CARLOS DAVID DELGADO SANCHO (\*)

#### 1. INTRODUCCIÓN

I artículo 18 de la Constitución española garantiza, entre otros, el derecho fundamental a la intimidad personal v familiar, v a la inviolabilidad del domicilio, aclarando que "ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito". Los derechos fundamentales son inherentes a la persona, por tanto, anteriores a la formación de los Estados y al nacimiento de los ordenamientos jurídicos, los cuales se limitan a protegerlos y garantizarlos, pero en ningún caso los crean, y aunque no tienen carácter absoluto son inviolables, ya que ninguna persona, pública o privada, tiene poderes ni facultades para suprimirlos, ni agravarlos, en consecuencia, siendo muy importante su rango constitucional, su máxima garantía radica en la interpretación que hagan los Tribunales de los citados textos normativos, de forma que una sociedad será tanto más democrática cuanto más se respeten los derechos y libertades inherentes a la persona.

Los derechos básicos de los ciudadanos han experimentado un proceso creciente de internacionalización, pues no solo se regulan en las constituciones de los países democráticos, sino en los convenios internacionales, de forma que hay que interpretarlos conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (CE 10.2), entre los que podemos citar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 diciembre de 2000 (versión consolidada subsiguiente al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007). De los citados tratados nos interesa reproducir el artículo 8 del Convenio de Roma que, tras proclamar que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, señala que "no podrá haber inierencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

De este artículo hay que resaltar la frase "esta injerencia esté prevista por la ley", pues solo el Juez puede autorizar la entrada en un domicilio constitucionalmente protegido, si bien con diferente finalidad, pues mientras la entrada autorizada por el Juez de instrucción es inherente al registro, la dictada por el Juez de lo contencioso solo permite la ejecución forzosa de los actos administrativos, por lo demás, el Director General de Hacienda de los Territorios Históricos de Alava, Bizkaia y Gipuzcoa puede autorizar la entrada en los domicilios que no estén protegidos constitucionalmente, en similares términos, el registro solo podrá ser autorizado por el Juez competente, en especial, el registro de los sistemas informáticos del contribuyente será autorizado cuando se aprecien indicios de criminalidad, pero mientras la Ley de enjuiciamiento criminal habilita al Juez de instrucción para autorizar el registro, el Juez de lo contencioso solo podrá autorizar el registro para la ejecución forzosa de los actos administrativos.

#### 2. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DOMICILIO

Las normas forales (Alava: Norma Foral 6/2005, artículo 109; Bizkaia: Norma Foral 2/2005, artículo 111; Gipuzkoa: Norma Foral 2/2005, artículo 109) que regulan la entrada y el registro en el domicilio del contribuyente exigen que los mismos se

<sup>(\*)</sup> Inspector de Hacienda del Estado.

practiquen con el consentimiento del morador, libre e informado, o bien con la pertinente autorización judicial, por ejemplo, el artículo 111 de la Norma Foral 2/2005 dice: "Cuando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria deberá obtener el consentimiento de aquel o la oportuna autorización judicial".

La sentencia 22/1984 del Tribunal Constitucional, de 17 de febrero, es la primera que analiza la inviolabilidad del domicilio, y de ella podemos deducir los dos requisitos que debe reunir el citado concepto, uno objetivo, constituido por un espacio separado de forma inequívoca del entorno físico exterior y de acceso restringido, otro subjetivo, variable en función de la naturaleza jurídica de la persona, en las físicas, tendente a ejercitar la propia intimidad personal o familiar, en las jurídicas, para preservar su ámbito de privacidad, de forma que la inviolabilidad del domicilio constituye un derecho fundamental de la persona que garantiza su ámbito de intimidad o privacidad dentro del espacio que la misma elige, el cual queda exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos<sup>1</sup>, en palabras de la sentencia 228/1997 del Tribunal Constitucional, de 16 de diciembre, " la inviolabilidad del domicilio tiene por objeto proteger un ámbito de privacidad que se proyecta sobre un determinado espacio físico cuyo titular reserva y excluye del conocimiento ajeno", por tanto, tiene carácter instrumental respecto de la protección de la intimidad personal y familiar, pero no protege la propiedad de los inmuebles ni otras titu-

d no de se por d

laridades reales u obligacionales relativas a los mismos que puedan otorgar una facultad de exclusión respecto de terceros, por ejemplo, son domicilios constitucionalmente protegidos, los jardines (STS 2<sup>a</sup>, 04.11.2002, recurso 236/2002), las habitaciones de un hotel (STC 10/2002, de 17 de enero), los camarotes de las embarcaciones (STS 2°, 29.04.2011, recurso 10626/2010), la rebotica de una farmacia (STS 2ª, 03.09.2002, recurso 1601/2000), por el contrario, no todo espacio cerrado ni todo lugar que necesite el consentimiento del titular para que terceros puedan entrar en él lícitamente constituye domicilio constitucionalmente protegido, entre otros, los automóviles (STC 197/2009, de 28 de septiembre), los contenedores (STS 2<sup>a</sup>, 23.06.2005, recurso 193/2004), las taquillas de los trabajadores (STS 2°, 05.07.2003, recurso 985/2000), las cajas de seguridad (STS 2°, 19.02.2003, recurso 1276/2000), los bares (STS 2°, 22.11.2016, recurso 304/2016), los reservados de un club de alterne (STS 2°, 16.04.2004, recurso 737/2002), un cajón de madera colocado en los bajos de una caravana accesible desde el exterior (STS 2°, 18.10.1996, recurso 1678/1995), etc.

La sentencia 137/1985 del Tribunal Constitucional, de 17 de octubre, extiende la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas<sup>2</sup> con base, no en el concepto de intimidad, sino en el de privacidad, de manera que no estarían constitucionalmente protegidos los locales abiertos al público durante los días y horas de apertura, las fábricas, almacenes, talleres, garajes, etc., por ejemplo, la sentencia 69/1999, de 26 de abril, indica: "Por tanto, cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario, esto es, el referido a la vida

<sup>2</sup> El concepto constitucional de domicilio de las personas jurídicas es más amplio que el de sus homónimos de derecho privado o público (STC 22/1984, de 17 de febrero), en concreto, más amplio que el domicilio social o fiscal.



<sup>1</sup> La sentencia de 20 de abril de 2016 (TS 2ª, recurso 1789/2015) anula la de instancia, al considerar que la observación realizada –valiéndose de unos prismáticos- por los agentes de policía del interior de la vivienda del principal acusado desde un inmueble próximo, vulnera el artículo 18.2 de la Constitución, sin que pueda aceptarse que unas persianas no bajadas o unas cortinas no corridas por el morador transmiten una autorización implícita para la observación del interior del inmueble.

personal y familiar, solo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, solo se extiende 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<sup>3</sup>".

Esta doctrina del Tribunal Constitucional produjo la modificación, vía Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal4, del artículo 554 de la Ley de enjuiciamiento criminal, al que añade un número cuarto, pero inexplicablemente la citada reforma solo hace referencia al domicilio de las personas jurídicas "imputadas", luego entonces, durante la sustanciación del proceso penal ¿la entrada en el domicilio de las personas jurídicas "no imputadas" requiere autorización judicial? La respuesta es negativa, pues como indica la sentencia de 20 de febrero de 2014 (TS 2°, recurso 1183/2013): "Idéntica tutela debiera dispensarse a la persona jurídica imputada que a la no imputada. Que la responsabilidad penal alcance a la persona jurídica no imponía nuevas previsiones en materia de mediLa entrada y registro en el despacho de profesionales<sup>5</sup> requiere autorización judicial, al verse afectados otros derechos fundamentales, como el secreto profesional, la intimidad de los clientes, el derecho a no declarar contra sí mismo, etc., así lo corrobora la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2008 (Iliya Stefanov c. Bulgaria), y, en nuestro país<sup>6</sup>, la sentencia de 5 de diciembre de 2012 (TS 2ª, Caso Ballena Blanca, recurso 2216/2011) que en lo relativo a los despachos de abogados señaló que "la línea jurisprudencial más común es la de considerar que se precisa de autorización judicial para su registro, dada la naturaleza de la actividad que en ellos se desarrolla y la eventualidad de que se busquen datos o efectos reservados que puedan afectar a la intimidad y ámbito privado de la persona, y de los que, en este caso, el abogado se convierte en custodio", debiendo especificar el auto judicial si el registro se refiere a los datos del propio profesional o a los de alguno o todos de sus clientes, pues como afirma Bosch Cholbi<sup>7</sup> "allí donde estén ubicados los do-

das de investigación invasivas de derechos fundamentales. No ha pensado así el legislador y la Ley 37/2011 añadió un nuevo apartado cuarto al artículo 554 –entrada y registro domiciliario- con esta previsión que sirve de base al recurrente para su argumento: «Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, va se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que queden reservados al conocimiento de terceros»".

<sup>3</sup> Los locales de una empresa mercantil, de acuerdo con la sentencia de 24 de abril de 2010 (TS 3ª, recurso 3791/2006), tienen diferentes grados de protección dependiendo de su destino, pues los utilizados para desarrollar sus actividades internas, bien porque en ellos se ejerza la habitual dirección y administración de la sociedad, bien porque sirvan de custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento están amparados por la protección constitucional, y a falta de consentimiento -correctamente informado y terminantemente libre-, será necesario autorización judicial, sin embargo, el resto de locales -establecimientos abiertos al público, centros laborales, comerciales, etc.- no son domicilio constitucionalmente protegido, de forma que la autorización del Director General de Hacienda habilita la entrada en los mismos.

<sup>4</sup> No tiene rango de ley orgánica, por lo que vulnera el artículo 81.1 de la Constitución.

<sup>5</sup> La sentencia de 20 de junio de 2003 (TS 2ª, recurso 2742/2001) dispone que nada tienen que ver las oficinas de una gestoría con el concepto de domicilio construido por el Tribunal Constitucional.

<sup>6</sup> La sentencia de 15 de noviembre de 2016 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, recurso 3/2016) confirma la del Juzgado Central que condenó como cooperadores necesarios de un delito contra la Hacienda Pública al asesor fiscal, quien diseñó la operación conocida como Sándwich Holandés, y a la abogada, por ser conforme a derecho que la investigación de los clientes defraudadores se iniciara registrando el despacho profesional que facilitaba los conocimientos necesarios para urdir la trama evasora.

<sup>7</sup> José Luis Bosch Cholbi. "La entrada y registro domi-

cumentos de la vida diaria de esa otra empresa –persona física o jurídica- o despacho profesional –v.gr. la contabilidad o archivos informáticos de la gestión y dirección de esa otra empresaen el despacho u oficina de su abogado o asesor fiscal, tendrán la consideración de domicilio constitucionalmente protegido para la empresa titular de los datos".

#### 3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad se aplica fundamentalmente en la adopción de medidas cautelares, en el apremio contra el patrimonio del deudor, en la individualización de la pena y la sanción administrativa, así como en la restricción de derechos, en este último aspecto, la limitación de todo derecho fundamental, y la inviolabilidad del domicilio y el respeto a la intimidad del contribuyente, no son una excepción, deben ser proporcionales, y ello con independencia del orden jurisdiccional que estemos analizando, en lo que ahora importa, tanto el Juez de lo penal como el de lo contencioso deben respetar el citado principio en los autos judiciales que autoricen la entrada en el domicilio del contribuyente, comparando fines y medios, por lo que el citado principio también es conocido como "proporcionalidad de los medios", "proporcionalidad del sacrificio", "proporcionalidad de la injerencia", "prohibición de exceso", etc., de manera que la resolución judicial que autoriza la entrada domiciliaria encarna una idea de justicia material, cual es la proscripción de todo sacrificio del derecho inútil, innecesario o desproporcionado, si bien como afirma Barnes Vázquez<sup>8</sup>, el principio de proporcionalidad ni constituye un instrumento para imponer el propio y legítimo concepto de lo que es o no proporcionado, ni tampoco autoriza un juicio positivo, esto es, si la intervención judicial pudo ser más proporcionada, por lo que no sirve para medir o encontrar la solución más

ciliario por la Inspección de Hacienda: derechos y deberes de los obligados tributarios", en *ECJ Leading Cases*, año III, vol. 2º, post núm. 632 de 11-11-2014. Enlace directo: http://wp.me/p2wsiA-1kz Recibido: 6-11-2014; Aceptado: 10-11-2014, ISSN 2386- 5385.

8 Javier Barnes Vázquez. "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar". Cuadernos de Derecho Público, nº 5/1998.

idónea, de mayor equilibrio, el medio óptimo por más moderado, sino solo para anular aquellas injerencias que se sitúen en el extremo inferior de la escala.

Señala González-Cuéllar Serrano<sup>9</sup> que el principio de proporcionalidad en el derecho español comenzó a ser obieto de estudio a finales de la década de los ochenta, si bien es obra inicial de la más alta jurisprudencia de la Prusia del siglo XIX, que ya no concibe la actividad de policía como un poder ilimitado, sino como una potestad lícita en la medida que sea imprescindible y adecuada a los fines que persigue, adquiriendo carta de naturaleza a través de la "teoría de los tres escalones", esto es, que la medida limitadora de los derechos sea útil, necesaria y proporcional, elementos del principio de proporcionalidad que tienden a conseguir un fin legítimo con las medidas menos restrictivas, ponderando los beneficios obtenidos con los sacrificios infligidos. El test de proporcionalidad requiere subir los escalones antes citados, superando los tres juicios de valor que pasamos a enumerar:

- Utilidad o juicio de adecuación, que analiza la capacidad de la medida para conseguir los fines legalmente establecidos, si bien un fin legítimo no convierte por sí mismo en adecuados los medios utilizados para alcanzarlo; se, trata de un juicio "de mínimos", acorde con el reconocimiento al legislador de un margen amplio de valoración política en el ejercicio de su competencia legislativa, que no conlleva un control de calidad o perfectibilidad de la norma, sino solamente verifica si la utilidad o adecuación de la injerencia supera el test de mínimos para lograr el fin perseguido.
- Necesidad o juicio de indispensabilidad, pues solo se podrán restringir derechos cuando resulte estrictamente necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la norma, por lo que la medida será

<sup>9</sup> Nicolás González-Cuéllar Serrano. "El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Español". Cuadernos de Derecho Público, nº 5/1998.



innecesaria cuando exista un medio alternativo, menos restrictivo de derechos, que consiga proteger el bien jurídico de forma similar, aunque no tiene por objeto seleccionar el mejor medio de todos los imaginables, el más eficaz, sino tan solo expulsar al innecesario<sup>10</sup>.

3. Proporcionalidad en sentido estricto, ya que una medida será ponderada o equilibrada cuando se deriven más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (STC 66/1995, de 23 de mayo); se trata de un principio utilitarista, que pondera la libertad o los derechos individuales sacrificados por la intervención legislativa y los beneficios en términos de mayores márgenes de utilidad social que se deriven de su aplicación, pero que no cuestiona la validez del fin en sí mismo, ni los beneficios o costes que aisladamente entraña la aplicación de la medida de que se trate, sino la relación o proporción entre unos y otros.

En el último trimestre del año 2015, el principio de proporcionalidad se ha consolidado en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el orden penal como en el administrativo, en lo atinente al proceso penal, el legislador español ha tardado casi cuarenta años -situación denunciada en la sentencia 184/2003 del Tribunal Constitucional, de 23 de octubre-, en regular las medidas de investigación tecnológica, al promulgar la Ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modifica-

ción de la Ley de enjuiciamiento criminal, pues con anterioridad tan solo un lacónico artículo 579 de dicha norma procesal daba contenido al artículo 18.3 de la Constitución, precepto que autorizaba al Juez de instrucción para intervenir las comunicaciones telefónicas por un periodo de tres meses, prorrogable por iguales periodos. Tras la reforma de 2015, el artículo 588 bis.a) de nuestra ley decimonónica regula los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida que mutatis mutandi podemos trasponer al derecho a la inviolabilidad del domicilio y al respeto de la intimidad del contribuyente, matizando en relación a la proporcionalidad en sentido estricto: "Las medidas de investigación solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros".

En lo referente al procedimiento administrativo, las leyes 39 y 40 del año 2015 regulan el principio de proporcionalidad para limitar los poderes de la Administración, tanto en lo que afecta a la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones, como en lo relativo a los principios de intervención de las Administraciones públicas para el desarrollo de una actividad. En este último aspecto, el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, dispone que "las Administraciones públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias".

### 4. PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA IRREGULAR

La Constitución garantiza el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, pero las obtenidas



<sup>10</sup> El Tribunal Constitucional, en sentencia 161/1997. de 2 de octubre, señala: "Como hemos dicho en otras ocasiones, el control del Tribunal Constitucional sobre la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido; por ello, esta tacha de desproporción solamente será aplicable cuando las medidas alternativas sean palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada".

vulnerando derechos fundamentales, cuestiones terminológicas aparte, son ilícitas, en efecto, el artículo 11.1 de la Ley orgánica del poder judicial, tras proclamar que en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe, afirma que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales", pues se considera que prohibir el uso directo de los medios probatorios ilícitos y permitir su aprovechamiento indirecto, vacía la norma de contenido efectivo, ya que la utilización de procedimientos inconstitucionales acabaría indirectamente surtiendo efecto, por el contrario, la prueba irregular, como señala Miranda Estrampes<sup>11</sup>, sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales, esto es, se produce una vulneración de la legislación ordinaria, en especial, de la Ley de enjuiciamiento criminal o civil, quedando sometida al régimen de nulidad de los actos procesales (LOPJ 238 y ss), lo que posibilita, en determinados casos, su subsanación o convalidación, si bien sus efectos no se extienden a las demás pruebas<sup>12</sup>.

Al igual que el principio de proporcionalidad, el régimen jurídico de la prueba ilícita y el de la

11 Manuel Miranda Estrampes. "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones". Revista Catalana de Seguretat Pública, nº 5/2010.

prueba irregular, se aplica en todos los órdenes jurisdiccionales, si bien para determinar la ilegalidad de una prueba determinada habrá que acudir a las normas procedimentales del respectivo orden jurisdiccional, bien entendido que en el orden penal, la presunción de inocencia traslada la carga de la prueba a la acusación, ya que nadie está obligado a probar su inocencia, por lo que la prueba de cargo debe ser suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada.

Prueba ilícita es exclusivamente la obtenida violentando derechos y libertades fundamentales, tal y como dispone el artículo 11.1 de la Ley orgánica 6/1985, que trae causa de la sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional, de 29 de noviembre, del siguiente tenor: "Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (CE 10.1) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental (...) En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso<sup>13</sup>".

La prohibición de valoración alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se ha vulnerado un

<sup>13</sup> En posteriores sentencias ha vinculado la inadmisibilidad de la prueba ilícita con la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (STC 205/2005, de 18 de julio).



<sup>12</sup> Una cuestión polémica es la validez de las pruebas conseguidas de forma ilícita por un particular, nos referimos en concreto a la Lista Falciani, puesta a disposición de las autoridades fiscales españolas al haber sido aprehendida en el registro practicado en el domicilio de Hervé Falciani, llevado a cabo por la Fiscalía de Niza, a raíz de una solicitud de cooperación internacional cursada por las autoridades suizas, que le acusaban de un delito contra el secreto bancario, la cual es admitida por el Tribunal Supremo (STS 2ª, 23.02.2017, recurso 1281/2016) al afirmar: "La Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del artículo 11.1 de la Ley orgánica 6/1985 y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión solo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito".

derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o deriven de la anterior, pues solo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso, lo que se conoce en el mundo anglosajón como doctrina del fruto podrido o manchado<sup>14</sup> (the tainted fruti), o genéricamente, doctrina de los frutos del árbol envenenado (the fruti o the poisonous tree doctrine), si bien el Tribunal Constitucional ha matizado la aplicación del artículo 11.1 de la Ley orgánica del poder judicial, desarrollando la doctrina de la conexión de antijuridicidad en la sentencia 81/1998, de 2 de abril, dictada por el Pleno, ya que no es la mera conexión de causalidad, ya sea natural o jurídica, la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino precisamente la conexión de antijuridicidad, bien entendido como señala Navarro Massip<sup>15</sup> que "la conexión de antijuridicidad se utiliza como criterio limitativo del alcance del precepto y en perjuicio de la protección del derecho fundamental, y no al revés".

El Tribunal Supremo (STS 2°, 14.03.2016, recurso 1396/2005), en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración de un derecho fundamental en la obtención de la prueba inicial, ha dicho: a) hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que esta sea, que para el caso de las entradas y registros tendría que consistir en algunas de las infracciones, con esa trascendencia constitucional por agredir ilícitamente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio; b)

que la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una conexión causal entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación; c) por último, y esto es lo más determinante, que no basta con que el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, pues para que se produzca la transmisión inhabilitante, debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando conexión de antijuridicidad, es decir, desde un punto de vista externo, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado, y, desde una perspectiva interna, que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, en definitiva, como afirma la profesora Costa Torné<sup>16</sup>, "estas dos perspectivas son complementarias, pues solo si la prueba derivada o refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabra entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legitima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo".

La regla de exclusión de la prueba derivada no es absoluta, ya que en determinados casos los Tribunales consideran que hay una ruptura de la conexión de antijuridicidad, esto sucede cuando hay buena fe en la actuación policial (STC 22/2003, de 10 de febrero), si la prueba deriva-

<sup>14</sup> Esta doctrina tiene su origen en la sentencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de 24 de febrero de 1914 (Weeks vs United States), la cual señaló que las pruebas incautadas en la entrada y registro de un domicilio sin autorización judicial vulneraban la cuarta enmienda, pero fue en 1920 (Sylverthorne Lumber co. vs United States) cuando declaró, por primera vez, que la nulidad de la prueba no solo alcanzaba a las obtenidas violentando directamente derechos fundamentales, sino también a las fuentes de prueba derivadas de la misma.

<sup>15</sup> Jorge Navarro Massip. "El maquiaveslismo probatorio de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal español". Revista Aranzadi Doctrinal, nº 5/2016.

<sup>16</sup> María Cinta Costa Torné. "La prueba ilícita por violación de Derechos Fundamentales y sus excepciones". Revista de Derecho UNED, nº 11/2012.

da se ha obtenido de una fuente independiente (STC 66/2009, de 9 de marzo), en los supuestos de descubrimiento inevitable por el curso normal de la investigación (STC 81/1998, de 2 de abril), cuando el nexo causal es atenuado (STC 86/1995, de 6 de junio), etc.

Prueba irregular, dice la sentencia de 5 de marzo de 2015 (TS 2°, recurso 1165/2014), es la que incurre en otra suerte de ilicitud probatoria, simplemente ordinaria, cuyos efectos no podrían ser parejos a la anterior por mor del derecho fundamental a la prueba. La referida resolución prosigue su excurso señalando que las diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular, en orden a la eficacia probatoria en el proceso penal, no son sin embargo apreciables en un primer grado, ya que tanto una como otra carecen de virtualidad al respecto, dependiendo en el segundo caso de la naturaleza, gravedad y acumulación de irregularidades, y sobre todo, de la indefensión sufrida, pues no puede olvidarse que la regulación de la nulidad de los actos procesales (LOPJ 238.1) se condiciona, en último extremo, a la existencia de una efectiva e insoportable indefensión, que quiebre irremediablemente la exigible e inexcusable igualdad de armas, por tanto, la diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular, habrá de advertirse en un segundo grado, en relación con las pruebas relacionadas con ellas, ya que las simplemente irregulares no transmiten dicha anomalía a las derivadas y nada obsta a que la convicción se obtenga por otros medios de prueba, de forma que los efectos de las pruebas irregulares concluyen, normalmente, en la expulsión del acervo probatorio, afectando solo a la propia actuación de investigación irregular, sin extenderse a otras pruebas, máxime si no se vulnera el derecho de defensa y las pruebas incriminatorias son independientes de la irregular.

Hay que recalcar que el resultado de la prueba irregular se puede acreditar por otros medios de prueba, por ejemplo, la sentencia 219/2006 del Tribunal Constitucional, de 3 de julio, señala que "por lo que se refiere a los efectos que la denunciada ausencia puede tener respecto de la eficacia probatoria de lo hallado en el registro,

hemos afirmado que aunque ciertas irregularidades procesales en la ejecución de un registro, como la preceptiva presencia del interesado, puedan determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción".

# 5. ENTRADA AUTORIZADA POR EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

Si la Inspección de los Tributos de la respectiva Hacienda Foral aprecia indicios de delito, en concreto, si aprecia indicios de la comisión de un presunto delito contra la Hacienda Pública y considera que es necesario registrar los equipos informáticos del contribuyente, tendrá que solicitar del Juez de instrucción la pertinente habilitación, lo que tendrá lugar por auto motivado, de acuerdo con los artículos 545 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento criminal, incluso si el contribuyente es una sociedad mercantil<sup>17</sup>, ya que en el registro se podrían vulnerar derechos fundamentales de las personas físicas, por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones si se leen los correos aún no leídos por el interesado, o el derecho a la intimidad si se leen los correos ya leídos por su destinatario, en cuyo caso, a tenor del citado artículo 11.1 de la Ley 6/1985, la prueba sería ilícita, y habría que expulsarla del sumario, ahora bien, el auto que autoriza la entrada en el domicilio no habilita para registrar los dispositivos de almacenamiento masivo de información, ya que el apartado 1 del artículo 588 sexies.a de la Ley de enjuiciamiento criminal dispone que "cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital

<sup>17</sup> Las personas jurídicas no tienen derecho a la intimidad, pero sí derecho al honor.



o el acceso a repositorios telemáticos de datos. la resolución del Juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos", aclarando el apartado 2 del citado precepto que "la simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el Juez competente".

Un auto inmotivado es nulo de pleno derecho<sup>18</sup> y vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio. La motivación es preceptiva tanto para la solicitud como para el auto autorizante, pues deben ser fruto de la aplicación razonable y razonada del derecho y no de la arbitrariedad del poder, por lo que la injerencia en el domicilio solo puede justificarse como consecuencia de la investigación de hechos de incuestionable carácter delictivo y, cuando menos, indiciariamente atribuibles al morador (STS 2°, 28.10.2014, recurso 619/2014), por ello, el sustento de la medida no ha de consistir en la aportación de pruebas acabadas de la comisión del ilícito, pues en tal caso no sería ya necesaria la práctica de más diligencias de investigación, sino tan solo la de fundadas sospechas del actuar delictivo que requieran la confirmación a través del resultado que pudiera arrojar precisamente el registro, no siendo exigible a la autoridad judicial que verifique la veracidad de los datos suministrados por la policía como requisito previo al auto habilitante.

La presencia del Juez instructor no es necesaria

en la diligencia de entrada y registro, ya que puede delegar su ejecución en cualquier autoridad (por ejemplo, un Inspector de Finanzas) o agente de la policía judicial (LECr 563), sin embargo, la presencia del interesado y del Secretario judicial son obligatorias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 569 de la Ley de enjuiciamiento criminal:

- 1. Interesado: "El registro se hará a presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente. Si aquel no fuere habido o no quisiese concurrir ni nombrar representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia mayor de edad. Si no le hubiere, se hará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo".
- 2. Secretario judicial: "El registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad, el Secretario judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley orgánica del poder judicial". Por tanto, el registro sin la intervención del Secretario judicial solo supone la vulneración de la una ley ordinaria, pero no la lesión de un derecho fundamental, por lo que el registro será nulo e ineficaz para enervar la presunción de inocencia, pero es posible acreditar la ocupación de los efectos por otros medios de prueba, en concreto, a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la contradicción (STC 219/2006, de 3 de julio).

La Ley de enjuiciamiento criminal también habilita al Juez de instrucción para el registro de libros y papeles<sup>19</sup>, y aunque es una obviedad, hay que

<sup>18</sup> El Tribunal Supremo (STS 2°, 17.12.2007, recurso 1058/2007) ha dicho: "La mera referencia a informaciones (confidenciales)) no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y solo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas".

<sup>19</sup> La sentencia de 15 de noviembre de 2002 (TS 2ª, recurso 311/2001) equipara la apertura de una caja fuerte, alquilada por una persona jurídica, al registro

decir que dicho registro es posterior y sucesivo a la entrada en el domicilio, por ello, estarán presentes el Juez o la autoridad o agente de policía judicial al que haya encomendado dicho cometido, el Secretario judicial y el propio interesado, señalando el artículo 573 de la citada ley que "no se ordenará el registro de los libros y papeles de contabilidad del procesado o de otra persona sino cuando hubiere indicios graves de que de esta diligencia resultara el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa", y, el artículo 574 de la citada norma procesal: "El Juez ordenará recoger los instrumentos y efectos del delito y tambi**é**n los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, si esto fuere necesario para el resultado del sumario. Los libros y papeles que se recojan serán foliados, sellados y rubricados en todas sus hojas por el Secretario judicial, bajo su responsabilidad".

### 6. ENTRADA AUTORIZADA POR EL JUEZ DE LO CON-TENCIOSO

La redacción primitiva del apartado 2 del artículo 87 de la Ley orgánica 6/1985 decía que "corresponde también a los Juzgados de instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración", apartado que fue suprimido por la Ley orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley orgánica del poder judicial, incorporándolo al artículo 91 de la cita norma, indicando que "corresponde también a los Juzgados de lo contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello pro-

de libros y papeles en lugar cerrado, señalando: "No es pues de aplicación el artículo 18 de la Constitución, ni queda afectado derecho fundamental alguno sino que se trata de registro de libros y papeles al que se refiere el artículo 573 de la Ley de enjuiciamiento criminal, sometido al estándar de la legalidad ordinaria que en el presente caso fue cumplido por el registro que se llevó a cabo bajo la fe pública judicial del Secretario del Juzgado".

ceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración", por su parte, el artículo 8.6 de la Ley 29/1998 dispone: "Conocerán también los Juzgados de lo contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública".

La intervención judicial no tiene como finalidad reparar una supuesta lesión de un derecho o interés legítimo, sino que constituye una garantía y, como tal, está destinada a prevenir la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y el respeto a la intimidad del obligado tributario, por ejemplo, la sentencia 139/2004 del Tribunal Constitucional, de 13 de septiembre, dice: "En relación con los actos de la Administración cuva ejecución precisa de la entrada en un domicilio, que es el supuesto que ahora interesa, este Tribunal ha señalado que al Juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse. Conviene advertir que esta doctrina, aunque se ha establecido en relación con el Juez de instrucción, que era quien antes de la reforma efectuada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, otorgaba este tipo de autorizaciones, resulta igualmente aplicable a los Jueces de lo contencioso-administrativo, que son los ahora competentes para emitir aquellas en los casos en los que ello sea necesario para la ejecución de los actos de la Administración pública pues, en este concreto procedimiento, las atribuciones de estos Jueces se limitan únicamente a garantizar que las entradas domiciliarias se efectúen tras realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto".

De los preceptos antes transcritos, nos interesa destacar la frase "para la ejecución forzosa de los actos administrativos", ya que cuando la Inspección accede al domicilio del contribuyente no lo hace para ejecutar de forma forzosa actos administrativos, sino para copiar archivos de los ordenadores del sujeto inspeccionado, en efecto, las normas arriba indicadas habilitan al Juez

de lo contencioso para autorizar la entrada en el domicilio del contribuyente, pero exclusivamente para la ejecución forzosa de actos administrativos, entendiendo por ejecución forzosa, a tenor del artículo 99 de la Ley 39/2015 el apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria, la multa coercitiva y la compulsión sobre las personas, medios de ejecución que poco o nada tienen que ver con el registro de los ordenadores del contribuyente, por lo que de efectuarse el registro, la prueba sería ilícita, o al menos irregular, en definitiva, el auto de entrada y registro dictado por el Juez de lo contencioso sería conforme a derecho en lo tocante a la entrada en el domicilio, siempre que estuviera motivado y fuera proporcionado, pero ilegal en lo referente al registro, por falta de cobertura legal, pues como dice la sentencia 145/2014 del Tribunal Constitucional, de 22 de septiembre, la primera exigencia que requiere la restricción de un derecho fundamental es que haya una previsión legal suficiente, y, si la ley no lo prevé, se vulnera el principio de legalidad, por lo que la prueba obtenida deviene ilícita o irregular.

Los registros que cita el artículo 111 de la Norma Foral 2/2005 de Bizkaia, y sus homónimos 109 de las normas forales 6/2005 de Alava y 2/2005 de Gipuzkoa, se refieren exclusivamente al ámbito penal, pues ni el Juez de lo contencioso puede autorizar registros, ni los Inspectores de las respectivas Haciendas Forales están facultados para realizarlos, al no estar contemplada dicha facultad en las correspondientes normas forales, pudiendo incurrir el artículo 7.3 del Decreto Foral 41/2006 de Alava, el 7.2.e) del Decreto Foral 5/2012 de Bizkaia y el 16.3 del Decreto Foral 31/2010 de Gipuzkoa<sup>20</sup>, todos ellos relativos a "Otras facultades de la Inspección", en un posible exceso reglamentario, al disponer los dos primeros artículos: "Asimismo, podrán requerir cuanta información sea necesaria para decodificar los datos de interés registrados en sus sistemas informáticos y las claves de acceso a los clientes o archivos informáticos especialmente protegidos con clave o cifrados".

## 7. ENTRADA AUTORIZADA POR EL DIRECTOR GENE-**RAL DE HACIENDA**

El Director General de Hacienda no puede ni autorizar la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido del contribuyente, ni el registro de los ordenadores del sujeto inspeccionado, sin embargo, el artículo 136.2 de la Norma Foral 6/2005 de Alava, el 135.2 de la Norma Foral 2/2005 de Bizkaia y el 136.2 de la Norma Foral de Gipuzkoa, le habilitan para autorizar la entrada en domicilios que no estén protegidos constitucionalmente, por lo que será nulo, por falta de habilitación legal, el oficio del Director General de Hacienda que autorice la entrada en domicilio constitucionalmente protegido o el registro de los ordenadores -cualquiera que fuera el lugar donde se encuentren-, de modo que solo el consentimiento del contribuyente, libre e informado, puede posibilitar la entrada en el domicilio, bien entendido como dice la sentencia 54/2015 del Tribunal Constitucional, de 16 de marzo, que será necesario que previamente se le advierta de la posibilidad de oponerse a ella, esto es, de informarle en negativo, por otra parte, el consentimiento del contribuyente también puede posibilitar el registro, siempre y cuando se le instruya de sus derechos, en especial, que la Inspección no está facultada para realizar registros y que se puede oponer a los mismos.

La Inspección de los Tributos está habilitada para la entrada y reconocimiento de fincas, ya esté el domicilio constitucionalmente protegido o no. En el primer supuesto, el contribuyente que no acata el auto judicial incurre en un delito de desobediencia, y, si el domicilio no está constitucionalmente protegido, el obligado tributario que, a la vista de la autorización escrita del Director General de Hacienda, niegue o impida la entrada o permanencia en las citadas fincas, incurre en la comisión de una infracción por resistencia, obstrucción, excusa o negativa a la actuación de la Inspección, en efecto, los

<sup>20</sup> El artículo 12 del Decreto Foral 31/2010 de Gipuzkoa, referido al "Examen de libros, registros y documentos", es ajustado a derecho, pues las facultades allí enumeradas no hacen referencia alguna al registro de ordenadores, ya que el citado precepto claramente dice "previa su puesta a disposición", lo que significa que el Inspector solicita el documento y el sujeto inspeccionado se lo da en formato electrónico.

artículos antes citados, principian diciendo que "cuando las actuaciones inspectoras lo requieran, los funcionarios que desarrollen funciones de Inspecci**ó**n de los Tributos podr**á**n entrar, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, en las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen, existan bienes sujetos a tributación, se produzcan hechos imponibles o supuestos de hecho de las obligaciones tributarias o exista alguna prueba de los mismos", y, finaliza en estos términos: "Si la persona bajo cuya custodia se encontraren los lugares mencionados en el p**á**rrafo anterior se opusiera a la entrada de los funcionarios de la Inspección de los Tributos, se precisará la autorización escrita del órgano que reglamentariamente se determine". Es obvio, que las citadas normas nada dicen del registro de los sistemas informáticos del contribuyente, de hecho, este método de investigación ni siquiera está regulado en el ámbito tributario, por lo que volvemos a nuestra posición inicial: solo hay dos posibilidades de registrar el ordenador del contribuyente, una, si la Inspección obtiene el consentimiento, libre e informado, del sujeto inspeccionado, otra, si la Inspección de los Tributos aprecia indicios de criminalidad y así lo autoriza el Juez de instrucción.

La entrada y reconocimiento de fincas no está condicionada a la comunicación previa al sujeto inspeccionado, por lo que la Inspección de Hacienda se puede personar en el domicilio del contribuyente sin previo aviso, tal y como indican el artículo 140.2 de la Norma Foral 6/2005 de Alava, el 139.2 de la Norma Foral 2/2005 de Bizkaia y el 140.2 de la Norma Foral 2/2005 de Gipuzkoa, al disponer que "la Inspección podrá personarse sin previa comunicación en las empresas, oficinas, dependencias, instalaciones o almacenes del obligado tributario, entendi**é**ndose las actuaciones con este o con el encargado o responsable de los locales", de forma que la persona que atiende a la Inspección en ausencia del obligado tributario no lo hace en virtud de una representación presunta, sino en función del deber de colaboración con la Inspección, por ello no puede sancionarse al obligado tributario por la falta de colaboración del encargado o responsable de los locales<sup>21</sup>.

En realidad, si el domicilio no está protegido constitucionalmente, no es necesario el consentimiento del interesado, pues no podrá negar la entrada si la Inspección cuenta con la autorización del Director General de Hacienda, por ejemplo, en el ámbito estatal, la sentencia de 10 de noviembre de 2016 (TS 3°, recurso 3870/2015) señala que "lo cierto es que la persona que figuraba como encargada y que tenía determinadas facultades delegadas por la propiedad autorizó la entrada y registro en dicha oficina y solo fue cuando, tras efectuar varias llamadas telefónicas, se negó a que los actuarios realizasen copia de sus archivos informáticos, adoptándose entonces las medidas cautelares previstas en el artículo 146 de la Ley general tributaria, lo que resultaba pertinente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 172.5 del Real Decreto 1065/2007; siendo por todo ello por lo que en el caso examinado debe reputarse suficiente la autorización administrativa expedida por el Delegado de la AEAT para dar cobertura legal a la referida actuación que, por otra parte, solo produciría la nulidad de la subsiguiente liquidación caso de ser la única prueba en que esta se fundase y ello, claro está, para el supuesto de considerarse ilícita la diligencia cosa que, como hemos indicado, no se aprecia en este caso", pero el problema surge con el consentimiento tácito, habiendo declarado el Tribunal Supremo (STS 3°, 02.06.2005, recurso 1640/1993) que no cabe presumir el consentimiento de los titulares por el mero hecho de que "ejecuten los actos normalmente necesarios que de ellos dependan para que aquellas operaciones puedan llevarse a cabo", siendo pre-

<sup>21</sup> La sentencia de 22 de enero de 1993 del Tribunal Supremo declaró la nulidad de la antigua redacción del tercer inciso del artículo 32.2 del Real Decreto 939/1986, de 25 abril, que aprobó el Reglamento general de la Inspección de los Tributos, que decía que si no se producía esta colaboración se iniciaría expediente sancionador al obligado tributario, señalando la Sala Tercera que este tipo de responsabilidad es personalísima y, en el orden sancionador, la falta de colaboración con la Inspección del encargado o responsable de los locales podría dar lugar al castigo de este, pero no del obligado tributario que no se hallaba presente.

ciso, primero, que se requiera expresamente al titular para que preste su consentimiento, segundo, se le advierta de la posibilidad de negarlo y exigir mandamiento judicial, por último, solo ante el silencio de este, después de los requerimientos y advertencias anteriores, podría entenderse -y, ni aun esto estamos en condiciones de afirmarlo sin dudar- prestado el consentimiento.

La entrada en el domicilio de las sociedades mercantiles debe ser autorizada por el titular del órgano de administración, si bien las discrepancias entre administradores deben interpretarse como una negativa de acceso, aunque podría ser válida la entrada consentida por uno de ellos, cuando el otro no se haya opuesto, siempre que la Inspección no tenga motivos fundados para pensar que de haber tenido la oportunidad de negarse lo hubiera hecho, por ejemplo, la sentencia de 25 de septiembre de 2013 (TS 3°, recurso 2461/2012) señala que no hay infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pues la entrada y el registro fue consentida por un administrador mancomunado, no constando que los otros administradores tuvieran intereses contrapuestos o se opusieran a la entrada, pronunciándose en estos términos: "Es indudable que quien mejor conocía el carácter mancomunado de la representación que ostentaba y, en su caso, las posibles limitaciones que de ello derivaban a sus facultades representativas no era sino el propio administrador personado en el domicilio social; y sin embargo, según consta en las distintas diligencias y actas levantadas por el personal inspector, no hizo mención alguna de tan relevante circunstancia pese a contar en todo momento con la asistencia técnica de dos asesores fiscales, sino que suscribió todas ellas de forma individual y en calidad de administrador, sin matices o precisiones adicionales".

La autorización del Director General de Hacienda será preceptiva cuando en un mismo domicilio tengan su sede varias empresas o bien se trate de un centro de negocios que ofrezca servicio de notificaciones, sala de reuniones, apoyo administrativo, etc., a una multiplicidad de empresas, pues en principio, hay tantos interesados como afectados por la injerencia, por tanto, sus

distintas posiciones ante la Inspección de los Tributos no pueden considerarse ni ser tratadas arbitrariamente como fungibles, de forma que se pueden oponer a la entrada incluso las sociedades contra las que no se dirija el procedimiento inspector, por ello la autorización del Director General de Hacienda deberá fijar de forma clara y precisa que la habilitación para la entrada se refiere exclusivamente a las zonas ocupadas por la sociedad inspeccionada, así como a las zonas comunes.