

## LOS HALLAZGOS CASUALES EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Juan Carlos GONZÁLEZ BARRAL

Doctor en Derecho  
Magistrado

Letrado del Tribunal Constitucional

**SUMARIO:** I. ¿QUÉ ES UN HALLAZGO CASUAL?—II. HALLAZGOS CASUALES. CONCEPTO Y PERSPECTIVA DE ANÁLISIS ADOPTADA.—III. HALLAZGOS CASUALES Y PRINCIPIO ACUSATORIO.—IV. HALLAZGOS CASUALES Y PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA.—V. LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO EN EL CASO DE LOS HALLAZGOS CASUALES. EL CONTROL JUDICIAL *EX POST*.—VI. HALLAZGOS CASUALES Y CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD.—VII. UN BANCO DE PRUEBAS.

El presente trabajo constituye un intento de aproximación al tema de los denominados hallazgos casuales en los procedimientos sancionadores del Derecho de la Competencia. Se van a abordar, desde una perspectiva esencialmente constitucional, los requisitos exigibles doctrinalmente para que despliegue efectos probatorios el material hallado casualmente en el curso de la investigación y ajeno al ámbito de la Orden de inspección que sirve de cobertura a dicha investigación. Para ello, vamos a partir de una premisa: que para que esa labor que nos proponemos sea eficaz es necesario deslindar precisamente los derechos fundamentales concernidos: de un lado, el secreto de las comunicaciones o, más frecuentemente, la inviolabilidad del domicilio, que pueden verse afectados cuando se excede, en la búsqueda de material probatorio, el ámbito de la Orden administrativa de inspección o de la autorización judicial exigible en esos casos; por otro lado, se puede ver afectado el derecho a un proceso con todas las garantías cuando el material probatorio obtenido vulnerando algún derecho fundamental sirve de base para la sanción. Se trata de dos tipos de vulneraciones diferenciadas, y es preciso partir de esa primera premisa, en nuestra opinión, para un enfoque correcto de la cuestión que planteamos.

## I. ¿QUÉ ES UN HALLAZGO CASUAL?

El origen del concepto de «hallazgo casual» está en el Derecho penal y es habitual definirlo en términos semejantes a los siguientes: «Aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de una investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos [...] o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando; es decir, cuando al investigar unos determinados hechos delictivos, se describen por casualidad otros distintos o aparecen otros sujetos implicados»<sup>1</sup>.

De esta forma, en primer lugar, el término remite a una discordancia entre el objeto de una investigación, controlada o autorizada judicialmente, y su resultado. En suma, es preciso que exista esa investigación, sobre cuyas características y naturaleza hablaremos más tarde, y que en el seno de la misma se produzca un descubrimiento ajeno a su objeto prefijado.

Como segundo dato relevante, el hallazgo casual ha de producirse en un ámbito investigador que incida en los derechos fundamentales de las personas inquiridas. Si no fuera así, su tratamiento jurídico no tendría especificidad alguna. Expresado en otros términos, es la afectación de un derecho fundamental al practicar una diligencia concreta lo que cualifica el hallazgo casual. Si, por ejemplo, se encuentran joyas ocultas durante un rastreo policial dirigido a la búsqueda de drogas en una zona de descampado, es claro que, aun tratándose de un hallazgo casual en sentido amplio —o, más propiamente, de un descubrimiento ocasional— no existe ninguna peculiaridad respecto a la relevancia del material probatorio logrado, que funciona en ese caso como mera *notitia criminis*. Distinto es el caso en el que ese mismo hallazgo se produce, por ejemplo, en el ámbito domiciliario, porque en ese supuesto la intervención policial ha de limitarse al objeto preciso de la autorización judicial, que será necesaria en tanto que existe una incidencia en derechos fundamentales y se limitará precisamente, en aras del principio de proporcionalidad, al objeto de la investigación prevista.

Así pues, es en ese caso de discordancia entre el objeto de la autorización judicial que permite la incidencia en el derecho fundamental y el objeto materialmente encontrado —nuevo— en el ámbito de la investigación desarrollada, cuando puede hablarse propiamente de hallazgos casuales en el sentido jurídico penal del término.

<sup>1</sup> S. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, «Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2011.

## II. HALLAZGOS CASUALES. CONCEPTO Y PERSPECTIVA DE ANÁLISIS ADOPTADA

Frecuentemente se suele explicar la teoría de los hallazgos casuales partiendo de la delimitación del objeto del proceso penal<sup>2</sup>. Ese objeto determinaría el contenido de la investigación, de forma que los hechos que se revelen durante la misma que fueran ajenos a él deberían quedar al margen del proceso. En este sentido, las diligencias de investigación se ordenan exclusivamente al descubrimiento y análisis de los hechos que constituyen la *notitia criminis* que da origen al proceso, por lo que los hallazgos ajenos a esos elementos fácticos permanecerían extramuros.

Sin embargo, al menos desde mi punto de vista, vincular el tratamiento jurídico de los hallazgos casuales con el objeto del proceso da lugar a una visión demasiado procesalista del problema. Además, si ese enfoque puede tener razón de ser en el ámbito penal, no resulta útil en el procedimiento administrativo sancionador. Entiendo que no es tanto el objeto del proceso penal —o de la investigación administrativa en el caso de los procedimientos sancionadores— lo que determina el alcance de lo que deba considerarse un hallazgo casual a nuestros efectos. Ciertamente, el objeto del proceso penal, o del procedimiento sancionador, ha de servir de marco para delimitar el alcance de la resolución judicial autorizatoria de la inmisión en el derecho fundamental, de forma que no se podrá autorizar judicialmente una incidencia en un derecho si de lo que se trata es de obtener material probatorio ajeno al proceso. Pero puede suceder que esa autorización judicial circunscriba el alcance de la investigación, reduciendo su ámbito respecto de lo que con carácter general constituye el objeto del proceso. En este sentido, el objeto del proceso y el ámbito de la resolución judicial que autoriza la concreta diligencia no son coextensos.

En mi opinión, el análisis de los hallazgos casuales tiene que ver con dos cuestiones de alcance constitucional y esa es la perspectiva desde la que vamos a abordar este trabajo. Puede suceder en primer lugar, que esos hallazgos se pretendan hacer valer, como nueva prueba de cargo, en el mismo procedimiento sancionador en el que se autorizó la práctica de la diligencia que condujo a su aparición. En ese caso, lo relevante es determinar de qué forma opera el principio acusatorio, como luego veremos. Independientemente de ello, el tema del hallazgo casual también debe ser confrontado con otros derechos fundamentales; en particular, con: *a*) el derecho a un procedimiento con todas las garantías, cuando de lo que se trata es del valor probatorio del hallazgo casual en el proceso, y *b*) los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad; ambos pueden resultar afectados si el hallazgo se descubre sin la suficiente cobertura, es decir, sin la necesaria autorización judicial. Tanto el caso *a*) como el *b*) el problema se plantea

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, I. NADAL GÓMEZ, «El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2105, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 40, septiembre de 2016, pp. 13 y ss.

tanto en los casos en los que el hallazgo casual opera en el mismo procedimiento en el que se descubre, como en aquellos otros en los que da lugar a la apertura de un nuevo procedimiento por hechos distintos a los inicialmente imputados. Como hemos dicho, la posible colisión con el principio acusatorio solo se plantea cuando el descubrimiento ocasional se pretende hacer valer en el mismo procedimiento, ya sea alterando la calificación jurídica de los hechos, ya sea como una mera aportación de material probatorio adicional que no varía la calificación jurídica inicial.

### III. HALLAZGOS CASUALES Y PRINCIPIO ACUSATORIO

El hecho de que se descubra nuevo material fáctico de manera imprevista en el curso de un procedimiento, al hilo de la práctica de una diligencia dirigida a otro propósito, puede incidir en el principio acusatorio, concebido en este caso como aquel que obliga a confrontar al encartado con los hechos imputados y con la base probatoria que los sustenta.

En primer lugar, es importante destacar que el fundamento último del principio acusatorio radica en la necesidad de preservar la imparcialidad del juez. En este sentido, la STC 54/1985, de 18 de abril, afirma que lo que se pretende es «alcanzar la mayor independencia y equilibrio del juez evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones en relación con la culpabilidad o inocencia». Esta perspectiva resulta determinante para la tesis que aquí vamos a sostener.

De entre las varias manifestaciones del principio acusatorio, nos interesa destacar, con la STC 83/1992, de 28 de mayo, FJ 2.º, la vertiente que se identifica con la exigencia de que el encartado sepa la imputación que se le formula. En los términos de la sentencia mencionada, el principio acusatorio «presupone que la acción sea previamente formulada y conocida, así como el derecho del imputado a ejercer su defensa, y consiguientemente, la posibilidad de contestar o rechazar la acusación».

Antes de continuar el estudio del principio acusatorio en relación con los hallazgos casuales hay que despejar la cuestión de su aplicabilidad al ámbito de las sanciones administrativas, ya que dogmáticamente se trata de un tema radicado en el campo penal. A este respecto, cabe recordar que la STC 160/1994, de 23 de mayo, es clara al afirmar que «la vigencia del principio acusatorio respecto del procedimiento administrativo (sancionador) se predica de este, como manifestación que es del ejercicio del *ius puniendi* del Estado». En este mismo sentido, la STS de 3 de septiembre de 1988, establece que entre los principios del Derecho penal aplicables al procedimiento administrativo sancionador «se encuentra, como garantía del administrado, el acusatorio de tal forma que la sanción que hay de imponerse viene delimitada en su aspecto fáctico por los recogido

en el pliego de cargos, que, de esta forma, actúa a modo de calificación definitiva».

Esa sentencia nos pone ya sobre la pista de la relación entre los hallazgos casuales y la posible vulneración del principio acusatorio. No solo se trata de que el encartado haya de conocer los hechos que se le imputan sino que es necesario que ese conocimiento se produzca en el momento procesal adecuado, de forma que tenga posibilidad de reacción frente a ellos. Es decir, para apreciar la posible vulneración del principio acusatorio por la aparición de hechos nuevos es necesario concretar el momento en que el que se fijan con carácter definitivo los hechos imputados al encartado. El Tribunal Constitucional viene admitiendo que en los procedimientos sancionadores administrativos no se concreten definitivamente esos hechos en la misma orden de inicio, lo que significa que podrán añadirse otros nuevos durante la tramitación. Para que esa modificación, o ampliación fáctica, no implique una vulneración del principio acusatorio, lo relevante es que el encartado tenga «conocimiento tempestivo y completo conocimiento de la imputación a través del pliego de cargos» (SSTC 120/1996, de 8 de julio, FJ 7.º, y 3/1999, de 25 de enero, FJ 7.º). Ello supone que no es exigible la determinación estricta de los hechos desde el momento mismo de la incoación del procedimiento, lo que abre la puerta a la aparición de hallazgos casuales durante el proceso y a su operatividad probatoria.

La STC 3/1999, que acabamos de citar, afirma literalmente que «de un examen de las actuaciones se deduce que, en efecto, como se sostiene en la demanda de amparo, en el Acuerdo administrativo de incoación del expediente disciplinario no se concretaban ni se especificaban cuáles eran los hechos ni la infracción que constituían su objeto, y solo se hacía una vaga y genérica referencia a la conducta del demandante. Sin embargo, es evidente que tal indeterminación inicial se concreta inmediatamente en el pliego de cargos, en el cual se describen los hechos y se califica jurídicamente la conducta que se imputa al demandante de amparo, seguidamente contestado en el pliego de descargos. Por consiguiente, puede deducirse que la originaria indefinición fáctica y jurídica no ha supuesto un desconocimiento de los hechos que determinan la incoación del expediente disciplinario, ni ha originado al demandante, que tuvo conocimiento tempestivo y completo de la imputación, una indefensión con relevancia constitucional»<sup>3</sup>.

El momento relevante, pues, para la fijación de los hechos imputados no es la orden de inicio. Debe efectuarse en un momento posterior, nor-

<sup>3</sup> El Reglamento del Procedimiento Sancionador viene a recoger entre el contenido esencial del acuerdo de inicio la exposición de «los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder» partiendo así de la idea de que en ese momento ya hay una acusación formal. Pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha relativizado ese postulado, afirmando que el derecho a ser informado de la acusación en el procedimiento sancionador solo surge «cuando el expediente lo permita por haber llegado a un momento en que las imputaciones puedan ya formularse con fundamento sólido» (STS de 27 de febrero de 2003). Véase L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Cizur Menor, Thompson Civitas, 2007, p. 128.

malmente identificado con el Pliego de cargos. Y hay que recordar que el Pliego de cargos, de ordinario es el resultado de una investigación llevada a cabo por la Administración con carácter previo. En el concreto ámbito de los procedimientos sancionadores en el ámbito del Derecho de la Competencia nos encontramos con el art. 50 de la Ley de Defensa de la Competencia, que fija el siguiente iter:

- «1. La Dirección de Investigación, una vez incoado el expediente, practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades.
2. [...]
3. Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes».

Es decir, la secuencia sería: incoación del expediente, instrucción después y, por último, fijación de hechos en el pliego. Hay posibilidad de evolución de lo fáctico durante el procedimiento sancionador, pero solo hasta la notificación del Pliego de Cargos.

De esta forma, durante la investigación los hallazgos casuales producidos permiten añadir nuevos datos fácticos al proceso, al menos hasta que se redacte el pliego de concreción de hechos, sin que ello suponga merma del principio acusatorio. Esa afirmación nos permite llegar a una primera conclusión: en principio, la delimitación inicial del objeto del proceso sancionador no impide la aportación de material probatorio obtenido por descubrimientos ocasionales o hallazgos casuales. La flexibilidad de la que el Tribunal Constitucional ha dotado a los procedimientos sancionadores en cuanto al momento de fijación de los hechos imputados implica que la aparición de hechos nuevos —hallazgos casuales— no vulnera el principio acusatorio.

Desde una primera perspectiva, pues, las limitaciones que impone el principio acusatorio a la admisión de hallazgos casuales en el ámbito sancionador se circunscriben a la prohibición de aportación, del material obtenido, una vez notificado el Pliego de concreción de hechos. Hasta ese momento, existen amplias posibilidades de aportación de nuevo material. Es en ese momento cuando ha de ponerse en conocimiento del encartado.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es bastante confusa en relación con el derecho que resulta lesionado cuando se utiliza en un procedimiento sancionador de la competencia material probatorio ajeno al objeto de la inspección. Como luego veremos, son varias las sentencias de referencia: *Nexans*, de 14 de noviembre de 2012, en el asunto T-135/09, *Nexans France SAS y Nexans SA c. Comisión Dow Benelux/Comisión*; de 17 de octubre de 1989, asunto 85/87, *Deutsche Bahn A. G. y otros/Comisión*; de 6 de septiembre de 2013, asuntos acumulados T-289/11, T-290/11 y 521/11; finalmente, la de 15 de octubre de 2002, asuntos acumulados C-238/99 O, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P y C-254/99 P.

Todas ellas parten de que no se puede hacer valer en una investigación concreta las pruebas encontradas en el curso de esa investigación que no tengan que ver con las actividades que dan lugar a la inspección<sup>4</sup>.

La STJCE 39/1990, asunto *Dow Chemical* afirmaba que «esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una obstrucción por parte de las empresas afectadas». De esta forma, parece que se legitima una actuación amplia de la Comisión en el desarrollo de la inspección. De ello puede deducirse, y así lo hace el Tribunal Supremo, que no es necesaria una estricta interpretación de los límites de la CNC al inspeccionar en el marco de una investigación.

Sin embargo, es cierto que otras sentencias parecen llegar a una solución menos permisiva con las facultades administrativas de inspección. En concreto, la Sentencia del TGUE, de 14 de noviembre de 2012, en el asunto T-135/09, *Nexans France SAS y Nexans SA c. Comisión*, paras. 63-66:

«63. En segundo lugar, el ejercicio de esta facultad de búsqueda de elementos de información diversos que no sean aún conocidos o no estén todavía plenamente identificados permite a la Comisión examinar determinados documentos de carácter profesional de la empresa destinataria de una decisión adoptada en virtud del artículo 20, apartado, del Reglamento núm. 1/2003<sup>5</sup>, aun cuando ignore si están comprendidos en las actividades objeto de dicha decisión, con el fin de verificar si es así y evitar que la empresa de que se trate le oculte elementos de prueba pertinentes para la investigación con el pretexto de que no están comprendidos en el objeto de la inspección.

64. No obstante, a pesar de lo anterior, cuando la Comisión realiza una inspección en los locales de una empresa en virtud del artículo 20, apartado 4, del Reglamento núm. 1/2003, está obligada a limitar su indagación a las actividades de dicha empresa relacionadas con los sectores indicados

<sup>4</sup> Sin ánimo de pronunciarnos sobre la aplicabilidad de esa doctrina a las inspecciones realizadas por las autoridades españolas, cuestión debatida cuando de lo que se trata es de las garantías de los derechos fundamentales consagradas en nuestra Constitución, sí puede asumirse, al menos, un cierto «efecto de irradiación» de esa doctrina. En cuanto a la interacción entre Derecho europeo de la competencia y Derecho español, véase J. GULLÉN CARAMÉS, «La compleja interacción entre el Derecho Comunitario y el Derecho nacional en la aplicación del Derecho de la Competencia: a propósito de los programas de clemencia», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 59, julio/septiembre de 2016.

<sup>5</sup> «Las empresas y asociaciones de empresas estarán obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. La decisión indicará el objeto y la finalidad de la inspección, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en el art. 23 y en el art. 24, así como al derecho a recurrir contra la decisión ante el Tribunal de Justicia. La Comisión tomará estas decisiones después de consultar a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección».

en la decisión por la que se ordena la inspección y, por consiguiente, una vez que ha comprobado, tras efectuar su examen, que un documento o una información no están comprendidos en dichas actividades, debe abstenerse de utilizarlos para su investigación.

65. En efecto, si la Comisión no estuviera sujeta a dicha limitación, en primer lugar, en la práctica, cada vez que tuviera indicios que le permitieran sospechar que una empresa ha infringido las normas sobre competencia en un ámbito concreto de sus actividades, podría realizar una inspección sobre la totalidad de dichas actividades cuyo fin último sería detectar la existencia de cualquier infracción de las citadas normas sobre competencia que la empresa pudiera haber cometido, lo que resulta contrario a la protección de la esfera de actividad privada de las personas jurídicas garantizada como un derecho fundamental en una sociedad democrática.

66. Además, la obligación de la Comisión de indicar la finalidad y el objeto de la inspección en las decisiones adoptadas en virtud del artículo 20, apartado 4, del Reglamento núm. 1/2003 tendría un objetivo meramente formal si estuviera definida según sugiere la Comisión. La jurisprudencia según la cual dicha obligación tiene principalmente por objeto permitir a las empresas afectadas comprender el alcance de su deber de colaboración se vulneraría en la medida en que dicha obligación se extendería sistemáticamente a todas las actividades de las empresas de que se trate».

Por su parte, la STJUE de 15 de octubre de 2002, ya citada, indica que:

«La Comisión no introdujo de oficio, en los presentes asuntos, los propios documentos que había obtenido en otro, sino que volvió a obtener dichos documentos en el marco de mandatos de inspección relativos en particular, al PVC».

Desde nuestro punto de vista, en lo que concierne a nuestro objeto de estudio hay dos elementos clave en la doctrina del tribunal europeo. El primero radica en la importancia que se da a la exigencia de que los elementos encontrados en el ámbito de una inspección concreta ajenos al objeto de la misma no sean utilizados en el seno de esa inspección. Lo que se sostiene es que ese material solo permite incoar otro procedimiento de investigación, con la finalidad de garantizar la verosimilitud de esas informaciones. El segundo dato clave es que de no hacerse así, lo que se lesiona es el «derecho de defensa de las empresas» y, eventualmente, el secreto profesional.

Esas dos conclusiones se revelan de manera clara en la Sentencia *Deutsche Bahn*, ya citada, cuyos apartados 124 y 125 nos parecen bastante reveladores al respecto:

«124. A continuación, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado ya que la información obtenida durante las inspecciones no debe utilizarse para fines distintos de los indicados en la decisión de inspección. En efecto, dicho requisito pretende preservar, además del secreto profesional, el derecho de defensa de las empresas. Este derecho resultaría gravemente dañado si la Comisión pudiese invocar contra las empresas pruebas obtenidas durante una inspección pero ajenas al objeto y finalidad de la misma (véase, con respecto al Reglamento núm. 17, la Sentencia del Tri-

bunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, *Dow Benelux/Comisión*, 85/87, rec. P. 3137, apdo. 18).

125. Sin embargo, no cabe deducir de ello que la Comisión tenga prohibido incoar un procedimiento de investigación a fin de verificar la exactitud de informaciones de las que tuvo conocimiento incidentalmente en una inspección anterior o de completar tales informaciones, en el supuesto de que las mismas indicasen la existencia de conductas contrarias a las normas sobre competencia del Tratado (véase con respecto al Reglamento núm. 17, la Sentencia *Dow Benelux/Comisión*, apdo. 124 *supra*, apdo. 19)».

En nuestra opinión, desde la perspectiva española el estándar a aplicar en estos casos es el relativo al principio acusatorio, más que el correspondiente al derecho a la defensa de las empresas. Frente a la doctrina europea, el hallazgo casualmente obtenido puede emplearse como material probatorio en el mismo proceso, pero con las garantías propias de aquel principio, especialmente en lo relativo al momento de aportación al proceso, al conocimiento del encartado y a su posibilidad de reacción. Todo ello, por supuesto, excepto en los casos en los que el título habilitante de la inspección haya sido una autorización judicial necesaria por incidir la actuación administrativa en derechos fundamentales; en este último caso el tema plantea una complejidad adicional que será analizada más tarde.

El siguiente problema a analizar se centra, en cuanto ahora importa, en el valor probatorio del material obtenido, pero no ya porque sea ajeno al proceso, sino porque se haya logrado con vulneración de derechos fundamentales. Analizaremos este aspecto en apartados sucesivos.

#### IV. HALLAZGOS CASUALES Y PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA

Hemos llegado a la conclusión de la aparición de nuevo material probatorio durante la investigación no tiene porqué vulnerar el principio acusatorio, aunque ese material de lugar a nuevos hechos imputables al encartado y no consignados en la Orden de inicio del expediente.

El problema se desplaza entonces a los límites de la instrucción del procedimiento sancionador. En particular a las constricciones que impone el hecho de que las diligencias a practicar incidan en derechos fundamentales. En esos casos, será necesaria la autorización judicial.

Conviene precisar, sin embargo, que el problema tiene una doble faz. En primer lugar, la obligación de que la prueba sea obtenida por medios lícitos—esto es, en cuanto ahora importa, sin lesión alguna de derechos fundamentales—. De ordinario, son dos los derechos fundamentales del encartado que pueden resultar potencialmente afectados durante la investigación administrativa: el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE)<sup>6</sup> y

<sup>6</sup> «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en casos de flagrante delito».

el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)<sup>7</sup>. El segundo aspecto o vertiente del problema es el relativo a la relevancia que en el seno del proceso pueda darse a esa prueba ilícitamente obtenida. Para ello, conviene recordar que el art. 11.1 LOPJ determina que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». En este caso, el derecho fundamental que podrá resultar lesionado el derecho a un juicio con todas las garantías del art. 24.2 CE.

Aunque ambos aspectos pueden ser separados dogmáticamente, tienen una relación evidente. En este sentido, resulta aclaratoria la STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 1.º, que manifestó que existía necesariamente una «consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal de [un] derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal».

## V. LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO EN EL CASO DE LOS HALLAZGOS CASUALES. EL CONTROL JUDICIAL *EX POST*

Aunque en hipótesis pudiera darse en los procedimientos sancionadores en el ámbito del Derecho concurrencial una lesión del derecho al secreto de las comunicaciones, lo habitual es que sea el derecho a la inviolabilidad del domicilio el que puede verse afectado, atendido sobre todo a la naturaleza de la investigación en esos casos y el alcance de los poderes concedidos a los inspectores en la Ley de Defensa de la Competencia.

Por ello, es necesario precisar el alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, que son, por esencia, las protagonistas de Derecho sancionador de la Competencia.

Nuestra doctrina constitucional ha venido reconociendo ese derecho a las personas jurídicas desde antiguo. La STC 137/1985, de 17 de octubre, declaró, aunque sobre la base de interpretación muy discutida, que nuestro texto constitucional «al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas [...] pudiendo entenderse que este derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene también justificación en el supuesto de personas jurídicas, y posee naturaleza que en modo alguno repugna la posibilidad de aplicación a estas últimas, las que —suele ponerse de relieve— también son titulares legítimos de viviendas, las que no pueden perder su carácter por el hecho de que el titular sea uno u otra, derecho fundamental que cumple su sentido y su fin también en el caso de que se incluyan en el círculo de sus titulares de este derecho fundamental a personas jurídicas u otras colectividades».

<sup>7</sup> «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

Otra línea jurisprudencial ha venido a matizar la indeterminación doctrinal que, respecto del concepto de domicilio protegido de las personas jurídicas, podía derivarse de esa sentencia y que encontraría también apoyo en el hecho de que el art. 18.2 CE no se refiere a la vivienda sino, más ampliamente, al domicilio. Esa segunda línea doctrinal parte de que la protección del domicilio es instrumental respecto al derecho a la intimidad. De esta forma, no todo local puede ser entendido como domicilio a efectos de su protección *ex art. 18.12 CE*. Como afirma la STC 228/1997, de 16 de diciembre, «no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales. Por esta razón tal concepto y su correlativa garantía constitucional no es extensible a lugares cerrados que, por su afectación —como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales— tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad», lo que implica, entre otras consideraciones, que la inviolabilidad del domicilio no protege los derechos dimanantes de la propiedad, la posesión o la mera disposición de un inmueble, sino que está ligado con el derecho a la intimidad.

Ciertamente, esa afirmación ha de ser cohonestada con la doctrina dimanante de la STC 137/1985, ya citada, que reconocía el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, aunque desde luego resulta difícil llegar a una compatibilidad plena, ya que el derecho a la intimidad corresponde esencialmente a las personas físicas. En fin, ese es el debate en el que permanentemente se mueve el Tribunal Constitucional en esta materia: las personas jurídicas son titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero de una forma distinta a la de las personas físicas. De esta forma la protección 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 documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados del conocimiento de terceros» (STC 69/1999).

Como hemos anticipado antes, en cualquier caso, una vez reconocido el derecho a la inviolabilidad domiciliaria a las personas jurídicas, cualquiera que sea la base doctrinal que lo sustente, es necesario conocer el alcance de las facultades de quienes actúan en ejercicio de la inspección. Para ello resulta preciso, en primer lugar, determinar el objeto concreto de la inspección, delimitada por la propia orden administrativa que la acuerda y por el Auto judicial autorizador, en aquellos casos, lógicamente, en los que se vaya a incidir en el derecho fundamental mencionado.

Como pone de manifiesto GUILLEN CARAMÉS<sup>8</sup>, las SSTC 41/1988 y 14/2001, han fijado la siguiente doctrina general respecto del alcance y ámbito de las inspecciones a practicar:

---

<sup>8</sup> GUILLEN CARAMÉS y CUERDO MIR (dirs.), «Inspecciones y protección de derechos fundamentales en el Derecho de la Competencia», en *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters, 2015, p. 324.

- a) Los documentos aprehendidos han de ser útiles para esclarecer los hechos investigados.
- b) Dichos documentos no pueden ser obtenidos en violación de los derechos fundamentales ni del resto de las garantías constitucionales, so pena de ilicitud de dicha prueba.
- c) La finalidad de la entrada y registro en domicilio ha de estar referida únicamente a los hechos que puedan constituir infracción administrativa.
- d) Es necesaria un test de proporcionalidad que tenga en cuenta la gravedad de los hechos.
- e) La inspección y registro tiene como finalidad la búsqueda de pruebas de tales hechos.
- f) La causa justificativa de la entrada y registro es la investigación de una infracción administrativa.

Sentado lo anterior, el problema que esencialmente se plantea es el relativo a la conducta a desplegar para que un hallazgo casual no incluido en el ámbito de la Orden de inspección o en el Auto autorizador pueda ser incorporado al proceso como prueba con plenas garantías.

La cuestión que se suscita es la de si se es exigible un control *ex post* del hallazgo casual por parte del juez autorizante de la entrada en el domicilio. Así parecería deducirse de algunas sentencias del Tribunal Constitucional a tenor de las cuales se exige que «en el momento en el que se produzcan hallazgos casuales, dicho hito se ponga en inmediato conocimiento del Juez que autorizó la entrada para que este decida, en función de la información proporcionada, su autoriza a seguir dicha nueva línea de investigación». Se pueden citar en este sentido, las SSTC 41/1998, de 24 de febrero, y 49/1996, de 26 de marzo, el Auto 188/2004, de 26 de mayo, y otras resoluciones del Tribunal Supremo que se citan.

En mi opinión, la falta de control *ex post* ni implica vulneración alguna y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, se ha de recordar es conceptualmente es diferente la lesión que se puede producir en la inviolabilidad del domicilio y el alcance o valor probatorio de la documentación lograda con merma de ese Derecho. No conviene mezclar los efectos de la doctrina de los «hallazgos casuales» como criterio de legitimación de la prueba y como parámetro de legalidad de la inspección. Habría que distinguir cuidadosamente los efectos de esa doctrina en ambos casos.

El análisis de la legalidad ordinaria y la propia doctrina constitucional permiten discernir con claridad ambas cuestiones. A título de ejemplo, la STC 22/2003 en la que se resolvía un recurso de amparo presentado por un sujeto que había sido condenado por un delito de amenazas y por otro de tenencia ilícita de armas. La prueba en la que se sustentaba la condena por este segundo delito se había obtenido en un registro en el que el STC declaró la vulneración del art. 18.2 CE, por razones que no son del caso. La sentencia afirma que ello no se proyecta necesariamente sobre la posi-

bilidad de aportación del material probatorio habido en ese registro, en este caso una pistola detentada sin licencia. En concreto, se dice que «la inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece en ese caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión laguna del derecho fundamental (véase STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5.º) y que obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia del mandamiento judicial».

Es decir, la eventual vulneración del art. 18.2 CE no implica necesariamente la imposibilidad de utilizar el material probatorio habido en el registro. También cabría decir que el hecho de que ese material probatorio haya dado lugar, indebidamente, a otro expediente sancionador no supone que el registro originariamente practicado haya vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Son dos lesiones autónomas. Esa entrada y registro han de analizarse de manera autónoma, comprobando en primer lugar, si se ha acomodado a lo establecido en el Auto autorizatorio. Especialmente en casos en los que el material probatorio obtenido, no se visualizado en el mismo acto del registro, sino cuando este ya ha finalizado, como sucede, por ejemplo, con los correos electrónicos que solo se analizan después del volcado de todo los datos de los equipos de la empresa inspeccionada. En ese caso, se podría haber utilizado una prueba ilícitamente obtenida, lo que implica la lesión del art. 24.2 CE.

Por otro, la doctrina constitucional que hemos citado está referida mayoritariamente a casos de intervención de comunicaciones telefónicas en el ámbito penal. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado (s.e.u.o) sobre la necesidad de control judicial *ex post* en los casos de hallazgos casuales en autorizaciones de entrada.

Algunas de las sentencias que hemos citado, en la que se exige un control judicial *ex post*, están referidas a casos penales en los que el hallazgo casual se produce en el marco de una intervención telefónica (en concreto, la STC 49/1996 y el ATC 188/2004). Así, se afirma que «la ausencia de control por el juez instructor de la ejecución de la medida de intervención telefónica provocó la vulneración del principio de proporcionalidad, en cuanto criterio de interpretación inferido de los preceptos constitucionales en juego, toda vez que, al desconocer los hechos que realmente se estaban investigando, no pudo efectuar ponderación alguna entre el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (*ex art. 18.3 CE*) que la medida de intervención telefónica suponía, y la finalidad perseguida con la misma; no pudo considerar el juez si resultaba adecuada a la naturaleza de los hechos». En esos casos, se había solicitado una prórroga en la medida ya acordada, y esa prórroga fue autorizada sin saber el órgano judicial que era para la investigación de otro delito distinto. Sin embargo, en los casos que estamos analizando son distintos: se refieren, por ejemplo,

a supuestos en los que no se solicitó una nueva autorización de entrada en domicilio sino que el hallazgo casual se produjo al comprobar el contenido del volcado de los ordenadores, días después de finalizar el registro domiciliario.

El secreto de las comunicaciones, al que se refieren esas resoluciones, se protege con un sentido e intensidad distintos, por lo que, aunque fueran de aplicación las previsiones de dichas sentencias al ámbito sancionador administrativo, no podría hacerse una traslación mimética de las afirmaciones en ella contenidas a los supuestos en los que la vulneración alegada es la inviolabilidad del domicilio. La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha remarcado las diferencias entre ambos géneros de afectación de derechos fundamentales (por todas, la STS 48/2013, de 23 de enero, que se transcribe parcialmente unos párrafos más abajo).

Parece claro que las diligencias de intervención en las comunicaciones electrónicas y telemáticas suponen una injerencia en la intimidad de las personas superior a la que produce la entrada y registro domiciliarios. Por dos razones: la primera, que el sujeto que la padece desconoce que está siendo sometido a ninguna investigación, de modo que la intimidad personal se revela sin que se tenga conciencia de ello. Por otro lado, a diferencia de la entrada y registro, la intervención telefónica o electrónica, de ordinario, se prolonga a lo largo de periodos de tiempo más o menos dilatados. No así el registro en domicilio, que es una medida de «tracto único». Prueba de esta mayor gravedad es que la Ley 13/2015, ha introducido en la LECrim una limitación en cuanto a los delitos cuya investigación permite las injerencias telefónicas, telemáticas y electrónicas: delitos dolosos castigados con pena mínima de tres años, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo. No existe esta limitación cuando de los que se trata es de autorizar una entrada y registro domiciliarios.

La diferencia del régimen de los hallazgos casuales cuando se producen en caso de una intervención de las comunicaciones y cuando surgen en el curso de una entrada y registro domiciliaria ha sido refrendada por la Ley 13/2015, de modificación de la LECrim, que no ha dotado de regulación legal ni directa ni indirecta a los descubrimientos ocasionales producidos en el marco de la diligencia de entrada y registro, salvo su inclusión en un nuevo Capítulo I, dentro del Título VIII. *De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE*, y que con la rúbrica «de la entrada y registro en lugar cerrado» acoge los arts. 545 a 572. Pero el contenido de estos últimos no ha variado, mientras que sí se ha introducido un nuevo art. 579 bis sobre «utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales» en los casos de detención y apertura de la correspondencia.

En resumen, lo establecido en las resoluciones constitucionales y del Tribunal Supremo respecto a los hallazgos casuales en casos de escuchas telefónicas no es de aplicación al caso de lo obtenido por azar en el curso de un registro domiciliario autorizado judicialmente.

Caso distinto es el analizado por la STC 41/1998, de 24 de febrero, que, aunque referida al ámbito penal, ha aplicado la doctrina que hemos mencionado nacida en el ámbito de las escuchas telefónicas. La mencionada sentencia razona de la siguiente forma:

«Estos datos fácticos conducen a negar que la entrada y registro en la sede social de la empresa Corral de la Parra vulnerara la garantía jurisdiccional del derecho a la inviolabilidad del domicilio que enuncia el art. 18.2 CE.

En primer lugar, que la instrucción en cuyo seno fue adoptado el Auto judicial de entrada y registro hubiera nacido de una *notitia criminis* procedente de un sumario distinto, y a raíz de una conversación telefónica interceptada al indagar otro delito, como era el de tráfico de drogas, no conlleva su invalidez. Que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros hechos delictivos distintos, que sean descubiertos por casualidad al investigar aquellos. Los funcionarios de policía tienen siempre el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuvieren conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim y ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 7 de junio de 1993, 15 de julio de 1993, 28 de abril de 1995 y 4 de octubre de 1996). La demanda de amparo no ofrece razón o indicio alguno que pueda llevar a pensar que los funcionarios policiales hayan burlado las garantías constitucionales de los derechos fundamentales afectados por su actuación: no se aprecia ninguna divergencia entre las autorizaciones judiciales concedidas y las investigaciones practicadas por la policía, ni tampoco se sustrajeron al conocimiento del Juez que había autorizado la intervención los resultados de la misma (STC 49/1996, FJ 4.º).

Por las mismas razones, resulta indiferente que el mandamiento judicial hubiera sido otorgado para investigar un delito fiscal, distinto al delito de prevaricación por el que posteriormente fue acusado y condenado el actor utilizando como prueba de cargo algunos de los papeles intervenidos en el registro. Los policías que efectuaron el registro incautaron documentación que podía ser útil para esclarecer los hechos investigados, lo que la demanda de amparo no disputa. Si, al analizar el contenido de los documentos y papeles intervenidos descubrieron indicios criminales distintos a los investigados, su deber era ponerlos en conocimiento de la autoridad competente (arts. 259 y 284 LECrim). Se da la circunstancia, además, de que la información hallada como consecuencia del registro era de interés para procedimientos que se encontraban abiertos ya en el Juzgado, y con los que terminó siendo acumulado el seguido por delito fiscal, por lo que no hay traza de vulneración de ningún derecho fundamental. Solo si la obtención de esos documentos hubiera sido en fraude de las garantías constitucionales del derecho a la inviolabilidad del domicilio, hubiera cabido cuestionar su posterior utilización como medio de prueba en el proceso penal contra el actor. Pero la demanda de amparo no razona, ni menos ofrece un principio de prueba, tendente a mostrar algún abuso en ese sentido, a pesar de que es carga del recurrente razonar convincentemente su existencia.

34. En segundo lugar, el registro fue llevado a cabo por la policía de conformidad con un Auto judicial que lo autorizaba. El Auto indicaba expresamente su finalidad (intervenir cuantos documentos pudieran tener interés para esclarecer el delito fiscal objeto de la investigación) y se encontraba

suficientemente motivado, al indicar la necesidad de determinar las operaciones mercantiles realizadas con una sociedad, HRT, sobre la que recaían distintos indicios de criminalidad que obraban en las actuaciones, sin que hasta ese momento se hubiera podido identificar a las personas físicas involucradas, e incluso existiendo datos que mostraban que se estaban ocultando o destruyendo pruebas. El Auto ponderó los intereses en conflicto para salvaguardar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, con una motivación sin duda lacónica, pero adecuada para hacer patente el motivo de la autorización judicial, y para acotar el alcance y finalidad de la interferencia pública en el ámbito del domicilio (SSTC 290/1994, FJ 3.º, y 126/1995, FFJJ 3.º y 4.º)».

La simple exposición del contenido de esta sentencia, pone de relieve su inaplicabilidad al caso que aquí estamos analizando. Y ello por las siguientes razones:

- a) El hecho de que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros hechos delictivos distintos, que sean descubiertos por casualidad al investigar aquellos, puesto que los funcionarios de policía tienen siempre el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuvieren conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia. Es decir, el deber de control se limita a la autoridad penal competente de la investigación, que no existe cuando estamos en el ámbito de una infracción administrativa. Y además, se trata de un deber que se impone a la policía y aquí estamos ante funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia.
- b) Si al analizar el contenido de los documentos y papeles intervenidos se descubren indicios criminales distintos a los investigados, el deber de quien realiza la inspección es ponerlos en conocimiento de la autoridad competente (arts. 259 y 284 LECrim). Pero esa previsión no parece aplicable a este supuesto, puesto que esa autoridad no era judicial, sino administrativa.

Así pues, en nuestra opinión no existe obligación de control *ex post* de los hallazgos casuales por parte del órgano judicial autorizante de la medida invasiva del derecho constitucionalmente protegido. Por las dos razones ya expuestas: a) la investigación no está judicializada —la intervención judicial en este caso es ajena a la investigación de la posible infracción, ya que tiene como objetivo único el control de la medida de inspección para garantizar el respeto a la inviolabilidad domiciliaria—, y b) la práctica del registro no la llevan a cabo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que tienen obligaciones de persecución del delito de las que evidentemente carecen los inspectores de la CNMC. Como marco de fondo, no olvidemos que estamos ante medidas acordadas en el ámbito penal, y el objeto de nuestro estudio se refiere a las sanciones administrativas.

A lo anterior habría que añadir aún que la jurisprudencia penal más reciente no exige de manera terminante y automática el control judicial *ex post* de los hallazgos casuales.

Hemos descartado en el apartado anterior que la nueva reforma de la LECrim haya regulado los hallazgos casuales obtenidos en el curso de un registro domiciliario, aunque sí se ha efectuado esa nueva regulación cuando tales descubrimientos se producen en caso de detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica (art. 579 bis) o en los supuestos de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen y el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos [art. 588 bis j), en relación con el 579 bis].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido vacilante históricamente en cuanto a la posibilidad de otorgar valor probatorio a los hallazgos casuales cuando efectivamente se producen en el curso de un registro domiciliario. Ciertamente, en algunas sentencias, bastante antiguas, se adopta el mismo criterio que en caso de investigaciones telefónicas, aplicando el principio de especialidad. En este sentido, las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1992, 2 de julio de 1993 y 21 de enero de 1994. En la primera de ellas puede leerse lo siguiente: «En la medida en que, ya durante la diligencia, se descubrieran presuntamente otros delitos distintos, solo el juez habría de decidir si los mismos eran o no conexos y si procedía extender el mandamiento y consiguientemente el objeto del registro con la adopción de cuantas prevenciones correspondieran en Derecho.

Pero ello, inexcusablemente, comporta la obligación de la policía para, con suspensión de la diligencia, ponerlos hechos en conocimiento de la Autoridad Judicial que, finalmente, resolvería lo procedente en cuanto a su competencia y respecto de la proporcionalidad antes dicha, concediendo o extendiendo las autorizaciones pertinentes. Así lo exige la trascendencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que se invade, y la justicia eficaz que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma (ratificado en instrumento de 29-9-1979) proclama elocuentemente en su art. 8.º».

Pero esa doctrina jurisprudencial ha convivido con otra más deferente con el otorgamiento de valor probatorio a los hallazgos casuales producidos en el curso de un registro. De hecho, esta última se ha impuesto en los más recientes pronunciamientos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Así, la STS 48/2013, de 23 de enero, se pronuncia de la siguiente forma, dando cuenta de la evolución de la jurisprudencia al respecto:

«B) Tampoco puede la Sala aceptar la pretendida nulidad del registro, basada en el argumento de que el auto de entrada y registro acordado en el domicilio del recurrente solo cubría el hallazgo de drogas, no la intervención de un arma y el documento sobre el que se ha construido la condena por un delito de falsedad. El recurrente reconoce que por la Secretaría que se hallaba presente en el registro se acordó la continuación de la diligencia y la ampliación del auto, pero esa resolución no llegó a aportarse.

Hemos dicho en la STS 110/2010, de 23 de diciembre, que el supuesto en que, en el transcurso de un registro autorizado en busca de efectos relacionados con delito determinado, de mención obligada en el auto judicial, son hallados efectos relacionados o evidenciadores de un delito distinto, *ha sido objeto de controversia doctrinal en orden a si tal hallazgo novedoso, no relacionado con el delito investigado, podría ser introducido en un proceso distinto sin afectación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, o si, por el contrario, al no encontrarse entre el objeto autorizado del registro había de considerarse desprovisto de la cobertura judicial habilitante de la intromisión en el ámbito domiciliario y por tanto, obtenido como si tal resolución no le afectase.*

*En la jurisprudencia de esta Sala también se han encontrado presentes ambos criterios.* En algunas sentencias se reprochaba a la comisión judicial o a la fuerza actuante que no hubiera suspendido la diligencia en el momento del hallazgo novedoso a fin de comunicar el mismo al Juez autorizante y reclamar de este una resolución distinta que amparase la investigación del nuevo delito bajo pena de nulidad, cual si no hubiese existido auto judicial respecto a este casual hallazgo, que señalan que si el registro va más allá del mandato judicial e investiga otros delitos conexos *o no, será nulo en lo relativo a los excesos, si el juez instructor no amplía su mandato respecto al objeto del registro.*

Esta línea jurisprudencial trasladaba al ámbito del registro domiciliario la tesis elaborada con ocasión de los descubrimientos casuales ocurridos en el curso de una intervención telefónica, en la que el principio de especialidad adquiere especial relevancia y justifica la intervención solo al delito investigado, en evitación de “rastreos” indiscriminados de carácter meramente preventivo o aleatorio sin base fáctica previa de la comisión de delito, absolutamente proscritos en nuestro ordenamiento.

No obstante *esta Sala Segunda ha venido marcando las diferencias existentes en la diligencia de intervención telefónica y en el registro domiciliario en los supuestos en que es descubierto un objeto delictivo distinto al que hubiera motivado la respectiva diligencia.* Así en la STS 981/2003, de 3 de julio, se recuerda como esta Sala ha tenido oportunidad en diversas ocasiones de pronunciarse sobre el extremo que nos ocupa y viene sentando una doctrina consolidada en la que, resumiendo anteriores argumentos, se afirma que: “Es cierto que esta Sala, trasladando su doctrina sobre las escuchas telefónicas a la entrada y registro, resolvió algunos supuestos bajo un denominado principio de especialidad, concepto, a su vez, trasladado de la extradición. La jurisprudencia más reciente abandona dicha interpretación jurisprudencial destacando las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidación, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintos [...], que ya se señaló que si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia por lo que producida tal situación la inmediata recogida de las mismas no es sino

consecuencia de la norma general contenida en el art. 286 de la Ley Procesal”.

En igual sentido, la reciente STS 167/2010, de 24 de febrero, recoge la doctrina de otras sentencias precedentes, como la 315/2003, de 4 de marzo, admitió la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito, se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los arts. 17.5 y 300 LECrim, teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente “adición”, y la STS 742/2003, de 22 de mayo, que expresa que la autorización judicial para la entrada y registro se concreta en actividades delictivas concretas, ello, sin embargo, no supone que el hallazgo de efectos o instrumentos que se refieren a conductas delictivas distintas queden desamparados de la autorización judicial que cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio. *Se ha impuesto en la doctrina de esta Sala una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado.*

La Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentasen a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, *siempre que esta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales* (STC 49/1996, de 26 de marzo) y también que, el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquellas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim».

En resumen, el estado actual de doctrina jurisprudencial que se ha ido consolidando los últimos años de cara a conceder valor a los hallazgos casuales habidos en el contexto de una entrada y registro, podría concretarse resumidamente de la siguiente forma:

- La entrada inicial ha de ser constitucionalmente válida en sí misma.
- Los efectos hallados han de ser verdaderamente casuales.
- Debe concurrir algún criterio de legitimación: bien sea la flagrancia en la comisión del nuevo delito, derivada de la exposición de los efectos delictivos, bien sea el carácter conexo del delito respecto del que se investigaba, bien sea la buena fe de los agentes que llevan a cabo la intervención sobre la legalidad de la medida y por extensión sobre los hallazgos casuales.

Por último, ha de reiterarse que las inspecciones desarrolladas por el Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tienen un marco normativo habilitante diferente de las producidas en el ámbito penal. Mientras que estas se desarrollan en el ámbito de la LECrim, como se ha visto,

aquellas encuentran encaje en la Ley de Defensa de la Competencia, que otorga unas amplias facultades a la Comisión.

Es decir, la habilitación legal es bastante amplia, si bien, como es lógico se somete a autorización judicial cuando implique restricción de derechos fundamentales. En cualquier caso, y por lo que ahora resulta relevante, a mi juicio la presencia de ese marco normativo propio impide la traslación mimética y acrítica de las conclusiones alcanzada por la Jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, con todos los matices expuestos, en cuanto a la necesidad de un control judicial *ex post* en los casos de hallazgos casuales.

## VI. HALLAZGOS CASUALES Y CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD

Una posible vía de solución al problema de la valoración de pruebas ilícitamente obtenidas en el procedimiento sancionador se puede encontrar, en algunos casos, con la aplicación de la teoría de la conexión de antijuridicidad.

Recordemos que el art. 11.1 LOPJ indica que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. La doctrina de la conexión de antijuridicidad impone la prohibición de valoración no solo de las pruebas cuyo contenido derive directamente de la violación de un derecho fundamental, sino de aquellas otras derivadas de aquellas, teniendo en cuenta que la conexión entre unas y otras no responde a un principio de causalidad natural, sino jurídica, y su concurrencia exige un examen complejo. Ahora bien, la aparición de material probatorio como consecuencia de un hallazgo casual puede suponer la ruptura de la conexión de antijuridicidad, de forma que los descubrimientos ocasionales pueden, en esos casos, desvincularse de su origen ilícito permitiendo su valoración en el proceso.

Por otro lado, desde la STC 81/1988 la teoría de la conexión de antijuridicidad ha de ser expresada en términos ligeramente distintos. De acuerdo con dicha sentencia «las pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá de establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad).

Ello puede resultar determinante para que en el caso que estamos analizando —hallazgos casuales en el curso de un registro domiciliario autorizado judicialmente pero con un objeto no coincidente—. El Tribunal Constitucional afirma que cuando no se expresa totalmente el presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental, pero no puede afir-

marse que no concorra en la realidad, la valoración de la prueba practicada no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, si se aprecia un elemento de ruptura de la conexión de antijuridicidad. La causalidad del hallazgo puede operar como ese elemento de ruptura, permitiendo así que un procedimiento sancionador se aporte y valore documentación obtenida ocasionalmente en un registro domiciliario amparado por un Auto judicial con un objeto no totalmente coincidente.

## VII. UN BANCO DE PRUEBAS

Una vez expuesto el marco normativo y doctrinal del tratamiento de los hallazgos casuales en el curso de procedimientos sancionadores del Derecho de la Competencia, vamos a exponer sucintamente cual fue la respuesta administrativa y judicial en un caso concreto, que puede incardinarse en el ámbito de las consideraciones que hemos expuesto precedentemente. Hemos obtenidos los datos de las resoluciones judiciales pertinentes, en cuyos antecedentes de hecho pueden encontrarse todos los aspectos relevantes a nuestros efectos.

En el marco de una información reservada, personal de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia realizó una inspección domiciliaria en la sede de una determinada mercantil, que denominaremos HM. Dicha inspección domiciliaria fue autorizada por Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Barcelona, en el que se señala lo siguiente: «Se acuerda autorizar a los funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia para entrar en los locales de HM [...] a fin exclusivo de proceder a partir del día 17 de diciembre de 2009 y durante el tiempo estrictamente necesario para la inspección, todo ello en los términos precisos de la Orden de Investigación de 3 de diciembre de 2009».

Dicha Orden de Investigación tenía, en cuanto ahora interesa, el siguiente contenido:

«Esta Dirección de Investigación ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución y venta de motocicletas, consistentes en la adopción de acuerdos de intercambio de información y la coordinación de estrategias para la fijación de precios y condiciones comerciales de venta de [...] y/o de los márgenes comerciales que los concesionarios otorgan a sus agentes (o subdistribuidores) por las ventas que realizan estos.

La Dirección de Investigación, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), ha iniciado una información reservada para verificar la existencia y alcance de la posible coordinación de conductas, que actualmente se tramita».

A continuación, dicha Orden autoriza a determinados funcionarios a «proceder a una inspección en relación con la información reservada que se tramita en esta Dirección de Investigación de la CNC bajo la referencia».

Además, se mencionan las facultades de los mismos conforme al art. 40.2 LDC y se señala que: «Habilitados con estas facultades de Inspección, se autoriza a los funcionarios indicados para realizar a partir del día 17 de diciembre de 2009, inclusive una inspección en la sede de la empresa HM o en cualquiera otro establecimiento de esta empresa, su matriz, filiales o participadas.

La posible conducta colusoria que se investiga esta Dirección de Investigación tendría como objeto y/o efecto principal el intercambio de información y la coordinación de estrategias entre HM y sus distribuidores para la fijación de precios y condiciones comerciales de venta de [...] y/o de los márgenes comerciales que los concesionarios otorgan a sus agentes (o subdistribuidores) por las ventas que realizan estos.

A la vista de lo anterior, el objeto de la presente Inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de HM y/o de sus distribuidores que pudieran constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y/o por el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, así como verificar, igualmente, si tales actuaciones se han llevado a la práctica».

Como consecuencia de esa inspección, la Dirección de Investigación acordó la incoación de expediente sancionador contra HM y varios de sus concesionarios incorporando al mismo parte de la información recabada en la inspección correspondiente a la relación entre HM y dichos concesionarios.

Sin embargo, con posterioridad, la Dirección de Investigación notificó a HM un acuerdo adicional del instructor del procedimiento por el que procedía a deducir testimonio de varios documentos del mencionado expediente y a incorporarlos a un nuevo procedimiento de información reservada referido a intercambio de información comercial sensible entre competidores, no ya en relación a los distribuidores de HM. Entre los documentos que se dedujo testimonio constaba un «correo electrónico enviado por un empleado de la empresa K —a otro de la empresa HM— cuyo asunto era “lista de precios” que había sido recabado durante la inspección en los locales de HM llevada a cabo en fecha 17 de diciembre de 2009».

Contra dicho acuerdo del instructor, se presentaron alegaciones por HM en las que se oponía al desglose del correo electrónico toda vez que el mismo no guardaba, en su opinión, relación con el objeto de la orden de investigación y el Auto de autorización. La Dirección de Investigación desestimó las alegaciones y acordó incorporar al expediente la documentación de la que se había deducido testimonio y el citado correo electrónico.

El recurso que se interpuso contra ese Acuerdo de la Dirección de Investigación fue desestimado por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia con fundamento, en lo que ahora importa, en los siguientes extremos:

- a) No se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de HM ya que, en todo caso, esa vulneración la habría producido

la inspección realizada en la sede de MH, pero no el acuerdo del instructor de incorporar el correo electrónico habido en esa inspección a otro expediente distinto.

- b) En cualquier caso, el objeto de la inspección abarcaba otras posibles conductas anticompetitivas de HM y no solo las derivadas de su relación con sus distribuidores, sino también con otros competidores, como K.
- c) Se pueden incorporar a otro expediente documentos amparados bajo una orden de inspección legítima, como eran en el presente caso, los correos de K.
- d) No ha existido indefensión.

Frente a esa resolución administrativa de la CNC, *se interpuso recurso contencioso administrativo por HM*, que fue *estimado* por la Audiencia Nacional en una Sentencia fechada el 4 de diciembre de 2012, cuyos Fundamentos de Derecho, en síntesis, eran los siguientes:

- La orden de investigación establecía que los funcionarios solo estaban habilitados para la incautación de documentación relacionada con intercambios de información o supuestos acuerdos entre HM y sus distribuidores (acuerdos verticales) en relación con las condiciones de venta de los productos fabricados por HM, pero no para documentos relacionados con intercambios con competidores. Así expresamente se establece en la Orden que «se autoriza a los siguientes funcionarios para proceder a una inspección en relación con la información reservada que se tramita en esta Dirección de Investigación de la CNC bajo la referencia». Al no ser K concesionario o distribuidor de HM sino otro fabricante de vehículos de motor, el correo electrónico en cuestión no estaba contenido en el objeto de la orden de investigación y orden judicial.
- Ciertamente, es cierto que el Tribunal Supremo, en la sentencia *STANPA* (referida a otro procedimiento sancionador en el ámbito del Derecho de la Competencia) afirmó que no es conforme con el art. 18.2 CE una interpretación según la cual los inspectores solo puedan incautar documentos conocidos previamente, pero lo que no afirmó esa sentencia es que puedan incautar documentos que no tengan relación con el objeto de la inspección.

Frente a esa resolución de la Audiencia Nacional, la Abogacía del Estado interpuso recurso de casación ante la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo. El recurso fue estimado en la Sentencia de 6 de abril de 2016 (rec. casación 113/2013) con base en el argumento de que nada impide que se persigan prácticas prohibidas descubiertas en una actuación inspectora si resultan de los documentos examinados como consecuencia de la misma.

En particular, la sentencia nos dice que «lo que determina la regularidad del registro y la posibilidad de utilización del material incautado viene determinado, en primer lugar, por la conformidad a Derecho de la entrada en el domicilio y, en segundo lugar, por el objeto y finalidad de la investi-

gación y el correcto desarrollo de la actuación de registro. Así pues, si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registros y la incautación de documentación se producen de manera adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, en material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado».

Descarta después la sentencia la posibilidad de que, al hilo de una determinada inspección, se realicen «requisas generales e indiscriminadas de material o de aquello que manifiestamente sea ajeno a la investigación». En este punto concreto, el Tribunal Supremo maneja conceptos jurídicos indeterminados, pues no se concreta qué es una requisita general, salvo que se identifique con la incautación de todo el material que se encuentre en la inspección, ni tampoco se precisa cuando un material es «manifiestamente» ajeno a la investigación.

Cita jurisprudencia penal, recogida en la Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> de 3 de julio de 2003 (rec. 2095/2002), de la que resulta que si en la práctica de un registro aparecen objetos constitutivos de un posible delito distinto al que determinó el mandamiento habilitante, tal descubrimiento posee el carácter de flagrancia, por lo que su recogida es consecuencia de la norma general contenida en la ley procesal. Con algunas matizaciones, recuerda la sentencia, es de aplicación la jurisprudencia penal al ámbito sancionador administrativo. Ahora bien, es cierto que en el ámbito sancionador administrativo la flagrancia es improbable, por lo que lo relevante en estos casos es que: *a*) la entrada y registro sean ajustadas a derecho, esto es «autorizada judicialmente y realizada en términos proporcionales y adecuados», y *b*) que los datos o documentos que se revelen sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación, y ello porque se encuentren accidentalmente elementos indiciarios de otras actuaciones irregulares.

De esta forma, «habida cuenta que el hallazgo casual del citado documento se produjo en el marco de un registro practicado de forma regular y conforme a Derecho, nada hay que objetar a que la CNC procediese a iniciar dicha investigación y abriese un expediente sancionador distinto encaminado a depurar otras conductas ilegales, así como que dicho documento fuese incorporado a tales actuaciones».

«Como conclusión, que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas. No ha habido, por consiguiente, lesión del derecho a la invio-

labilidad del domicilio, como entendió la Sala de instancia, y se ha infringido el artículo 18.2 de la Constitución por aplicación indebida del mismo».

En resumen, el Tribunal Supremo acoge en esta sentencia una solución a nuestro entender incompleta puesto que ni se pronuncia sobre la necesidad de control judicial *ex post* de los hallazgos casuales ni distingue adecuadamente entre la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que ciertamente, puede conducir a que la prueba obtenida sea de ilícita utilización en un procedimiento sancionador, y la violación del derecho a un proceso con todas las garantías que resultaría, autónomamente, si esa prueba es empleada en perjuicio del encartado. Por último, tampoco se analiza esta última cuestión desde la perspectiva de la conexión de antijuridicidad y de la posible ruptura de la misma que implicaría la naturaleza causal del hallazgo.

