulneración de los derechos fundamentales y el registro domiciliario», *Publicaciones del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, 2016.

CARRILLO LÓPEZ, M., «La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas», *Generalitat de Catalunya, Centre d'Investigació de la Comunicació, Cuadernos Civitas*, Madrid, 1993.

CUCHI DENIA, J.M./BASOLS CAMBRA, C. «El domicilio como objeto de la diligencia de entrada y registro: su concepto y casuística», *Revista General de Derecho Procesal* núm. 28, RI §412346

CUENCA MARTÍNEZ, Juan, «Buen Gobierno Corporativo de las sociedades de capital y Compliance», *La Ley Compliance Penal* nº 3, cuarto trimestre de 2020.

DEL ROSAL BLASCO, B., «El proceso penal de las personas jurídicas», *Manual de responsabilidad y defensa penal corporativa*, La Ley, 2018.

DOLZ LAGO, M.J., «Primera sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del artículo 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes», *Diario La Ley* nº 8797, 2016.

ECHARRI CASI, F.J. «La diligencia de entrada y registro en despachos profesionales», *Diario La Ley* nº 8260, Sección Doctrina, 27 de febrero de 2014.

EMBERLAND, Marius, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR protection*, Oxford University Press, 2006.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 837-860.

GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis, «La protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas», en *Revista de Derecho Público*. *Comentarios a la legislación penal*. Dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL y coordinados por Miguel BAJO FERNÁNDEZ, t. VII, ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, p 63 y ss.

GOÑI SIEN, José Luis, «La vigilancia empresarial de las conversaciones electrónicas de los trabajadores. A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016, “Barbulescu v. Rumania”», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 18, 2016, pp. 78-84.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio Evaristo, "La imputabilidad de las personas jurídicas y su capacidad para ser parte en el proceso penal", *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 43, 2017.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Editorial de Derecho Reunidas EDESA, Madrid, 1996.

LÓPEZ JURADO ESCRIBANO, F., «La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas: su influencia sobre nuestra jurisprudencia constitucional», *Revista de Administración Pública*, nº 125, 1991.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. «El derecho a la intimidad», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 497-533.

VIDAL MARÍN, Tomás, «Derecho al Honor, personas Jurídicas y Tribunal Constitucional», *InDret* 1/2007, pp. 1-18.

MORETÓN TOQUERO, Arancha, *El secreto profesional de los periodistas. De deber ético a derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

NEIRA PENA, A. M., «La diligencia de investigación de entrada y registro en el domicilio de la persona jurídica investigada», en RODRÍGUEZ TIRADO, A.M. (coord.), *Cuestiones actuales de derecho procesal: reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 597-618.

NEIRA PENA, Ana M^a, *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, tesis doctoral realizada bajo la dirección de los profesores Agustín-Jesús PÉREZ-CRUZ MARTÍN y Xulio Xosé FERREIRO BAAMONDE y defendida en la Universidad de la Coruña, 2015.

NEIRA PENA, A. M., «La representación en el proceso penal de la persona jurídica imputada. Humanización, autodefensa y conflicto de intereses», en MORENO CATENA, V., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 291-314.

OLIVER, P.: «Companies and Their Fundamental Rights: A Comparative Perspective», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, nº 3, 2015.

PORTAL MANRUBIA, J., «El proceso penal contra la persona jurídica en su ausencia», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, mayo 2012, pp. 153-173.

QUINTANA LÓPEZ, T., «Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad del domicilio en nuestro derecho», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 229, año 1989, pp. 145-152.