

CIRCULAR 125/2015

Madrid, 14 de diciembre de 2015

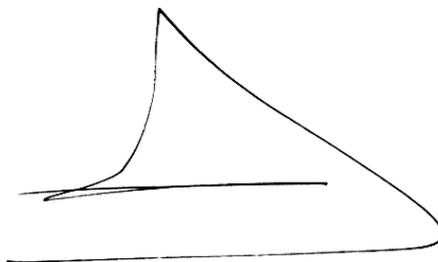
Asunto: INFORME DE LA COMISIÓN JURÍDICA

**EXCMO. SR. CONSEJERO
DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA**

Querido Consejero:

Te remito el informe nº 10/2015 elaborado por la Comisión Jurídica sobre “Entrada y Registro en despachos de Abogados”.

Sin otro particular, recibe un fuerte abrazo,



INFORME QUE EMITE LA COMISIÓN JURÍDICA SOBRE ENTRADA Y REGISTRO DE DESPACHOS DE ABOGADOS

1) OBJETO DEL INFORME

Por el Consejo General de la Abogacía Española se ha solicitado a su Comisión Jurídica Asesora la elaboración de un informe sobre las diversas cuestiones que se suscitan en relación con la entrada y registro de un despacho de abogados, siempre en orden a la mejor protección de los diversos intereses que confluyen en el caso.

Según se nos ha informado, esta cuestión ya había sido objeto de preocupación previa del CGAE en diversos documentos anteriores donde se planteaban –principal o derivadamente- extremos alusivos a las repercusiones que había de tener tal problema desde la distintas ópticas afectadas, que vienen a resumirse sintéticamente en la necesaria integración ponderada de dos principios afectados que no son sino las dos caras del mismo problema: la salvaguarda de la realización de la Justicia mediante el correcto cumplimiento de los mandatos de los jueces y tribunales, junto a la no menos relevante protección del secreto profesional, el cual en último término nos resulta exigido por la más correcta realización de la Justicia.

Bajo las circunstancias anteriores, se pretende aquí ubicar con rigor y precisión el grave supuesto que nos ocupa, coordinándolo con las funciones que corresponden a los Colegios de Abogados (y muy en especial a sus Decanos, como más adelante se verá) tanto respecto de sus colegiados en orden a la mejor protección de los intereses de la profesión como en atención a los consumidores y usuarios de los servicios que presta la abogacía a la sociedad.

Especial relevancia reviste el encargo en la medida en que, pese a ser una materia tan delicada, el derecho positivo no contiene previsiones específicas suficientes que cubran todos los perfiles de la cuestión considerada (datando la mayor parte de 1885, pese a haber sido objeto de revisión parcial muy reciente). Por ello se ha querido ordenar el análisis del problema trazando una serie sucesiva de perfiles

que deben examinarse, a modo de círculos concéntricos de protección sucesiva, tratando así de centrar de modo claro las muchas realidades concernidas por el problema. La enumeración y recordatorio de los círculos se realiza guiados por la premisa última de mejora de la asistencia al derecho de los colegiados afectados, lo cual en último término tiene que ver con la mejor protección de los clientes a los que representan, siempre de la mano de la eficaz colaboración con los Colegios de Abogados, cuyo Decano – como se verá- tiene mucho que ver personalmente en este asunto.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

2) INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y ACCESO A LUGARES CERRADOS: LA TENSIÓN ENTRE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL Y LA RESERVA LEGAL.

De entre los “*Derechos y libertades*” que integran el Capítulo II del Título I de la Constitución de 1978 y muy a renglón seguido de la proclamación de la igualdad de todos los españoles ante la ley del artículo 14, resulta unánimemente reconocido que el núcleo último de la protección constitucional del ciudadano (en nuestro caso, el primero y más general de los anillos concéntricos de protección de los que hablábamos más arriba) descansa en una limitada serie de preceptos (contenidos muy especialmente en la Sección 1ª de ese Capítulo II, significativamente intitulada “*De los derechos fundamentales y las libertades públicas*” de los artículos 15 a 29).

Sólo estos preceptos permiten a cualquier ciudadano (en inequívoca garantía de tales libertades y derechos fundamentales) recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con la previsión del 53.2 de la Constitución.

En el núcleo de esa regulación cualificadamente protegida se encuentra el artículo 18, donde se reconocen el derecho a “*la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*” del apartado 1, y su correlato natural, la inviolabilidad del domicilio. En similar sentido se pronuncian el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales establecen el derecho de toda persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias o

ilegales en su vida privada. Y en similar sentido se pronuncia el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su artículo 8.1 cuando reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, junto al de su domicilio y su correspondencia.

Correlato de la protección a dispensar será el deber de secreto profesional, perfectamente descrito por el Código Deontológico de la Abogacía de 2002 cuyo artículo 5 lo desarrolla. Su apartado 8 es clarificador:

“8. El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento por sí solo no excusa al Abogado de la preservación del mismo.”

Por su parte, la proclamación del artículo 18.2 de la Constitución es una consecuencia lógica de la antes proclamada intimidad personal y familiar. De igual modo complementan tal regulación las prevenciones de los apartados 3 y 4: se garantiza el secreto de las comunicaciones (en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas) salvo resolución judicial y se dispone que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Reza así, literalmente, el precepto:

“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.”

Dos son los principios básicos: se garantiza la inviolabilidad del domicilio (zona exenta o inmune de cualquier inmisión externa) y se garantiza que no se podrá afectar al mismo, salvo casos de flagrante delito, con el consentimiento del afectado o con una autorización judicial (en este sentido hay una

constante doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras la temprana STC 22/1984, de 17 de febrero, entre otras muchas posteriores)-

Pues bien, el domicilio de prestación de servicios (el despacho de abogados, en nuestro caso) no es sino una proyección profesional de esta privilegiada consideración constitucional.

Así lo ha entendido la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Petri Sallinen *Sallinen y otros v. Finlandia*, de 27 de septiembre 2005) donde se afirma que el concepto de “*domicilio*” puede incluir “*el despacho profesional de una empresa dirigida por una persona privada, así como las oficinas de personas jurídicas, sedes y otros locales de negocio*”. Veremos, en definitiva, como la interpretación del artículo 8.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”). confirma nuestra interpretación, como lo ha hecho reiteradamente el citado Tribunal.

Y todo queda reenviado a la previsión legal, de donde nos acercamos más a cual sea la regulación positiva más cercana a nuestro problema. La cuestión surge, sentado todo lo anterior, cuando la previsión legal data de hace más de un siglo y estaba construida para otra sociedad.

3) PRESUPUESTOS LEGALES COMUNES A TODA ENTRADA Y REGISTRO

A) El mandato judicial como exigencia previa.

Solo mediante un mandato judicial puede procederse a la entrada y registro domiciliarios, por la muy especial gravedad de los derechos concernidos.

Desde siempre el Tribunal Constitucional reiteraba esta exigencia y marcaba definitivamente uno de los requisitos ineludibles de la entrada y registro (STC 133/1995, de 25 de septiembre de 1995):

“...este Tribunal Constitucional no puede abdicar de su condición de guardián último de las garantías constitucionales que le encomienda la Constitución [arts. 123 y 161.1 b)]. En lo dicho hay un aspecto que por tener a primera vista, prima facie, relevancia constitucional bien pudiera vaciar de contenido la conclusión obtenida por la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo. En efecto, la piedra angular de la construcción lógica, en sí misma inatacable aquí y ahora, es la entrada y registro en el domicilio del acusado, a la cual se tacha de inválida por haber sido practicada con autorización judicial, pero sin la presencia de Secretario Judicial, alegato que merece la máxima atención por afectar simultáneamente a dos derechos fundamentales. Uno de ellos, la inviolabilidad del domicilio, lugar de la residencia habitual, según definición legal (art. 40 C.C.), que acota el espacio donde el individuo vive, señor de ella, como el Rey de sus "alcabalas", sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, haciéndolo con la libertad más espontánea y, por ello, su protección tiene un carácter instrumental para la defensa del ámbito en el cual se desarrolla la vida privada. Existe, pues, un nexo de tal sacralidad del domicilio que veda toda intromisión y, en concreto, la entrada y el registro en él y de él, con el derecho a la intimidad, por lo demás contenido en el mismo precepto que el otro (art. 18.1 y 2 C.E.). Sin embargo, este derecho fundamental no es absoluto y limita con los demás derechos y los derechos de los demás (SSTC 15/1993 y 170/1994) y, por ello, su protección constitucional puede ceder en determinadas circunstancias, como son el consentimiento del titular, estar cometándose un delito flagrante y la autorización judicial, a guisa de garantía. Esta autorización, vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o ese mandamiento para quien ha de sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público o privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de este, con la limitación consiguiente del derecho fundamental (STC 50/1995).”

Este mandato, en nuestro caso de entrada y registro de despachos de abogados, debe contener la suficiente y completa motivación como para permitir que la actuación deba ser – cualificadamente a la vista de los muy especiales bienes jurídicos a proteger- proporcionada al caso de que se ocupa, garantista de los derechos de los clientes del abogado no afectados por la medida y consciente de la necesaria ponderación de diversos intereses en juego, igualmente susceptibles de amparo constitucional.

B) Entrada y registro en sede de jurisdicción penal

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica enfatiza el entronque constitucional cuando todo el Título VIII se redenomina pasando a llamarse, mucho más apropiadamente para subrayar el origen superior del derecho protegido: *“De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución»*.

La técnica normativa mejora y reafirma la obligada e indispensable protección del interés legítimo protegido. El antaño genérico Título VIII (ahora con la nueva denominación más arriba señalada) se divide en Capítulos, pasando a llamarse el I (que aquí más directamente nos concierne) *“De la entrada y registro en lugar cerrado”* englobando los antiguos artículos 545 a 572, cuyo contenido se respeta.

Consta de una regla general (la absoluta prohibición de entrada del 545 Lecr.: *“Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes*) y unas excepciones, restrictivamente interpretables.

Como presupuesto de la entrada no basta cualquiera, debiendo (546 Lecr.) verificarse la concurrencia del mandato motivado del Juez y la falta de consentimiento del interesado:

“Podrá asimismo el Juez instructor ordenar en los casos indicados en el artículo 546 la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, pero precediendo siempre el consentimiento del interesado conforme se previene en el artículo 6.º de la Constitución, o a falta de consentimiento, en virtud de auto motivado, que se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado”.

No se olvide que, trabajando sobre un texto original de 1885 (incólume en esta parte, lo que excusa mayor desarrollo) el artículo 6º al que se refiere es el de la Constitución de 1876, debiendo entenderse hecha la referencia actual al 18.2 de la Constitución de 1978.

La prestación del consentimiento (extremo de singular interés habilitador para permitir la entrada en el domicilio del letrado) puede ser expresa o tácita, entendiéndose por tales (artículo 551 Lecr.)

“Se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 6.º de la Constitución del Estado”.

Y hallamos a continuación una regla muy útil, probablemente poco recordada y que conviene tener muy presente para el caso que nos ocupa. Está en el artículo 552 Lecr. y luego volveremos de nuevo sobre ella:

“Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción.”

Solo muy excepcionalmente puede procederse por los agentes de policía sin autorización judicial (artículo 553 Lecr.) a una entrada y registro en despacho de abogados como la que estamos considerando. Y en todo caso dando cuenta al juez de forma inmediata:

“Los Agentes de policía podrán asimismo proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.”

La consideración de lo que deba reputarse como “*domicilio*” engloba naturalmente lo que aquí examinamos como domicilio social de un despacho de abogados. Está en el artículo 554 Lecl. y procede de la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre:

“Se reputan domicilio, para los efectos de los artículos anteriores:

1.º...

2.º El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia.

3.º...

4.º Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, 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.”

En el ámbito de interpretación sumamente protector de los derechos individuales (como entendemos debe ser) se inscribe la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2002, de 17 de enero de 2002 la cual responde a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Sevilla respecto del art. 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que supuso la derogación del precepto por apreciar como vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio la posibilidad que fijaba dicho precepto de permitir la entrada y registro en las habitaciones de un hotel.

En dicho pronunciamiento se recogen interesantes apreciaciones sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio, igualmente aplicables al caso que nos ocupa. Se dijo en la citada STC 10/2002:

“Como hemos afirmado, el art. 18.2 CE garantiza la interdicción de la entrada y registro en el domicilio, estableciendo que, en ausencia de consentimiento de su titular y de flagrante delito, sólo es constitucionalmente legítima la entrada y registro efectuada con resolución judicial autorizante. Dicha exigencia de autorización judicial constituye un requisito de orden preventivo para la protección del derecho (por todas, SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8 ; 126/1995, de 25 de julio, FJ 2 ; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10) que no puede ser excepcionado, puesto que las excepciones constitucionales a la interdicción de entrada y registro tienen carácter taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3 ; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3).

Por consiguiente, ninguna justificación puede tener, desde la perspectiva constitucional, la exclusión de la autorización judicial de espacios que han de considerarse, de conformidad con el art. 18.2 CE, domicilio de una persona física.”

La obligada fundamentación del auto de entrada resulta inapelable (artículo 558 Lecr.):

“El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar.”

Sobre el modo de proceder a la correcta práctica de la notificación interesa el detalle general del artículo 566 Lecr.:

“Si la entrada y registro se hubieren de hacer en el domicilio de un particular, se notificará el auto a éste; y si no fuere habido a la primera diligencia en busca, a su encargado.

Si no fuere tampoco habido el encargado, se hará la notificación a cualquier otra persona mayor de edad que se hallare en el domicilio, prefiriendo para esto a los individuos de la familia del interesado.

Si no se halla a nadie, se hará constar por diligencia, que se extenderá con asistencia de dos vecinos, los cuales deberán firmarla.”

Con las siguientes particularidades previas a nuestro caso, llegando en su caso a regular el auxilio de la fuerza (artículo 567 Lecr.):

“Desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro.”

Añade por su parte el 568 Lecr.:

“Practicadas las diligencias que se establecen en los artículos anteriores, se procederá a la entrada y registro, empleando para ello, si fuere necesario, el auxilio de la fuerza.”

Y detallando el modo en que ha de practicarse el registro, lo que reviste singular interés para nuestra situación, como luego se verá (artículo 569 Lecr.):

“El registro se hará a presencia del interesado o de la persona que legitimamente le represente.

Si aquél 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.

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.

La resistencia del interesado, de su representante, de los individuos de la familia y de los testigos a presenciar el registro producirá la responsabilidad declarada en el Código Penal a los reos del delito de desobediencia grave a la Autoridad, sin perjuicio de que la diligencia se practique.

Si no se encontrasen las personas u objetos que se busquen ni apareciesen indicios sospechosos, se expedirá una certificación del acta a la parte interesada si la reclamare.”

Se completa la regulación general, en fin, con una serie de precisiones formales adicionales sobre tiempo, espacio y modo de practicar el registro. Son los artículos 570, 571 y 572 Lecr.. En el primero de ellos se determina que

“Cuando el registro se practique en el domicilio de un particular y expire el día sin haberse terminado, el que lo haga requerirá al interesado o a su representante, si estuviere presente, para que permita la continuación durante la noche. Si se opusiere, se suspenderá la diligencia, salvo lo dispuesto en los artículos 546 y 550, cerrando y sellando el local o los muebles en que hubiere de continuarse, en cuanto esta precaución se considere necesaria para evitar la fuga de la persona o la sustracción de las cosas que se buscaren.

Prevedrá asimismo el que practique el registro a los que se hallen en el edificio o lugar de la diligencia que no levanten los sellos, ni violenten las cerraduras, ni permitan que lo hagan otras personas, bajo la responsabilidad establecida en el Código Penal.”

Por su parte el Artículo 571 Lecr. y en cuanto a la duración del registro establece que *“no se suspenderá sino por el tiempo en que no fuere posible continuarle, y se adoptarán, durante la suspensión, las medidas de vigilancia a que se refiere el artículo 567”*.

Muy importante papel cumple el acta que se levante, a cuyo efecto previene el artículo 572 Lecr. que

“En la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, se expresarán los nombres del Juez, o de su delegado, que la practique y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que se hubiese principiado y concluido la diligencia, y la relación del registro por el orden con que se haga, así como los resultados obtenidos.”

Reténgase la mención a *“los incidentes ocurridos”* como portillo de entrada a otras actuaciones sobre las que volveremos más adelante.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge relevantes precisiones respecto a la aprensión de la documentación de aquél en cuyo domicilio o despacho se entra y registra, bien que no distingue entre tales papeles si alguno de ellos pudiera contener secretos profesionales. Establece así el 573:

“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 resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.”

Tales son los elementos centrales de la entrada y registro, la mayor parte de los cuales datan (y la propia terminología de la descripción así lo refleja) de la redacción original de una Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tratemos de apreciar qué hay en ellos de útil –que lo hay- para mejor servir al propósito de indagar aún más lo que conviene a la mejor atención de los intereses de la abogacía del S. XXI construyendo el encaje de nuevas doctrinas e interpretaciones sobre los viejos preceptos. Sobre ello se volverá más adelante.

C) Entrada y registro en el ámbito jurisdiccional civil. Otros supuestos de entrada y registro (Administración tributaria, Competencia, etc...). Actuaciones posteriores a las que debe extenderse la garantía.

Pero no solo en el ámbito jurisdiccional penal existe la posibilidad de entrada y registro de domicilio (incluido el profesional), debiendo recordarse la posibilidad contemplada en el artículo 261 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ((tras la reforma del artículo 1.4 de la Ley 19/2006, de 5 de junio) relativa a la “*Negativa a llevar a cabo las diligencias*” en el que se prevé (dentro del ámbito de las diligencias preliminares del proceso) que si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes medidas, por medio de un auto, en el que expresará las razones que las exigen:

“ ...

2.ª Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciare que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal.

3.ª Si se tratase de la exhibición de una cosa y se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra, se procederá de modo semejante al dispuesto en el número anterior y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o medida de garantía más adecuada a la conservación de aquélla.

4.ª...

5.ª Tratándose de las diligencias previstas en el artículo 256.1.6.ª, ante la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial. Iguales medidas ordenará el tribunal en los casos de los números 5 bis, 7.ª y 8.ª del apartado 1 del artículo 256, ante la negativa del requerido a la exhibición de documentos.” (los subrayados son nuestros)

Tampoco resulta baladí considerar que una cuestión de inconstitucionalidad deducida frente a la nueva redacción del precepto fue inadmitida por el Tribunal Constitucional mediante su sentencia 222/2012, de 27 de noviembre de 2013.

En todo caso, no existiendo previsiones expresas respecto a este ámbito jurisdiccional más allá de las indicadas, nada impide que –habida cuenta de la gravedad de la intervención en los derechos fundamentales de los profesionales y el carácter integrador que debe guardar todo el ordenamiento jurídico entre si- se solicite la aplicación supletoria de los demás efectos tuitivos derivados de la intervención en el ámbito penal.

Por su parte, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria establece en su artículo 113 la obligada autorización judicial para la entrada en el domicilio de los obligados tributarios.

“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 aquél o la oportuna autorización judicial.”

En el caso de la inspección de tributos la medida debe ser proporcionalmente ajustada al fin que se persigue sin que exista otra alternativa menos gravosa, pues cuando los fines de la ejecución administrativa pueden igualmente alcanzarse sin entrar en el domicilio, la entrada no debe autorizarse, debiendo requerirse que la entrada solicitada ha de ser efectivamente necesaria por la actividad de ejecución, esto es, idónea para el fin pretendido. No se olvide en ningún momento la prohibición de la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, proclamada por el artículo 9 de la Constitución, resultando que las medidas restrictivas de los derechos fundamentales han de reducirse al mínimo indispensable adoptando en su ejecución las cautelas imprescindibles al efecto, bajo la salvaguardia del órgano jurisdiccional (entre otras muchas las SSTC 22/1984, 137/1985, y 7/1992).

Iguales consideraciones cabría hacer respecto de aquéllos supuestos en que las actuaciones no hayan sido realizadas por la inspección de tributos sino por otro órgano inspector dotado de poderes especiales, como puede ser por ejemplo la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones. Así lo establece el artículo 27.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de

la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, atribuyendo al “*personal habilitado*” las siguientes facultades de inspección:

a) Acceder a cualquier local, instalación, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas. Asimismo podrán controlar los elementos afectos a los servicios o actividades que los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere esta Ley, de las redes que instalen o exploten y de cuantos documentos están obligados a poseer o conservar.

Lo anterior queda sometido, no podía ser de otro modo, al “*previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial*” a la cual se refiere el apartado 4 del mismo precepto, cuando establece que:

“Si la empresa o asociación de empresas se opusieran a una inspección o existiese el riesgo de tal oposición, el órgano competente de la Comisión deberá solicitar la correspondiente autorización judicial, cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de 48 horas. Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para el ejercicio de las funciones de inspección.”

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha tenido ocasión de incidir en este aspecto, recordando las limitaciones a los poderes inspectores de las autoridades de competencia, con ocasión de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 18 de junio de 2015 (asunto Deutsche Bahn):

“Por otra parte, según reiterada jurisprudencia las facultades de verificación que la Comisión tiene conferidas están perfectamente delimitadas, ya se trate de la exclusión del ámbito de investigación de los documentos que no sean de carácter profesional, del derecho a asesoramiento jurídico, de la confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente o incluso de la obligación de motivación de la decisión de inspección y de la posibilidad de interponer un recurso ante los tribunales de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, apartados 44 a 50).”

Finalmente, sea cual sea el modo en que se obtenga y practique la entrada y registro, no debe olvidarse que cabría plantear la exigencia de garantías no solo en cuanto a la práctica del mismo sino en el posterior desprecinto de los documentos ocupados en tales registros, puesto que puede ser ese el momento en que se afecte al deber de secreto profesional.

D) Motivación suficiente por tratarse de una limitación de un derecho fundamental

Aunque pudiera parecer una obviedad, conviene destacar nuevamente que la resolución judicial sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación parte esencial de la resolución judicial misma (entre otras las SSTC 126/1995, de 25 de julio y SSTC 290/1994, de 27 de octubre).

Ese cualificado requisito de motivación puede que no sea un elemento de oposición a la acción ejecutiva de la intervención judicial pero se erige en sustancial vía de verificación de que la actuación judicial ha operado como «*garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental*» (STC 8/2000, de 17 de enero, que recoge otras muchas anteriores).

E) Falta de consentimiento del interesado

Junto a aquéllos supuestos en que media el delito flagrante, como legitimador de la intervención inmediata de la acción policial y judicial, en aquéllos otros supuestos en que media consentimiento del afectado (bien de forma expresa o tácita) queda excluida la operatividad de las medidas indicadas, toda vez que la expresa voluntad del interesado conduce a una muy diferente apreciación de los intereses en conflicto.

Puede verse en el sentido anterior la sentencia 175/2014, de 3 de noviembre de 2014 del Tribunal Constitucional, (FJ 4) precisamente relativa al 261 LEC en el ámbito civil

“De lo expuesto, se deduce que el demandante de amparo no sólo no reaccionó procesalmente de manera tempestiva ante el Auto que acordaba la entrada y registro domiciliario, sino que se aquietó a que se llevara a cabo el anunciado registro en su domicilio, al no denunciar, conociendo el recurso útil para ello, las supuestas vulneraciones que, advertidas por el demandante de amparo con carácter previo a la entrada, sólo fueron alegadas tras el mismo. Conviene recordar que dicho registro estaba previsto prácticamente con un mes de antelación, pues la diligencia de entrada y registro, señalada para el día 16 de febrero de 2006, fue acordada por el Auto de 16 de enero de 2006 que fue notificado el día 19 del mismo mes y año. No pasó desapercibida esta estrategia procesal al órgano judicial que, en el Auto de 7 de abril de 2006, que resolvía el recurso de reposición interpuesto una vez consumada la entrada y registro, entiende que con la falta de su interposición tempestiva lo que pretendía el recurrente era buscar “el defecto de forma” (esto es, conseguir la nulidad de lo actuado por defecto de forma, ha de entenderse).”

En todo caso no debe olvidarse que el concepto de “*flagrante delito*” no coincide ni siquiera con el “*conocimiento fundado*” que se pueda pretender del mismo. Esta pretendida interpretación sufrió un importante revés constitucional en cuanto a su apreciación por los fuerzas policiales con ocasión de la aplicación del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, en su versión original, luego precisamente por ello declarado inconstitucional. No conviene olvidar que el precepto en cuestión establecía que:

"A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en el domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito".

Pues bien, la Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, del Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del artículo 21.2 de la citada Ley Orgánica, por entender que la amplitud e indeterminación con la que se describe la flagrancia no resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Constitución, a cuyo tenor ninguna entrada o registro en domicilio podrá hacerse sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

Tampoco debe olvidarse que la decisión judicial de entrada y registro domiciliario y consiguiente intervención de tales efectos entra dentro del ejercicio ordinario de la potestad jurisdiccional en el curso de un proceso penal y solo puede ser cuestionada por la vía del error judicial (artículo 293.1 de la LOPJ).

F) La inviolabilidad del domicilio es predicable tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas.

En efecto, pudiendo suscitarse la cuestión de si el hecho de estar establecido como persona física o jurídica mediatizase la protección, cabe indicar (más allá del hecho de que todos los colegiados, individual o colectivamente, gozan de igual consideración protectora ante una entrada y registro, duda que despeja por completo la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 54/2015, de 16 de marzo de 2015):

“habida cuenta que la actuación se produce en el domicilio de una persona jurídica, debe recordarse la doctrina de este Tribunal que afirma que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es extensivo a las personas jurídicas (por todas, STC 137/1985, de 17 de octubre, FJ 3), si bien no existe una plena correlación entre el concepto legal de domicilio de las personas jurídicas establecido por la legislación mercantil, con el del domicilio constitucionalmente protegido, ya que éste es un concepto “de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo” (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2; 160/1991, de 16 de julio, FJ 8, y 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5, entre otras).”

4) ASPECTOS PROCESALES DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO APLICADA A UN DESPACHO DE ABOGADOS

Como hemos indicado más arriba al analizar los artículos 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, existen varios de ellos que, aunque sin llegar a la invocación expresa del supuesto que nos ocupa, pueden sustentar una segunda línea de análisis sobre la entrada y registros considerados, ciñéndose más ajustadamente al ámbito profesional de la abogacía. Veremos como, en un análisis comparado con el que quizás sea el más avanzado de nuestros ordenamientos cercanos al respecto (el de Francia, que examina con detalle cuáles sean las prevenciones aplicables) podremos construir una segunda línea concéntrica de protección y seguridad en torno a la actuación de los abogados.

Recordemos a tal efecto lo que nos dice el 552 Lecr.:

“Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción.”

Este es el precepto del que podemos derivar las siguientes consideraciones:

A) Evitación de inspecciones inútiles.

La inutilidad de la inspección tiene que ver no solo con la evitación de registros de documentos o archivos informáticos que nada tienen que ver con la investigación que legitima la intervención sino, entre otros extremos, con la propia duración de la actuación, la cual –ha declarado el Tribunal Constitucional para toda inmisión en domicilio y vale también para nuestro caso- ha de precisar los aspectos temporales de la entrada, no pudiendo quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración (STC 50/1995, de 23 de febrero).

B) Evitación de perjuicios innecesarios.

Parece ineludible la mención a la obligada atención a que se eviten los perjuicios innecesarios que pueden agravarse por la acción judicial errónea o inidónea. No se olvide tampoco que compete al Colegio instruir o recordar al letrado o letrados afectados por la medida la eventualidad de la obligada protección de los derechos que aquí se invocan, toda vez que interesa a la institución colegial, en último término, disponer cuanto sea necesario para la más efectiva protección del derecho-deber de secreto profesional en una entrada y registro en despacho de abogados de su jurisdicción.

C) Adopción de precauciones complementarias.

Sin llegar a las garantías adicionales en la inspección (de las que hablaremos en tercer círculo concéntrico de protección de la actividad profesional, que desarrollaremos en el último epígrafe), no parece difícil avanzar una serie de precauciones –cuya salvaguarda última debe descansar en el mayor celo posible por parte de los Colegios Profesionales en la exigencia del respeto a los derechos de los colegiados-

Debe tenerse en cuenta que conviene solicitar una lista de las personas físicas o jurídicas cuyos expedientes o documentación pudieran ser objeto de incautación, a fin de velar por el secreto profesional de los terceros clientes que no guardan relación con el objeto del registro. Muy probablemente en tal caso la comitiva judicial informe a los representantes del Colegio que las actuaciones pueden haber sido declaradas secretas y que únicamente podrá tener conocimiento de las mismas el Ministerio Fiscal. En tales casos conviene hacer constar en el acta de las diligencias que, a la vista de estas circunstancias, no se ha podido garantizar la regularidad en la comprobación de las misiones asignadas a los representantes colegiales en todo aquello que hacía referencia a la función para la cual había sido solicitada su asistencia. El acta, una vez más, debe ser el más firme asidero del ejercicio de los derechos de los colegiales, encabezados nada menos que por su máximo representante territorial.

En definitiva, las circunstancias en que se desarrollan este tipo de diligencias no hacen posible en muchas ocasiones que los representantes colegiales presentes lleven a cabo la función de protección del secreto profesional para la cual habían sido emplazados. En tales casos conviene que, con posterioridad (y como se tiene conocimiento ha sido realizado con ocasión de algún supuesto por algún Colegio) la Junta de Gobierno debe adoptar algún tipo de resolución posterior expresando su preocupación por estos hechos así como su firme compromiso con su responsabilidad de salvaguarda del secreto profesional, recordando que el secreto profesional es un derecho y un deber de los Abogados y constituye un valor esencial inherente al ejercicio profesional de la Abogacía, en cuanto supone en último término una garantía en defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.

D) Otras consideraciones de interés.

Se contienen muy importantes reflexiones en la STS/Sala 2ª de 25 de febrero de 2004 (Ponente Martín Pallín), donde se hace eco de que el derecho español, a diferencia del francés, no regula de forma específica en el código procesal penal la forma de llevar a cabo la entrada y, sobre todo, el registro del despacho profesional de un Abogado. Reconoce las referencias al tema en el Estatuto General de la Abogacía Española y apunta que la Asamblea de Decanos de los Colegios de Abogados de España propuso un texto que finalmente no pasó a la ley procesal. Se refiere también el TS a la normativa comparada para decir que ésta no encuentra obstáculos a la entrada y registro, siempre que exista la posibilidad de encontrar datos relevantes para la investigación de delitos cometidos por alguno de los clientes del Abogado o cuando sea el Abogado mismo el sospechoso de haberlos cometido. En el caso enjuiciado se da validez a la entrada y registro efectuado tomando en consideración, no sólo que se había resguardado el secreto profesional respecto de aquéllos clientes que no estaban siendo investigados, sino que el registro se había realizado en presencia de una persona que, siendo también letrado, velaba por los intereses del despacho del que formaba parte.

Mucho más preocupante nos parece la posibilidad, común a todos los supuestos anteriores, de la nueva posibilidad introducida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 588 septies a (añadido por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre) con arreglo a la cual se pueden producir registros remotos sobre equipos informáticos. En tales casos, el juez competente podrá autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un

ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos, siempre que persiga la investigación de ciertos delitos (cometidos en el seno de organizaciones criminales; terrorismo; cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente; contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional; cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación).

5) SINGULARIDADES Y EXIGENCIAS DE LA ENTRADA EN DESPACHO PROFESIONAL: LA PRESENCIA DEL DECANO DEL COLEGIO

A) Exigencia constitucional de “*garantías adicionales en la entrada en despacho profesional*”

Con un claro origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Niemietz versus Germany) cabe estimar dicha exigencia dentro de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (ATC 167/2000, de 7 de julio de 2000). Interesa un análisis profundo de este Auto toda vez que se desprenden de él diversas particularidades que examinaremos muy en detalle, llevándonos cierta luz al caso que nos ocupa, cada vez más particularizado (el subrayado es nuestro):

“... Ninguna lesión del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva puede anudarse a la práctica del registro en el despacho del Abogado coimputado, pues aunque pudiera sostenerse que a la luz de la STEDH en el caso “Niemietz” -de 16 de diciembre de 1992, núm. 75-, el registro en un despacho profesional debe verificarse bajo garantías adicionales a las exigidas en un domicilio de particular, tales como la presencia de un observador independiente cuya función se orienta a preservar el secreto profesional del Abogado, como afirman la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo esta garantía puede considerarse cumplida en el caso examinado, toda vez que estuvo presente en el mismo el Secretario judicial, garante de la fe pública y observador imparcial y ajeno a las partes del proceso....” . (el subrayado también es nuestro)

No parece difícil extrapolar este reconocimiento constitucional (fundado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) de la obligada introducción de “*garantías adicionales*” en la práctica de la entrada y registro en el despacho del profesional de la abogacía.

Así queda reconocido no solo en Niemietz contra Alemania (el primero de los pronunciamientos al respecto, que data como queda dicho de 1992) sino también en otros casos posteriores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como Petri Sallinen y otros v. Finlandia (27 de septiembre de 2005); André y otros v. Francia (24 de julio de 2008) o Xavier Da Silveira v. Francia (21 de enero de 2010). En el caso de Golovan v. Ucrania (5 de julio de 2012) se señala adicionalmente que las medidas de entrada y registro no solo han afectado al secreto profesional sino que han tenido repercusión en su vida privada y en su reputación como abogado, estimando el TEDH que se ha producido tal interferencia en la actividad profesional, considerando que su despacho está cubierto por la consideración de “hogar”.

¿Cuáles han de ser tales garantías adicionales? La falta de positivación de tales mecanismos representa a la vez un problema y una oportunidad. Resulta un problema en la medida en que no hay un elenco de métodos de salvaguarda de los derechos en conflicto. Pero similarmente permite no tener que agotar en un catálogo exhaustivo las posibilidades de atención al profesional cuyo domicilio profesional está siendo objeto de un registro y ofrece la oportunidad de tener en cuenta situaciones cambiantes y nuevas. En la forma expuesta –y en derivación de las ideas que nos deriva nuestro país vecino, más “administrativizado” en la protección (lo que no quiere decir necesariamente que suponga una mayor protección). Sí parece claro que será siempre conveniente la presencia de un “observador imparcial” (que luego examinaremos en nuestro caso bajo la figura del Decano del Colegio de Abogados).

B) La obligada salvaguarda del respeto al secreto profesional.

Reconocido, pues, el respeto al secreto profesional, cabe enfatizar el mismo de modo diáfano: aquí se encuentra sin lugar a dudas el otro aspecto central de nuestro estudio.

Procede aquí recordar el contenido del artículo 542 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (precepto añadido por el artículo único.125 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre), de donde viene el recordatorio último de la obligada atención al secreto profesional:

“1. Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.

2. *En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa.*

3. *Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.”*

Los círculos concéntricos de protección convergen en este precepto. Si la salvaguarda del secreto profesional obliga a guardar secreto de todos los hechos y noticias de que se conozcan por razón de cualquier actuación profesional y no se le puede exigir declarar sobre los mismos, mal se compadecería una violación de tal precepto (recogido en una Ley Orgánica) por la vía indirecta de la entrada y registro del despacho en el que se depositan y ordenan tales documentos o informaciones.

La obtención de pruebas de cargo mediante mecanismos que vulneren tales “*garantías adicionales*” o supongan la vulneración de tal derecho ha de colisionar necesariamente con el último valladar de la presunción de inocencia, haciendo naufragar una acusación sustentada sobre tan débiles fundamentos.

C) El Decano del Colegio como garantía específica de la entrada y registro del despacho de un abogado.

Establece el artículo 32 del Estatuto General de la Abogacía de 2001

“En el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen velando por la salvaguarda del secreto profesional.”

He aquí un muy relevante precepto legitimador de la asistencia del Colegio de Abogados a sus colegiados, nada menos (por lo excepcional de esta posibilidad) mediante la presencia del Decano o

quien le sustituya en la práctica del registro, asistiendo al mismo en obligado cuidado de la “*salv guarda del secreto profesional*”.

Cierto es que nuestra jurisprudencia constitucional no ha elevado el rango esta asistencia (convirtiéndola en un asidero insustituible del derecho fundamental protegido para el caso de que se refiera a un abogado) en “*exigencia constitucional*”; pero tampoco la ha eludido y, en todo caso, se hace eco de ella.

En la forma indicada y continuando con el ATC 167/2000 examinemos su última reflexión:

*“...De otra parte, la presencia del Decano del Colegio de Abogados, como pretenden los recurrentes, no constituye una exigencia constitucional, dado que este Tribunal ha declarado que “[u]na vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la **entrada y registro** se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse..., se mueven siempre en otra dimensión, el plano de la legalidad” (SSTC 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 4; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 3; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 11), ni es exigida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”*

Como se señalara más arriba, la presencia del Decano tiene que ver necesariamente con obligada preservación del secreto profesional de la documentación (física o informática) intervenida, debiendo dar cuenta al juez en persona de cualquier actuación que pueda poner en peligro la misma, consignando igualmente en el acta del registro tales extremos. Es por ello que debe manifestar su oposición (y hacerla constar así en la oportuna acta) si se aprecia que la acción policial ejecutiva de la judicial excede o desborda los tasados límites a que debe ceñirse. No debe perderse de vista la cualificada función que la Ley atribuye a la presencia del Decano así como la relevante eficacia procesal anulatoria que puede derivar de una extralimitación en la obtención de pruebas de cargo (de las que puede acarrear incluso la nulidad completa de la actuación de registro). No se olvide que existen determinados registros en los que –según observaciones allegadas por parte de algunos Colegios- son los medios de comunicación los primeros que acceden a las intermediaciones del local.

En el caso de que se pretenda una actuación fiscal (relativa a la documentación fiscal personal del abogado, por ejemplo) debe extremarse el celo con el que los inspectores que actúen atiendan los deberes derivados de la más superior protección del secreto profesional. En este tipo de actuaciones fiscales resulta mucho más susceptible de atención el citado deber de secreto, toda vez que una acción

indiscriminada contra la documentación del abogado (por ejemplo, haciendo copia de todos los archivos del ordenador) puede convertirse en una violación flagrante de los deberes constitucionales más arriba expuestos.

Y es en este punto donde sorprende una evolución cambiante (y a peor, por desgracia) en la consideración de esta presencia decanal.

Mientras que en la STS (Sala 2ª) de 27 de junio de 1994 se enfatiza que en la entrada y registro en el despacho profesional o bufete de Abogados se deben extremar todas las garantías en cuanto se puede poner en peligro el secreto profesional que constituye el núcleo esencial de la actuación de los letrados (por lo que el EGA exige que la diligencia se ponga en conocimiento del Decano del Colegio para que pueda estar presente o delegar en algún colegiado), para la misma Sala (en STS de 1 de octubre de 1999) la referencia a la presencia del Decano en el registro no se hace en términos tan relevantes, sino que entienden es una obligación de mera cortesía o deferencia. En este caso el TS admitió las objeciones planteadas por la parte recurrente considerando irregular la diligencia practicada pero, no obstante, desestimó el recurso al entender que no se había vulnerado ningún derecho fundamental del afectado.

Como queda dicho, y ello ha de ser tenido en cuenta en todo caso, la ausencia del Decano no supone una afectación de nulidad a lo practicado sin él. Profundizando en la ya antes avanzada STS (Sala 2ª) de 1 de octubre de 1999 se analiza el valor de la presencia del Decano del Colegio de Abogados respectivo en los registros a efectuar en los despachos profesionales de Abogados, señalándose que los registros y el cuadro de garantías de rigurosa observancia en registros domiciliarios o de despachos y otros edificios viene señalado en el art. 569 LECrim. que determina el sistema de garantías exigibles en la obtención e incorporación de pruebas al juicio penal. Deriva de ahí que la presencia del Decano a que se hace referencia en el Estatuto General en modo alguno es requisito habilitante ni garantizador de derechos, debiéndose interpretar como una cortesía o deferencia, y a ello abunda la propia dicción de la norma del art. 32.2, que ni tan siquiera impone su presencia obligatoria, ya que el párrafo se inicia en un potencial que elimina cualquier tipo de exigencia (*"En el caso de que ..."*). Para el TS es claro que no podría ser de otro modo, ya que las obligaciones impuestas a los jueces en relación al proceso, vienen establecidas en la LECrim. en relación al sistema de justicia penal, por lo que se estima que ninguna objeción puede efectuarse al registro efectuado sin la presencia del Decano, cuya legalidad queda garantizada por la presencia del Secretario judicial.

El acta judicial, en definitiva, ha de quedar como reseña legal de lo ocurrido, pudiendo reconstruirse luego con exhaustividad y precisión los hechos en la medida en que hayan sido oportuna y suficientemente recogidos en la misma. En esta línea hay algún Colegio de Abogados (Madrid) que ha llegado a elaborar un Protocolo de asistencia a la diligencia de registro de despacho profesional que, tomando como referencia el modelo francés más arriba descrito, enumera con precisión y detalle toda una serie de prevenciones para la mejor práctica de una diligencia tan grave y lesiva como puede ser la de entrada y registro en tales circunstancias.

Algunas ideas tomadas de tal documento (de relevante interés en este ámbito, obviamente) pasan por postular que la intervención del observador colegial (el Decano o persona en quien delegue) sea activa y no meramente pasiva, pudiendo dejar manifestaciones en el acta; la conveniencia de que la persona que asista, de no ser el Decano, sea algún colegiado especializado y conocedor de la materia penal (con un cierto número de años de experiencia); que tenga presente cuantas opciones de intervención sean más útiles a la protección del secreto profesional; y que se haga detallado seguimiento de las actuaciones posteriores a la realización del registro, cuidando la atención al desprecinto de la documentación intervenida; Mucho más difícil será la práctica de todas estas prevenciones si lo que se permite es un registro remoto por medios informáticos de los que se han descrito más arriba con ocasión del artículo 588 septies a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, supuesto en el cual habrá que dotarse de medios y procedimientos para salvaguardar en todo caso el derecho del colegiado (y del Colegio, en cuanto que garante de la profesión y sus valores y obligaciones), lo que obviamente resultará mucho más difícil, sin que deba renunciarse nunca a ello.

Debe concluirse el estudio, en fin, con una llamada de atención a los responsables colegiales sobre la importancia de reiterar adecuadamente a los colegiados la importancia de cumplir de modo ineludible la obligación, que resulta más de ayuda profesional que puro recordatorio legal, de comunicar suficiente y previsoramente (en la medida que lo permitan las circunstancias) al Colegio y a su Decano la eventualidad del registro, instruyéndose los colegiados en la forma más oportuna para verificar no solo la ineludible exigencia de colaborar con la Administración de Justicia en la práctica del registro sino en la igualmente imprescindible obligación de proteger el secreto profesional a que están legitimados por su cualificada condición de abogado.

6) CONCLUSIONES

Primera: El primer círculo de protección jurídica y presupuesto previo de toda entrada y registro de domicilio, igualmente aplicable al caso de los profesionales de la abogacía y siempre que no medie consentimiento del afectado ni delito flagrante, lo constituye la ineludible existencia de un mandato judicial dictado por juez competente. En todo caso interesa examinar con detalle tales resoluciones en la medida en que deben contener motivación suficiente de la singular acción a emprender cuando se trata de la entrada y registro del despacho de un abogado, a la vista de los demás bienes jurídicos a proteger que convergen en tan cualificado supuesto.

Segunda: Habida cuenta de la consideración restrictiva que debe presidir toda afectación al ámbito de los derechos fundamentales y del carácter integrador que debe guardar el ordenamiento jurídico dentro de sí, nada impide la aplicación de los principios protectores contenidos en la legislación de enjuiciamiento criminal a las demás actuaciones invasivas del despacho del abogado que sean adoptadas por otras jurisdicciones.

Tercera: Bajo la estricta consideración de esta actuación respecto a un despacho de abogados podemos señalar, exigida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la obligada atención de “*garantías adicionales*” en esta clase de registros, tendentes a proteger el secreto profesional cuya salvaguarda compete no solo al abogado como tal sino a toda la Administración de Justicia. Deben en todo caso evitarse y combatirse tanto las inspecciones inútiles como la causación de perjuicios innecesarios, adoptando las precauciones complementarias que demande cada caso.

Cuarta: La presencia del Decano del Colegio de Abogados constituye una salvaguarda procesal adicional, no obstante la cual se procederá al registro. Modular y organizar con suficiencia y antelación tal asistencia ha de permitir mejorar en la específica protección que constituye este cualificado mecanismo de salvaguarda recíproca de los derechos de los abogados y los usuarios de servicios jurídicos. Conviene excitar el celo de los responsables colegiales en el sentido de que su presencia sea activa y no meramente pasiva o de simple asistencia al acto. En tal sentido, habida cuenta de la inexistencia de previsiones legales específicas sobre tal comportamiento, conviene hacer mención en el acta de la diligencia de entrada y registro de cuantos extremos se estimen de interés guiado siempre por el superior interés en la preservación del secreto profesional de la abogacía.