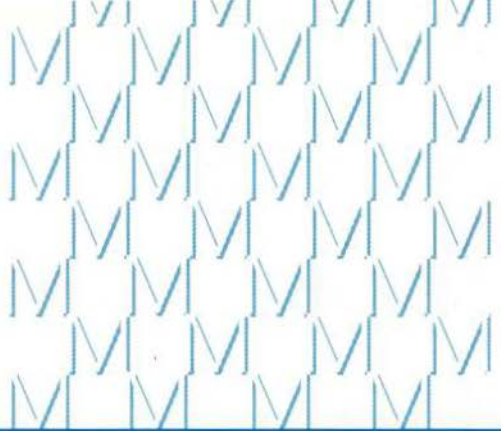
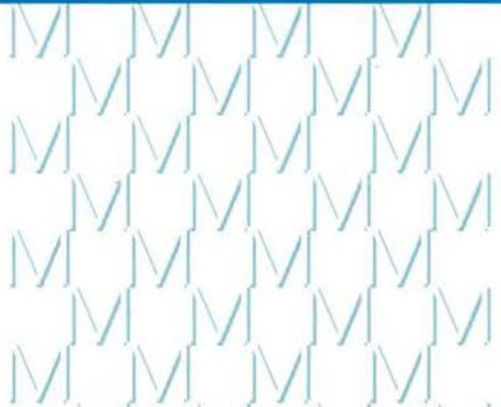




Francisco Javier Matia Portilla

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio



Monografía



FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

Profesor de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

Prólogo de
Paloma Biglino Campos
Catedrática de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid

Monografía



Madrid, 1997

McGraw-Hill

MADRID • BUENOS AIRES • CARACAS • GUATEMALA • LISBOA • MÉXICO
NUEVA YORK • PANAMÁ • SAN JUAN • SANTAFÉ DE BOGOTÁ • SANTIAGO • SÃO PAULO
AUCKLAND • HAMBURGO • LONDRES • MILÁN • MONTREAL • NUEVA DELHI • PARÍS
SAN FRANCISCO • SIDNEY • SINGAPUR • ST. LOUIS • TOKIO • TORONTO

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

DERECHOS RESERVADOS © 1997, respecto a la primera edición en español por
McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S. A. U.
Edificio Valrealty, 1.ª planta
Basauri, 17
28023 Aravaca (Madrid)

ISBN: 84-481-1126-5
Depósito legal: M. 20.242-1997

Editora: Elena Argüello
Diseño de cubierta: Estudio F. Piñuela, S. L.
Compuesto en: Fernández Ciudad, S. L.
Impreso en: Cobra, S. L.

IMPRESO EN ESPAÑA - PRINTED IN SPAIN

PARTE SEGUNDA

**LA VERTIENTE DINÁMICA
DEL DERECHO FUNDAMENTAL**

CAPÍTULO II

LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

1. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL Y EL ORDEN PÚBLICO

Como se acaba de indicar en este trabajo, es posible entender que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio solamente puede ser restringido mediante resolución judicial, salvo los casos de flagrante delito y de suspensión de los derechos fundamentales (artículos 18.2 y 55 CE, respectivamente); aparte, claro está, de los supuestos en los que motivos de urgencia basados en el orden público, sean tales que exijan la realización de entradas domiciliarias, al margen de cualquier requisito formal previo.

La resolución judicial se configura constitucionalmente, por ello, en buena medida, como el mecanismo limitador (puesto que invalida la prohibición de entrada del morador), pero también garantizador del derecho (ya que asegura la intervención del poder judicial en las materias relacionadas con la inviolabilidad del domicilio). No es ya posible que ningún particular ni ninguna Administración pública proceda, por su propia autoridad, a realizar entradas domiciliarias. Todas aquellas personas (públicas o privadas) que pretendan acceder a domicilios (en el sentido constitucional del término); deben, para ello, acudir a un órgano judicial y obtener la necesaria resolución judicial.

Esta formulación contenida en el artículo 18.2 CE es, quizás, como ya se ha apuntado en otros lugares de este trabajo, excesivamente rigurosa. La rigidez de la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio en España fue ya puesta de manifiesto en los propios trabajos parlamentarios del precepto constitucional. Ello es particularmente claro si se compara con las formulaciones que de la inviolabilidad del domicilio realizan las Constituciones alemana e italiana. Con posterioridad a la aprobación de nuestra Constitución, el

rigor del precepto ha sido también puesto de manifiesto en nuestra jurisprudencia y doctrina constitucional.

Durante el proceso de elaboración del precepto constitucional el senador L. Martín-Retortillo, defendiendo una enmienda del Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes, solicitaba que se añadiera al final del texto en aquel momento aprobado¹, la siguiente coletilla:

«Por ley orgánica podrá autorizarse con carácter excepcional el acceso al domicilio por estrictas razones de auxilio a la vida, sanitarias o de calamidad»².

El Senador apoyaba la inclusión de tal delimitación del derecho en varios argumentos³. En primer lugar, en la constatación fáctica de circunstancias excepcionales —aunque no en el sentido de las posteriormente incluidas en el artículo 55 CE, que se circunscriben a concretos supuestos y se declaran formalmente—, como son las de los incendios. En segundo lugar, el mismo parlamentario aducía argumentos de Derecho comparado. En efecto, los supuestos a los que aludía se contemplan en las Constituciones alemana e italiana.

Aunque el Senador no desarrolló esta argumentación, puede ser útil ahondar en esta idea, recordando, esquemáticamente, los perfiles de la inviolabilidad del domicilio en el Derecho constitucional alemán e italiano. El artículo 13 LFB indica que se puedan regular mediante ley intervenciones y limitaciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio para proteger la seguridad y el orden público y, especialmente, para subsanar la escasez de viviendas, combatir el riesgo de epidemias y proteger a los menores en peligro (artículo 13.3 LFB⁴). También se permite que los registros domiciliarios que sea peligroso demorar vengan ordenados por las órganos competentes, en la forma legalmente establecida (artículo 13.2 LFB). Por su parte, el artículo 14.3 CI prevé la elaboración de leyes especiales para las comprobaciones e inspecciones domiciliarias motivadas por razones de sanidad y salubridad, o con fines económicos y fiscales. Como se observa, en un

¹ Que rezaba «el domicilio es inviolable y ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o mandamiento judicial, salvo en caso de flagrante delito».

² Extraído de SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, III, pág. 3248.

³ *Ibidem*, págs. 3248-3249.

⁴ Las entradas realizadas al amparo de este párrafo del artículo 13 LFB deben cumplir dos requisitos específicos, como son la de dirigirse a uno de los fines tasados allí y encontrar un fundamento inmediato en una ley (MAUNZ, T.: *Artikel...*, pág. 13-17). Además, deben respetarse otros principios generales del Derecho, como es, por ejemplo, el de la proporcionalidad (*ibidem*, págs. 13-20 y 13-21).

buen número de casos es, así, posible no someter la inviolabilidad del domicilio a una resolución judicial⁵.

El Senador estima, finalmente, que su propuesta se acompaña de suficientes cautelas para evitar los abusos que pudieran producirse sobre el derecho fundamental⁶. Tales cautelas son tres: la regulación mediante una ley orgánica, la lectura restrictiva que debe realizarse de esta delimitación, que debe ser, como indica el texto de la enmienda, excepcional y, finalmente, su conexión a estrictas razones (auxilio o vida y sanitarias o de calamidad).

Aunque el Senador fue apoyado por otro destacado jurista, el profesor y también senador Sánchez Agesta⁷, la enmienda fue rechazada por veintiún votos en contra y tres a favor.

⁵ El artículo 14.2 CI impone una reserva de jurisdicción (a la que alude la Sentencia TCI 88/1987/3. GC, 1987, pág. 683 y ss.). El 14.3 excepciona esa garantía judicial permitiendo entradas administrativas, de naturaleza inspectora y no penal (*vid.*, por todos, AMATO, G.: *Articolo...*, pág. 71; BARILE, P.: *Diritti...*, pág. 157 y CARETTI, P.: *Voz Domicilio...*, págs. 323-324, y la citada Sentencia TCI 56/1973/6), conectadas con determinadas materias. El artículo 13 de la Ley 689, de 24 de noviembre de 1981, de reforma del Código Penal, señala en esta misma dirección, que los órganos vinculados al control de las sanciones administrativas no pueden realizar registros «en lugares de morada privada» (discrepan PAOLO BARILE y ENZO CHELI, en *Domicilio...*, pág. 866, alegando posibles razones de urgencia y necesidad).

Aunque el Tribunal Constitucional italiano parece haber asumido esta misma distinción entre actos judiciales y administrativos en un primer momento, (Sentencia 10/1971/4, citada), pronunciamientos posteriores la cuestionan (Sentencia 173/1974, de 19 de junio, GC, 1974, pág. 1581 y ss.). Esta Sentencia confirma la constitucionalidad del artículo 41 de la Ley de Seguridad Pública, aprobado mediante RD núm. 773, de 18 de junio de 1931, justificándola en los artículos 14.2 (procedimiento especial) y 14.3 (la finalidad es la seguridad pública) CI. Esta doctrina, que se ha visto confirmada por la posterior Sentencia 110/1976/2, de 6 de mayo (GC, 1976, pág. 831 y ss.), ha sido duramente criticada por la doctrina italiana (especialmente por AMATO, G.: *Articolo...*, págs. 72 y 73; BARILE, P.: *Diritti...*, pág. 160; D'ALESSIO, R.: *Articolo...*, pág. 91 y MORTATI, C.: *Istituzioni...*, págs. 1060-1061. *Vid.*, también, PACE, A.: *Problematica...*, págs. 211 y 233-234), por confundir y mezclar las entradas represivas del artículo 14.2 CI con las administrativas del 14.3 CI. Hubiera sido quizás más correcto, en opinión del autor de estas líneas, que el Tribunal Constitucional italiano hubiera justificado la legitimidad constitucional del artículo 41 de la Ley de Seguridad Pública en el orden público constitucional en supuestos de urgencia, y no en la letra del artículo 14 CI, realizando, para ello, una interpretación sistemática del precepto constitucional. En todo caso, el precepto se encuentra actualmente en vigor (en virtud del artículo 225 del Decreto legislativo 271/1989 —PACE, A.: *Problematica...*, pág. 234—). Un extenso análisis de las distintas leyes singulares dictadas al amparo del artículo 14.3 CI es el de ALESSANDRO PACE (en *Problematica...*, págs. 234-237).

⁶ Extraído de SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, III. Madrid, 1980, pág. 3249.

⁷ *Ibidem*, págs. 3248, y 3249-3250.

Lo cierto es que, con posterioridad a la aprobación de la Constitución, el propio Tribunal Constitucional ha hecho notar que la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio en nuestro país es *rigurosa*, y se aparta, así, de las contenidas en las Constituciones alemana e italiana⁸.

Finalmente, este hecho ha sido también destacado por la doctrina que ha analizado el artículo 18.2 CE. Así, Silvio Basile señalaba, ya en 1980, que someter toda intervención en el derecho a la autoridad judicial constituye probablemente una garantía excesiva⁹. Posteriormente, Fernando López Ramón ha indicado que la protección española de la inviolabilidad es *rígida*¹⁰ y el mismo autor de estas líneas ha señalado que el reconocimiento español de la inviolabilidad del domicilio es, quizás, el que permite menor número de excepciones o limitaciones del derecho, en comparación con otras formulaciones europeas¹¹.

Esa diferente regulación constitucional de la inviolabilidad en nuestro país respecto de la reconocida en otros Estados de nuestro entorno pone de manifiesto la muy limitada utilidad del enfoque del derecho comparado en esta materia. No es posible, como ya se ha mantenido en este trabajo¹², extrapolar soluciones referidas a la formulación de la inviolabilidad del domicilio recogidas en otros ordenamientos constitucionales distintos al español. La razón es que, como se acaba de indicar, la configuración española de la inviolabilidad del domicilio permite menor número de excepciones y limitaciones del derecho. Ello justifica, en buena medida, las pocas referencias jurisprudenciales y doctrinales extranjeras que, en este capítulo, se van a utilizar.

En concreto, parece que nuestra Constitución presenta como delimitación natural del derecho la resolución judicial. Es en este sentido en el que el Tribunal Constitucional ha señalado que la inviolabilidad del domicilio «consiste sustancialmente en un derecho a que, contra la

⁸ Sentencia TC 160/1991/8. *Vid.* también la Sentencia TC 126/1995/3.

⁹ En *Los «valores superiores»...*, pág. 302; aunque sigue diciendo que no es tan excesiva como para «provocar graves inconvenientes» (*idem*).

¹⁰ En *Inviolabilidad...*, págs. 39 y ss. En idéntico sentido, BARCELONA LLOP, J.: *De la ejecución...*, pág. 177; MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: *Los límites...*, págs. 73-74 y CASTILLO BLANCO, F. A.: *Comentarios...*, pág. 320.

¹¹ En *Delito...*, pág. 200.

¹² *Vid.*, en esta misma obra, por todas, la referencia realizada en el subepígrafe «La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídico-privadas y de las personas jurídico-públicas», del capítulo dedicado al examen de los titulares del derecho fundamental, que es especialmente significativa.

voluntad del titular y salvo delito flagrante, no haya penetración en el propio domicilio sin una autorización judicial»¹³.

La entrada se subordina, así, a la existencia de una resolución judicial. El artículo 18.2 CE no aclara, por el contrario, qué autoridad judicial puede autorizar tales entradas, ni a través de qué clase de resolución (sentencia, auto, providencia) debe hacerlo. Parece que la primera tarea que se impone en el presente trabajo es la de tratar de describir, aunque sea de forma somera, cuales son los diferentes órganos judiciales, procedimientos y resoluciones que pueden limitar, *de facto*, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

En todo caso, el órgano judicial competente debe examinar los motivos que se alegan para realizar la entrada domiciliaria, o que la justifican; estudiar las normas legales de referencia, verificar la necesidad de la entrada y ponderar, finalmente, si tal necesidad debe suponer (o no) una restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, autorizando entonces, en su caso, la entrada solicitada.

Este procedimiento judicial, que se esboza en una descripción meramente aproximativa, configura al órgano judicial como encargado de ponderar la necesidad de realizar entradas domiciliarias cuando el derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE entra en colisión con otros derechos, bienes o valores, que forman parte, como el mismo derecho fundamental, del orden público constitucional descrito en páginas anteriores.

Para realizar tal ponderación, el órgano judicial no debe tomar solamente en consideración el derecho fundamental afectado (esto es; el recogido en el artículo 18.2 CE), sino también las normas (necesariamente con fuerza de ley si desarrollan un derecho fundamental, *ex* artículos 53.1 y 81.1 CE) en las que se fundamenta la pretensión de que se lleve a cabo la entrada domiciliaria o en las que se justifica tal entrada.

Podría pensarse que en la medida en que el juez se limita a controlar la existencia de un concreto supuesto de hecho y anuda al mismo la consecuencia prevista en la ley, es el legislador el encargado de ponderar el conflicto inviolabilidad del domicilio *v.* orden público (en sentido lato, por el momento). Esta forma de entender las relaciones entre el poder judicial y la inviolabilidad del domicilio (y, en general, los derechos fundamentales) presenta, también algunos problemas que deben ser, cuando menos, puestos de manifiesto. El primero es que

¹³ Sentencia TC 199/1987/9.

olvida que nuestra Constitución tiene un contenido axiológico que se proyecta no sólo en la noción de orden público (como ya se ha indicado en este trabajo), sino en todas las normas constitucionales (y, especialmente, en las que recogen los derechos fundamentales). El contenido abierto de muchos de los preceptos constitucionales hace que la interpretación constitucional adquiera relieve y constituya, al menos desde un punto de vista práctico, una fuente normativa¹⁴. Debe recordarse, además, en esta dirección, que la interpretación jurídica se realiza partiendo de una lógica argumentativa y no formal, siendo, por ello, posible que una norma sea válidamente interpretada de varias formas, no coincidentes entre sí. En segundo lugar, debe también indicarse que el poder judicial, pese a encontrarse sometido al imperio de la ley (artículo 117.1 CE), está obligado a velar, también, por el respeto que todos los poderes constituidos deben a la Constitución. Participa, en concreto, en la función de control de constitucionalidad¹⁵ a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional cuando estima que una norma con fuerza de ley es contraria a la Constitución y ejerciendo él mismo su control frente a normas reglamentarias y actos administrativos.

Es cierto que el poder judicial carece de la libertad política que caracteriza al legislador en relación con la delimitación de los derechos fundamentales, pero ello no impide afirmar que, en términos jurídicos, la actuación judicial sea especialmente relevante en la delimitación de algunos derechos fundamentales, como es la inviolabilidad del domicilio. Ello es así porque la intervención judicial garantiza, por definición, la valoración de las medidas limitadoras (y de su justificación en la cláusula democrática del orden público), así como la intromisión que provoca en el ejercicio de un determinado derecho fundamental, valoración que realiza (y esto es, en sí mismo considerado,

¹⁴ Al menos cuando sea asumida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo. En relación con la jurisprudencia constitucional, parece claro que sus Sentencias (en muchas ocasiones interpretativas) ocupan una posición suprallegal (*vid.*, por ejemplo, PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*, 4.^a ed. Madrid, 1993, págs. 52-55). La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en tanto haya sido reiterada, *complementa* el ordenamiento jurídico (artículo 1.6 CC).

¹⁵ Voto particular dictado por FRANCISCO RUBIO LLORENTE en relación con la Sentencia TC 4/1981, fundamento 4. Idea reiterada en su trabajo «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», publicado en la *REDC*, 4 (1982), págs. 35-67 [incluido ahora en su libro *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid, 1993, por el que se cita], cuando señala que la jurisdicción constitucional, entendida como aplicación judicial de las normas judiciales, «corresponde en España a todos los órganos judiciales y no sólo al Tribunal Constitucional» (pág. 469. *Vid.*, también, págs. 473-474).

una garantía) un órgano independiente del Estado¹⁶. Todo ello justifica que se pueda explicar, al hilo de la resolución judicial, la relación entre las leyes y el orden público (que garantiza también, aunque nunca de forma ilimitada, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio).

El órgano judicial garantiza así el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Ello no supone que pueda apreciar libremente (es decir, discrecionalmente) si las pretensiones de limitar el derecho reconocido en el artículo 18.2 CE (o cualquier otro) deban o no prosperar, ni, mucho menos, que su actividad no sea, también, controlable.

En efecto, la actuación del órgano judicial que autoriza o posibilita una entrada domiciliaria no es siempre, por definición, correcta. El Juez está sometido, en su actuación, a unos límites formales (normalmente, de naturaleza procedimental) y materiales (esto es, de contenido). Es por ello necesario intentar determinar cuales son los requisitos mínimos que su actuación, en materia de autorización de entradas en domicilios constitucionales, debe reunir.

Una vez examinados todos estos problemas, podrá entenderse, en toda su extensión, qué consecuencias conlleva afirmar que la resolución judicial limita la inviolabilidad del domicilio.

El objetivo más inmediato (y necesario para examinar las restantes cuestiones planteadas) es describir brevemente los casos en los que órganos judiciales deben valorar posibles restricciones de la inviolabilidad domiciliaria. Tal descripción exige analizar instrumentalmente, y con carácter previo, algunas cuestiones. Así, en primer lugar, puede ser útil a los fines perseguidos en este trabajo, recordar los debates parlamentarios que sobre la articulación judicial de la inviolabilidad del domicilio pueden calificarse de intensos. En segundo lugar, es también interesante examinar las afirmaciones realizadas por el Tribunal Constitucional español en relación con este problema y analizar, a su luz, las diferentes opiniones doctrinales que la intervención judicial ha suscitado. Solamente teniendo en cuenta todos estos elementos, se estará en condiciones de presentar algunas reflexiones que, a modo de conclusión, delimiten el contenido de la resolución judicial constitucionalmente exigida en el artículo 18.2 CE.

¹⁶ *Vid.*, en relación con el artículo 66 CF, LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 382 y, en relación con el artículo 18.2 CE, la implícita fundamentación del Tribunal Supremo en la Sentencia Ar. 1991/8316/1. *Vid.*, también, la Sentencia TEDH Klass y otros, de 6 de septiembre de 1978, que puede consultarse en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años..., pág. 469 y ss.

2. LA ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 18.2 CE Y LAS PRIMERAS APORTACIONES DOCTRINALES

El artículo 18.2 del Anteproyecto constitucional, tras señalar que el domicilio es inviolable, rezaba: «Ninguna investigación domiciliaria podrá realizarse sin mandato judicial». Tal redacción intentó ser modificada, en el seno del Congreso de los Diputados, a través de un Voto Particular y varias enmiendas.

En efecto, el Voto Particular del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso proponía la mutación de la expresión «sin mandato judicial» por «sin previa resolución judicial motivada»¹⁷. De otro lado, la enmienda 115, presentada por el Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana, optaba por la inclusión del término «resolución judicial motivada»¹⁸. En fin, parlamentarios del Partido de Unión de Centro Democrático (en concreto, Antonio Rosón Pérez y José María Pardo Montero), sugerían la sustitución del término «mandato», por el de «mandamiento», ya que este último «entraña un concepto más restringido en el que el Juez tiene que producirse motivadamente y con arreglo a las leyes del caso»¹⁹.

La ponencia acoge la última propuesta formulada y, en lo que interesa a la materia objeto de examen en estas líneas, modifica el término «mandato» por «mandamiento judicial». En el debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y de Libertades Públicas, del Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario Socialista reitera su preferencia por la expresión «previa resolución judicial motiva-

¹⁷ Extraído de SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, I, pág. 51. A este Voto se adhirió, el Diputado del Grupo Parlamentario Mixto, D. FRANCISCO LETAMENDIA BELZUNCE (enmienda 64, *ibidem*, pág. 166), así como el mismo Grupo Parlamentario Mixto (enmienda 470, *ibidem*, pág. 320). La última enmienda citada se justificaba en que, con ella, se garantizaban mejor los derechos contemplados en el artículo 18 del Anteproyecto. *Vid.*, en idéntica dirección, la enmienda 339 del Grupo Socialista del Congreso (*ibidem*, pág. 276), y la 703, de D. TOMÁS GARCÍA GARCÍA, del Grupo Parlamentario Comunista (*ibidem*, pág. 435). La misma idea ha sido mantenida por PABLO LUCAS VERDÚ, en *Voz...*, pág. 672.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 198. Justificaba tal enmienda en los siguientes términos: «Aun cuando todo mandato judicial debe ser el resultado de una resolución judicial motivada, es evidente que a los efectos de condicionar la interpretación de este artículo constitucional conviene dejar aclarado esta cuestión introduciendo el término o expresión “resolución judicial motivada” (*idem*).

¹⁹ Enmienda 587, *ibidem* 359. *Vid.*, en la misma dirección, aunque sin ninguna justificación en este punto, la enmienda 779, de Unión de Centro Democrático (*ibidem*, pág. 486).

da»²⁰. El Diputado Vega Escandón, en representación de Unión de Centro Democrático, rechaza la solicitud socialista²¹, apoyándose en el carácter tradicional que la fórmula «mandamiento judicial» presenta en nuestro país y en que la adopción del término resolución judicial supondría *a)* que, como toda resolución judicial, podría ser recurrida —lo que limitaría la eficacia de la actuación judicial— y *b)* que, probablemente, fuera necesario oír a las partes —lo que haría fracasar la investigación domiciliaria—. El Diputado socialista Guerra Fontana consume un turno a favor de la enmienda apoyada por su partido, para hacer notar que el fin de ésta es que se produzcan actos judiciales motivados. En lo relativo a la intervención de las partes, Guerra Fontana señala²² que «de las resoluciones judiciales no se tiene forzosamente que dar conocimiento previo a ambas partes» (como ocurre, por ejemplo, en un auto de prisión).

El centrista Vega Escandón responde²³ a esta alegación que el juez ha de tener una motivación para dictar el mandamiento, cuál es —en ausencia de oír a las partes— el hecho o hechos relatados por el agente policial o el agente de policía judicial. Por su parte, el Diputado Gastón Sanz alude a la necesidad de que haya una motivación, sobre todo, dice²⁴, «teniendo en cuenta que la suficiencia de esta motivación puede ser muy pequeña y queda siempre al arbitrio del juzgador».

La cuestión es cerrada por el Diputado socialista Peces-Barba Martínez. El Diputado quiere²⁵ «dejar claro simplemente que el mandamiento judicial es algo que no nace de la nada, y precisamente porque está protegiéndose un derecho individual [...], el mandamiento judicial

²⁰ Esta defensa la realiza el Diputado CASTELLANO CARDALLIAGUET, quién argumenta su posición en *a)* ciertas prácticas que —por rutina, eficacia o celeridad— dan lugar a entradas telefónicamente autorizadas, y que sólo después de producida la entrada, reciben constancia escrita; en *b)* un reforzamiento de la autoridad de la Magistratura y, en fin, en *c)* que posteriormente dicha resolución puede servir de pauta para poder conocer en qué forma se llevó a efecto el descubrimiento del delito y toda la investigación (*ibidem*, págs. 1061-1062).

²¹ Su argumentación puede examinarse en la obra anteriormente citada, págs. 1062-1063.

²² *Ibidem*, págs. 1063-1064.

²³ *Ibidem*, pág. 1065.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Ibidem*, pág. 1067. Vid. PECES-BARBA, G.: *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política* (con la colaboración de LUIS PRIETO SANCHÍS). Valencia, 1981, pág. 309. Extremo compartido por MERCEDES LAFUENTE BENACHES, en «Reflexiones sobre la inviolabilidad del domicilio (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991, de 18 de julio)», *REDA*, 73, pág. 86. Por su parte, LUIS M.^a FARIÑAS MATONI se refiere a la resolución motivada como límite a la inviolabilidad del domicilio en *El derecho...*, pág. 247.

no puede hacerse sin la previa resolución judicial motivada; o, mejor dicho, el mandamiento judicial se contiene en una resolución judicial motivada». El mismo Diputado señala²⁶ que tales resoluciones sólo pueden ser las Sentencias y los autos, ya que las providencias son utilizadas en asuntos de mero trámite; y expresa su temor de que la fórmula «mandato judicial» pueda permitir que se dicten entradas domiciliarias mediante providencias²⁷.

El texto finalmente aprobado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas —y respaldado posteriormente por el Pleno— alude a la resolución judicial como fórmula de delimitación del derecho.

El Senador Cela y Trulock, de la Agrupación Independiente, enmendará de nuevo el precepto en examen, proponiendo, se utilice, el término «mandamiento judicial»²⁸. Tal Enmienda fue aprobada por la Comisión de Constitución del Senado, por unanimidad. El mismo texto es el mantenido por el Pleno del Senado. No obstante, la Comisión Mixta Congreso-Senado va a dar al precepto la fisonomía que hoy conocemos, en la que se dice que «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».

Puede afirmarse, a modo de conclusión, que si hubo una cuestión polémica para el constituyente en materia de inviolabilidad del domicilio, fue, sin duda alguna, cómo expresar la delimitación judicial de la inviolabilidad del domicilio. Como se ha visto se proponían las fórmulas de mandato judicial, mandamiento judicial, o resolución judicial.

²⁶ *Idem.*

²⁷ No es, quizás, enteramente correcto el parecer del profesor GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ. Las Sentencias no pueden contener mandamientos judiciales, ya que mientras que aquéllas resuelven el fondo del asunto, éstos constituyen, por definición, medidas que no ponen fin al procedimiento. Así, el artículo 297 LECi indica que «se utilizará la forma de mandamiento para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios o la práctica de cualquier diligencia judicial...». La confusión entre mandamiento y auto se incardina en la propia práctica procesal y se justifica en la propia utilización indistinta de los términos auto y mandamiento. Su distinción, pero, también, su confusión, se muestran de forma especialmente clara en el artículo 1404 LECi, que señala que «el mismo auto en que se acuerde el embargo servirá de mandamiento al alguacil y actuario que hayan de practicarlos». El mandamiento se configura, así, como una orden dada a un subordinado (artículo 184 LECr, *in fine*).

²⁸ La enmienda 145 afecta prácticamente a todo el texto del precepto, como se puede observar en SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, III, pág. 2721. Debe hacerse notar que el Senador no justifica el cambio de resolución judicial por mandamiento judicial y que, ya en el debate, vuelve a cambiar el término *usuario* por *titular* (en relación con el último extremo apuntado, *ibidem*, pág. 3247).

Las discrepancias fundamentales relacionadas con los trabajos parlamentarios en materia de inviolabilidad del domicilio se centran, así, en el término que debe utilizarse para referirse a la delimitación que puede realizar el poder judicial en el derecho fundamental. En un primer momento se habla de mandato judicial y, como sabemos, se modifica tal denominación por la —más tradicional— de mandamiento judicial. Tal mutación se justifica, como ya se ha indicado, en que mandamiento es más restringido que mandato y en que debe producirse de acuerdo a derecho.

Aunque no se dice, parece deducirse que por mandato se entiende la mera orden del Juez; el simple hecho de la orden. Tal mandato no exigiría ni la forma escrita ni su imbricación en un procedimiento legalmente establecido. Curiosamente, cuando el Diputado de UCD defiende que el mandamiento no debe ser motivado, lo que pretende es no hablar más de mandamiento, sino de una mera orden judicial, al margen de cualquier requisito formal y material.

Ello es así porque el mandamiento debe derivar de una resolución judicial motivada. De hecho, cuando los parlamentarios debaten acerca del mandamiento, se están refiriendo, en realidad, a los autos judiciales en los que se prevé la realización de una entrada domiciliaria. Este auto incorporará o se acompañará de un mandamiento cuando la autoridad judicial ordene a un agente judicial que realice él la entrada.

Es cierto, además, que los debates parlamentarios sobre la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio, como se ha visto, parecen vincular, en ocasiones, las limitaciones del derecho fundamental con el procedimiento criminal y ello explica que buena parte de la doctrina haya conectado, sobre todo en los primeros trabajos publicados respecto de la inviolabilidad del domicilio, el derecho con el procedimiento criminal²⁹.

En todo caso, más allá de cuestiones terminológicas, debe hacerse notar que el texto finalmente aprobado exige resolución judicial y que tal exigencia es diferente de la de mandamiento (o, más correctamente, auto) judicial. El auto judicial de entrada debe conectarse con la idea del Juez que ordena o consiente la realización de una entrada domiciliaria. La exigencia constitucional de resolución judi-

²⁹ Así, SERRANO, J. M.: *Comentario...* (1980), pág. 238 y ss. y *Comentario...* (1985), pág. 368 y ss.; GARCÍA MACHO, R.: *La inviolabilidad...*, pág. 861 y SUÁREZ ROBLEDANO, J. M.: «La salvaguarda y el control judicial de la inviolabilidad del domicilio, del control de la intervención de comunicaciones y del secuestro de publicaciones», *AP*, 36 (1987), pág. 1682.

cial previa no debe equipararse, *a priori*, con las autorizaciones judiciales, ya que es posible que, por ejemplo, una Sentencia de desahucio (civil o administrativo) afecte al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio sin que conlleve un mandamiento judicial en sentido estricto.

La cuestión puede parecer baladí, pero no lo es en absoluto. De la consideración constitucional de la intervención judicial como auto judicial (donde el Juez autoriza la realización de una entrada domiciliaria) al entendimiento de que cualquier resolución judicial puede afectar al derecho fundamental en examen hay un trecho.

De hecho, es posible apreciar en nuestra doctrina y, especialmente, en nuestra jurisprudencia constitucional esta doble concepción de la inviolabilidad del domicilio. Es por ello necesario examinar la jurisprudencia constitucional en la materia, especialmente las Sentencias 22/1984 y 160/1991 ya que en ellas se muestran claramente ambas concepciones de la intervención judicial en la inviolabilidad del domicilio.

3. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMO AUTORIZACIÓN JUDICIAL (SENTENCIA TC 22/1984, DE 17 DE FEBRERO)

3.1. Origen y contenido de la Sentencia

En la Sentencia 22/1984 el Tribunal Constitucional examina, por primera vez, y en profundidad, el contenido constitucional de la resolución judicial que, en virtud del artículo 18.2 CE, limita o delimita la inviolabilidad del domicilio. La mencionada Sentencia cuestiona también el alcance de la ejecutoriedad de los actos administrativos en relación con los derechos fundamentales en general y con la inviolabilidad del domicilio en particular. En este sentido, debe señalarse ya que la Sentencia TC 22/1984 es una de las resoluciones constitucionales más criticadas por la doctrina iuspublicista. Ello aconseja sistematizar, posteriormente, tales críticas doctrinales que afectan, como veremos, a la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio y realizar, finalmente, algunas consideraciones respecto de las críticas doctrinales y de la propia Sentencia TC 22/1984.

La Sentencia resuelve un recurso de amparo que tiene su origen en un acuerdo de demolición por obra extralimitada, dictado en 1980 por

la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Murcia, sobre una licencia concedida en 1977. Tal acuerdo es recurrido por el afectado mediante recurso de reposición. Ante el fallo desfavorable, el mismo interesado interpone recurso de contencioso-administrativo y solicita la suspensión del acto, pero no prospera su pretensión³⁰.

El Ayuntamiento de Murcia dicta un nuevo decreto de demolición requiriendo su ejecución. Al cumplir tal decreto, se constata que los pisos estaban ocupados por otras personas y, por éste entre otros motivos, se suspende su ejecución. El 26 de abril de 1982 se produjo la venta en escritura pública de los áticos ilegales.

En mayo de 1982, la Alcaldía dicta una resolución en la que requiere al titular de la licencia de construcción, así como a los propietarios y ocupantes de los áticos, para que procedan al total desalojo de los locales en cuarenta y ocho horas, apercibiéndoles de que, en caso contrario, se practicará una actuación subsidiaria. Aunque los actuales ocupantes se declaran adquirentes y poseedores de buena fe, el Municipio rechaza sus pretensiones ratificando el citado decreto de mayo de 1982 y lo extiende a una hija de los ocupantes del ático ilegalmente construido. El 14 de junio los áticos son desalojados y derribados.

Pero tres días antes, el 11 de junio, la citada hija interpone un recurso contencioso-administrativo, al amparo de la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, ante la Audiencia Territorial de Albacete, alegando que el decreto del Ayuntamiento vulnera sus derechos a la propiedad y a la inviolabilidad del domicilio. La Audiencia niega que el decreto del Ayuntamiento de Murcia menoscabe la inviolabilidad del domicilio. Tal parecer lo fundamenta la Audiencia en, entre otras, la idea de que «ninguna ley [existe] que, por regla general, confiera a los juzgados la función de otorgar las autorizaciones para la entrada en domicilios particulares»³¹.

La recurrente apela la Sentencia de la Audiencia ante el Tribunal Supremo, pero su Sala 3.^a desestima, una vez más, su pretensión en Sentencia de 7 de diciembre de 1982³². De los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para confirmar la Sentencia apelada de la Audiencia Territorial de Albacete es conveniente retener dos. En pri-

³⁰ Mediante Sentencia de 22 de septiembre de 1981 de la Audiencia Territorial de Albacete.

³¹ Afirmación realizada en el Considerando 6.º de la Sentencia de 1 de noviembre de 1982.

³² Sentencia TS Ar. 1982/7911, comentada por BARTOMEU COLOM PASTOR, *Autorización...*, págs. 249-256. Vid. también la Sentencia TS Ar. 1982/6965.

mer lugar, se señala que el fin de la inviolabilidad es proteger la intimidad y no la propiedad³³, como la recurrente pretende. El segundo argumento, de mayor alcance, es que si el ejercicio de la facultad ejecutiva reconocida a la Administración exigiera, en todo caso, resolución judicial, esto sería, en palabras del Tribunal Supremo, «tanto como someter la legalidad del actuar administrativo al juicio valorativo de un juez carente de jurisdicción para ello»³⁴.

La recurrente, insatisfecha aún, interpone recurso de amparo. Este recurso, que se resuelve en la Sentencia 22/1984, estima, contra todo pronóstico³⁵, que la ejecución del acto administrativo vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

De esta forma el Tribunal Constitucional conecta la inviolabilidad del domicilio con la ejecutoriedad de los actos administrativos en particular y con la autotutela administrativa en general. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández han descrito la autotutela administrativa, señalando³⁶ que «la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximién-

³³ Considerando 3.º *Vid.*, desde un punto de vista general sobre las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional sobre inviolabilidad del domicilio para proteger intereses patrimoniales, por todos, GÓMEZ GUILLAMÓN, R.: *El artículo...*, pág. 81.

³⁴ *Idem.*

³⁵ Debe hacerse notar que FRANCISCO SOSA WAGNER ya había anticipado en 1977 que cuando «se genere una tensión entre privilegio de ejecutoriedad y derechos fundamentales, debe instrumentarse la intervención —todo lo sumaria y ágil que se estime conveniente, pero obligada— del Juez» (en *Ejecución...*, pág. 487). Lo curioso del caso es que el trabajo de SOSA WAGNER se refería al artículo 15 FE, que señalaba que «nadie podrá entrar en el domicilio de un español ni efectuar registros en él sin su consentimiento, a no ser con mandamiento de la *Autoridad competente* y en los casos y en la forma que establezcan las Leyes»; que no exigía intervención judicial alguna (el subrayado pertenece a este trabajo).

³⁶ En GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso...*, I (1989), pág. 497. La autotutela administrativa se extiende por el continente a partir de la revolución francesa. No se impone, por el contrario, en Inglaterra. Allí, los actos administrativos tienen la autoridad de la Ley que aplican; por ello, su incumplimiento genera responsabilidad penal del administrado. Ciertamente es que en tal procedimiento penal puede excepcionar la validez, formal y material, del acto administrativo. Así, en la Sentencia Stroud v. Bradbury (1952), cuyo origen se cifra en una entrada de un Inspector sanitario en un domicilio en el que es amenazado físicamente. El Tribunal estima que «cuando el Inspector sanitario municipal llegó, el apelante le resistió con todos los derechos de un ciudadano libre inglés cuya casa está siendo invadida y le desafió con una percha y una pala. *Tenia el derecho de hacer esto, salvo que el Inspector tuviese el derecho de entrar*» (*ibidem*, pág. 488; el subrayado pertenece al original citado).

Sobre la autotutela administrativa, *vid.*, también, SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos...*, pág. 210 y ss.; LÓPEZ RAMÓN, F.: *Límites...*, pág. 2243 y ss., y BARCELONA LLOP, J.: *De la ejecución...*, pág. 172 y ss.

dose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos de recabar una tutela judicial». La administración puede no tan sólo dictar sus actos (autotutela declarativa o ejecutividad³⁷) sino, también, ejecutarlos por sus propios medios³⁸. A esto último se llama autotutela ejecutiva o ejecutoriedad de los actos administrativos. El artículo 95 LRJAPyPAC señala, en esta materia, que «las Administraciones, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales».

Debe comenzarse reseñando la posición del Tribunal Constitucional respecto de la ejecutoriedad de los actos administrativos³⁹. El Tribunal estima que la ejecutoriedad de los actos administrativos se integra en el principio de eficacia al que ha de atenerse la Administración Pública, aunque no viene exigido por él. Es un instrumento a través del cual el legislador consigue una actuación más eficaz de la Administración Pública, pero, ello sí, «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» (artículo 103.1 CE)⁴⁰.

Esa sumisión de la ejecutoriedad de los actos administrativos se refiere también, sin duda alguna, al respeto de los derechos fundamentales en general, y de la inviolabilidad del domicilio en particular. La Constitución exige que toda entrada se vea precedida por la preceptiva resolución judicial, cosa, que, en este caso, no ocurrió. En efecto, el Tribunal Constitucional entiende que pese a la existencia de resoluciones judiciales que confirmaron la legalidad de la actuación administrativa, no se cumplió la garantía prevista en el artículo 18.2 CE. Merece la pena retener las líneas argumentales básicas del Tribunal en este punto. Señala el mismo que «la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a

³⁷ La autotutela declarativa se contempla en los artículos 56, 57 y 94 LRJAPyPAC.

³⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos...*, pág. 215. Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos y los derechos fundamentales, *vid.*, entre otros muchos, BARCELONA LLOP, J.: *Ejecutividad...*; LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública*. Madrid, 1991, págs. 21-29; LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 67, BALBÍN, C. F.: «La garantía de defensa en juicio y el principio de ejecutividad del acto administrativo», *RCEE*, 7 (1990), especialmente, págs. 9-19 y, en general, CANO MATA, A.: «Limitaciones al principio de ejecutividad administrativa», *REDA*, 37 (1983), especialmente, págs. 209-211.

³⁹ La Sentencia se refiere al artículo 102 LPA, de 17 de julio de 1958 (publicada en el *BOE* núm. 171, de 18 de julio de 1958), que ha sido derogado por la LRJAPyPAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

⁴⁰ Sentencia TC 22/1984/4.

cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas»⁴¹. La autorización de entrada se contiene en una nueva resolución judicial, que toma en consideración la negativa de los moradores a la entrada y pondera el conflicto entre el acto que debe ejecutarse y el derecho a la inviolabilidad del domicilio⁴².

Ello exige diferenciar de un lado, los acuerdos ejecutivos (que son, a juicio del Tribunal Constitucional, válidamente adoptados) y la ejecución material de tales acuerdos (donde se desconoció el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la recurrente).

El Tribunal entiende, así, que debe existir una resolución judicial específica, que autorizara la entrada domiciliaria. Debe hacerse notar que el artículo 87.2 LOPJ, que obliga a que la Administración solicite ante el Juzgado de Instrucción un mandamiento judicial para la ejecución de actos administrativos que conllevan entradas domiciliarias, fue aprobado por LO 6/1985, de 1 de julio; es decir, con posterioridad a los hechos que se describen y a la Sentencia constitucional que los resolvió.

Esta doctrina sobre la necesidad de una autorización judicial específica que autorice las entradas domiciliarias se extiende, a juicio del Tribunal Constitucional español, no sólo a los actos administrativos, sino, también, a las sentencias judiciales⁴³. La resolución judicial posterior no debería (no podría, de hecho, por la fuerza de la cosa juzgada) entrar en el fondo del asunto, sino, simplemente, conciliar el fallo de la Sentencia con el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Se trata solamente de ponderar la razonabilidad de la limitación producida en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio por la ejecución de la Sentencia y de superar, así, la oposición del morador —que solamente puede ser estimada cuando se ha intentado ejecutar la Sentencia y el morador se ha negado a que se realice la entrada domiciliaria—.

⁴¹ Sentencia TC 22/1984/5.

⁴² DÍAZ DELGADO, J.: *La autotutela...*, pág. 23 y PECES MORATE, J. E.: «La ejecución administrativa y la inviolabilidad del domicilio», *PJ*, 13 (1984), pág. 86.

⁴³ El Tribunal señala como «La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que trata de una resolución tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa, como ocurre en el presente caso. A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una resolución de la Jurisdicción ordinaria en materia civil» (Sentencia 22/1984/5).

Este es, en resumen, el contenido de la Sentencia TC 22/1984. Esta Sentencia constituye, en todo caso, un punto de partida en la preocupación doctrinal por la inviolabilidad del domicilio pues, como ya se ha señalado, origina un buen número de comentarios doctrinales, bastante críticos por lo demás, como se va a ver en las siguientes páginas.

3.2. La reacción doctrinal: la inviolabilidad del domicilio y la ejecutoriedad de los actos administrativos

Como ya se ha apuntado con anterioridad, pocas resoluciones del Tribunal Constitucional han sido doctrinalmente tan discutidas como la Sentencia TC 22/1984. Si con anterioridad a esta Sentencia, la doctrina apenas había prestado atención a la inviolabilidad del domicilio, la citada Sentencia provocó un buen número⁴⁴ de comentarios jurisprudenciales que, por lo general⁴⁵, disientían del parecer del Tribunal Constitucional⁴⁶. Pese a ello el Tribunal Constitucional va a mantener, en lo esencial, su argumentación, que solamente revisará en profundidad con la Sentencia 160/1991.

Tal disenso doctrinal se cifraba, en concreto, en la discutible limitación que la ejecutoriedad de los actos administrativos debía sufrir, en opinión del Tribunal Constitucional, en favor de la inviolabilidad del domicilio.

Los autores aceptan, por lo general, que los derechos fundamentales constituyan un límite a la ejecutoriedad de los actos administrati-

⁴⁴ Vid. LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*; ALFONSO BOZZO, A. de: *Sobre...*; SÁNCHEZ ISAC, J.: «La ejecución forzosa de los actos de la Administración y la inviolabilidad del domicilio, en la doctrina del Tribunal Constitucional», en AA.VV.: *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*. Madrid, 1985; COLOM PASTOR, B.: *Autorización...*; DÍAZ DELGADO, J.: *La autotutela...*; PECES MORATE, J. E.: *La ejecución...*; QUINTANA LÓPEZ, T.: *La autorización...*

⁴⁵ Alaba la Sentencia, por el contrario, SUÁREZ ROBLEDANO, J. M.: *La salvaguarda...*, pág. 1687.

⁴⁶ Especialmente LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 38, mantenido, varios años después, en *Límites...*, pág. 2270, ALEJANDRO NIETO G.: en *Actos...*, y «Las autorizaciones judiciales para la ejecución de actos y acuerdos municipales que afecten a los derechos fundamentales», en AA.VV.: *Las relaciones entre Administración local y Administración de justicia* (Jornadas celebradas en Barcelona entre el 20 y el 22 de septiembre de 1988). Vol. I. Barcelona, 1990, pág. 308. Vid., también, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*. 3.^a ed. Madrid, 1989, págs. 772-773.

vos⁴⁷. Éste es el punto de partida lógico también de este trabajo: la idea de que los derechos fundamentales son un límite infranqueable a la ejecutoriedad de los actos administrativos. Ello era claro en 1984, en relación con las disposiciones hoy derogadas de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que regulaban dicha materia. Así, el artículo 102 LPA, derogado en 1992, señalaba que «la Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrá proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo cuando por Ley se exija la intervención de los Tribunales».

En su momento, fue posible plantearse si este artículo era o no respetuoso con la inviolabilidad del domicilio en particular y los derechos fundamentales en general. Era así posible mantener una interpretación constitucionalmente enriquecida del artículo 102 LPA, en conexión con el artículo 108 del mismo cuerpo legal, que subordinaba la ejecutoriedad de los actos administrativos al «respeto debido a la dignidad de la persona humana y a los derechos fundamentales...»⁴⁸. El análisis realizado en aquél trabajo sobre el artículo 102 LPA se cerraba con una afirmación que hoy sigue siendo válida; se decía, en efecto, que el artículo 102 LPA era plenamente constitucional y que en él se contiene una declaración general de respeto de los derechos fundamentales (en conexión con el artículo 108 LPA) y otra específica respecto de aquellas normas que contemplaban la intervención judicial (*vid.* el precepto analizado *in fine*)⁴⁹.

Las ideas reseñadas en relación con el artículo 102 LPA son extensibles al vigente artículo 95 LRJAPyPAC, que señala, con meridiana claridad, que «las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales». Asimismo, el vigente artículo 100 LRJAPyPAC (que retoma el contenido del viejo artículo 108 LPA), alude, ahora, al respeto debido a la dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución.

⁴⁷ *Vid.*, por todos, LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 70 y NAVARRO FAURE, A.: *El domicilio...*, págs. 43-44, y la doctrina allí citada.

⁴⁸ Esta idea ya fue apuntada por el autor de este trabajo en *Derecho...*, pág. 5210. *Vid.*, también, ALFONSO BOZZO, A. de: *Sobre...*, pág. 458. Con posterioridad, ofrece la misma argumentación la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Dictamen de 27 de mayo de 1992, citado, pág. 217).

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 5211.

Este breve análisis legal de las normas que regulan la ejecutoriedad de los actos administrativos recuerda, en la misma dirección propuesta por los autores críticos con la Sentencia TC 22/1984, el límite que tal ejecutoriedad encuentra en los derechos fundamentales. Pero es que, además, y ya en relación con la inviolabilidad del domicilio, el artículo 96.3 LRJAPyPAC, señala que «si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado [para la ejecución forzosa de un acto administrativo], las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo, o en su defecto, la oportuna autorización judicial». Este precepto, de dudoso contenido autónomo, fruto de una «anodina tramitación parlamentaria»⁵⁰, reconoce que la ejecutoriedad de los actos administrativos tiene por límite la inviolabilidad del domicilio.

La citada disidencia doctrinal en relación con la Sentencia TC 22/1984 proviene de la que se considera, por lo general, una deficiente configuración que de la inviolabilidad del domicilio realiza el Tribunal Constitucional. Este último extremo justifica el interés que deba prestarse, desde estas páginas, a tales autores.

Especialmente contundentes fueron las respuestas doctrinales de Fernando López Ramón y Alejandro Nieto García⁵¹ al parecer del Tribunal Constitucional. Ello justifica que la presentación sistemática de las críticas vertidas a la Sentencia 22/1984, partan, cuando ello sea posible, de sus valiosos trabajos.

La primera crítica realizada en relación con la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio (que supera, incluso, la doctrina contenida en la Sentencia TC 22/1984) es el de constatar su rigidez respecto de las formulaciones históricas, comparadas y de derecho internacional⁵². Tanto Fernando López Ramón como Alejandro Nieto García se lamentan de que tal formulación no sea equivalente a, por ejemplo, la contenida en las Constituciones alemana e italiana. Alejandro Nieto García recuerda⁵³, en esta misma dirección que, en 1978, la inviolabilidad del domicilio se veía afectada por las disposiciones contenidas en la LECr y por los actos administrativos que podrían ser ejecutados directamente por la Administración, salvo que una ley contemplase la intervención judicial previa (como ocurría con el

⁵⁰ En expresión de JAVIER BARCELONA LLOP (en *Ejecutividad...*, págs. 475 y 526).

⁵¹ Formalizada en su trabajo *Actos...*

⁵² LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 39 y ss. Del mismo autor, *Límites...*, págs. 2270-2271, y NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 9 y ss., y pág. 33 y ss; SANZ GAN-DASEGUI, F.: *La ejecución...*, pág. 146; FARIÑAS MATONI, L. M.^a: *El derecho...*, pág. 20.

⁵³ NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 37.

viejo artículo 130 LGT⁵⁴) y por el procedimiento de ejecución judicial excepcional. Debe insistirse como, al menos hasta 1978, la intervención judicial respecto de la ejecución administrativos era la excepción y la ejecutoriedad la regla general.

Es cierto, como tales autores señalan, que el artículo 18.2 CE, no es idéntico en su alcance a los contenidos en otros textos constitucionales históricos, con los recogidos en constituciones de nuestro entorno o con los incluidos en Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos. De hecho, como se recordará, esta idea ha sido ya señalada en este trabajo. Ahora bien, tal rigidez no se debe, en principio, a la interpretación del Tribunal Constitucional, sino al rigor del propio artículo 18.2 CE, que solamente contempla los supuestos ordinarios de que sea excepcionado por consentimiento⁵⁵, resolución judicial y delito flagrante.

⁵⁴ El autor aludía a la redacción dada a este precepto por la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1963) que residenciaba el control judicial ante los Jueces de paz, comarcales o municipales. Este texto fue modificado por el artículo 110 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, de 23 de diciembre (*BOE* del 24), que atribuía la competencia, en pretendida consonancia con el artículo 87.2 LOPJ, a los Juzgados de Instrucción. Pese a las ventajas que, en opinión de AMPARO NAVARRO FAURE, presentaba esta nueva redacción (*El domicilio...*, pág. 56), el precepto fue declarado inconstitucional por incluirse en una Ley de Presupuestos (Sentencia TC 76/1992/4; *vid.*, en relación con esta formulación del artículo 130 LGT, por todos, SOLER ROCH, M. T.: *Artículo...*, págs. 276-288 y en relación con la Sentencia, CAYÓN GALIARDO, A.: *Declaración...*, págs. 101-105).

La Sentencia TC 50/1995/6, de 23 de febrero, confirma la vigencia del viejo artículo contenido en la Ley de 1963, como ya anunciara AMPARO NAVARRO FAURE (*El domicilio...*, pág. 57) y, de forma más dubitativa, CAYÓN GALIARDO, A.: *Declaración...*, pág. 104. En todo caso, el precepto ha sido recientemente derogado (*vid.* nota 243, *infra*).

⁵⁵ El consentimiento no puede considerarse, en sentido estricto, excepción del derecho fundamental (*vid.* en contra, y entre otros, ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, pág. 114), sino, más bien, ejercicio del mismo derecho. Sus requisitos son fijados en la Sentencia TS Ar. 1990/9510.

En todo caso, y en relación con el registro procesal, el consentimiento supone «una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento del morador» (Sentencia TS Ar. 1995/0156/6), que puede ser expreso o tácito (Sentencia TC 22/1984/3), y cuya existencia puede establecerse teniendo en cuenta la actuación del interesado antes, durante y después de la entrada. No puede presumirse tal consentimiento cuando la policía evita al titular del domicilio (Sentencia TS Ar. 1995/0156/7) o cuando la policía penetra con engaño en la casa (Sentencia TS Ar. 1992/3541/2), aunque parece concurrir cuando el afectado no invocó la vulneración del domicilio en su declaración posterior (Sentencia TS Ar. 1995/0158/2 y Auto TS Ar. 1995/5775/2).

En relación con el delito de allanamiento de morada, la existencia de consentimiento excluye la antijuridicidad de la acción (entre otras muchas, Sentencia TS Ar. 1992/10438/3). No concurre el consentimiento cuando éste no consta expresamente (Sentencias TS Ar. 1989/8683/3, entre otras) o cuando concurren diversas circunstancias: alarma

Esto no ocurre en otras normas cercanas, como son, a título de ejemplo, los artículos 13 LFB, 14 CI o 8 CEDH. Pero precisamente por ello no pueden extrapolarse al artículo 18.2 CE ni las soluciones ni los argumentos utilizados en apoyo de los primeros artículos citados.

Lo mismo ocurre con la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Este precepto que, como se recordará, reconoce, entre otros extremos, el derecho inviolable de los ciudadanos a la seguridad de su domicilio frente a pesquisas y embargos arbitrarios, se limita a señalar que «no se decretará entrada y registro sin motivo fundado y corroborado por palabras de honor o juramentos o sin que se determine el lugar que debe ser objeto de reconocimiento y las personas o cosas de las que haya de apoderarse»⁵⁶. Como ya se ha señalado, lo que la IV Enmienda a la Constitución de Estados Unidos prohíbe son las entradas arbitrarias; es decir, aquellas que no se fundan en un motivo razonable (*probable cause*). Tal motivo razonable puede ser constatado por el poder judicial o por la autoridad policial. Lo cierto es que, como recuerdan Jerold H. Israel y Wayne LaFave⁵⁷, el Tribunal Supremo ha expresado su preferencia por la existencia de mandamientos (ya sean estos de arresto —Sentencia Beck v. Ohio⁵⁸— o de registro —Sentencia US v. Ventresca⁵⁹—). Pero tal preferencia no supone que se consideren ilegítimas las entradas policiales simplemente basadas en un motivo razonable. Y ello es así porque, como recuerda Edward S. Corwin, el Tribunal no se cuestiona en su labor revisora si la policía tuvo oportunidad razonable de solicitar una orden judicial, sino, simplemente, si la entrada fue, o no, razonable⁶⁰.

Es frecuente que la justificación policial de tal entrada sea examinada posteriormente, si el afectado interpone una moción de supresión de las evidencias. Es entonces cuando el policía debe, mediante su

producida en el morador, resentimiento entre morador e infractor, forma o propósito de la entrada (entre otras, Sentencias TS Rec. 1904/0013/ún., Rec. 1888/0337/1, Rec. 1899/0122/1 y Ar. 1992/5406/6, respetivamente). Se parte de la presunción de que no existe consentimiento (*vid.* con carácter general, entre otras, la Sentencia TS Ar. 1993/0163/1 y Rec. 1889/0306/10). El consentimiento no puede ser, obviamente, viciado por engaño (Sentencia TS Ar. 1950/1145/ún.).

En relación, en fin, con la ejecución de actos administrativos, *vid.*, por todas, la Sentencia TS Ar. 1986/7165.

⁵⁶ Trad. de GREGORIO PECES-BARBA: *Textos...*, págs. 83-84.

⁵⁷ En *Criminal...* (1988), pág. 69.

⁵⁸ 379 US 89 (1964).

⁵⁹ 380 US 102 (1965).

⁶⁰ En *La Constitución...*, pág. 447 (*vid.*, también, las notas 24 y 25 de la misma página, donde se cita la jurisprudencia que apunta en una y otra dirección) y SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), pág. 37.

testimonio, justificar ante el juzgado que un motivo verosímil habilitaba la realización de la discutida entrada. La constatación de ese motivo verosímil no es, en todo caso, evidente. El propio Tribunal Supremo ha señalado que «Cuando se trata con una causa probable... como el nombre mismo lo indica, lidiamos con probabilidades» (Sentencia Brinegar v. US⁶¹). Ello explica que el Tribunal Supremo haya desarrollado un buen número de criterios (*test*) para examinar la adecuación constitucional del motivo verosímil en general, y de cada forma de acceso a la información en particular⁶².

Mayor interés tiene, en el marco de este trabajo, la afectación de la IV Enmienda en el domicilio de los particulares; es decir, en las moradas. A este respecto, el Tribunal Supremo ha afirmado que «el registro de una morada sin mandamiento judicial es, en sí mismo, irrazonable y aberrante para nuestro derecho» y que «la creencia, sin embargo bien fundada, de que un artículo buscado se esconde en una morada, no justifica el registro de ese local sin un mandamiento judicial» (Sentencia Agnello v. US⁶³). Posteriormente, la Sentencia Payton v. NY⁶⁴ extiende tal jurisprudencia sobre el registro a la del arresto llevado a cabo en la vivienda del (presunto) delincuente. La razón es que una entrada para arrestar y una entrada para registrar y secuestrar

⁶¹ 338 US 160 (1949). La traducción es de EDWARD S. CORWIN: (*La Constitución...*, págs. 442-443). El texto extractado en inglés puede consultarse en LAFAYE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal...* (1992), pág. 141. Debe hacerse notar, en todo caso, que el término *probable cause* ha sido traducido en el presente trabajo como *motivo verosímil*.

⁶² En general, el Tribunal Supremo ha mantenido el criterio de la mayor probabilidad (*more-probable-than-not-test*), que exige individualizar a la persona afectada por la posible injerencia —Sentencia Mallory v. US, 354 US 449 (1957)—.

Los Tribunales inferiores suelen ser menos exigentes [ISRAEL, J. H. y LAFAYE, W. R.: *Criminal...* (1988), págs. 72-73] y, además, los criterios se matizan respecto de cada forma de adquisición de la información en la que se basa el motivo razonable. Así, en relación con los confidentes el Tribunal Supremo ha usado primero el criterio de las dos puntas (*two-progred test*) —Sentencia Spinelli v. US, 393 US 410 (1969)—, relacionado con la fiabilidad del confidente —derivada, por ejemplo, de sus colaboraciones anteriores, Sentencia McCray v. Ill., 386 US 300 (1967), o de su carácter autoincriminatorio, Sentencia US v. Harry, 403 US 573 (1971)— y con la forma de adquisición de la información. En la Sentencia TS Ill. v. Gates, 462 US 213 (1983), el Tribunal estima, sin embargo, que debe considerar todas las circunstancias del caso (*totality of the circumstances test*). Algunas de las Sentencias citadas se pueden consultar en SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), págs. 59, 69, 77 y ss.

Vid., sobre el motivo verosímil, por todos, LAFAYE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal...* (1992), págs. 138-154, especialmente, págs. 139-142 y CORWIN, E. S.: *La Constitución...*, págs. 442-446 y SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), pág. 158 y ss.

⁶³ 269 US 20 (1925). El texto se extrae de MORELAND, R.: *Modern...*, pág. 109.

⁶⁴ 445 US 573 (1980). Un resumen de la Sentencia puede consultarse en ALLEN, R. J. y KUHN, R. B.: *Constitutional...* (1985), págs. 577-583, esp. pág. 580 y nota posterior, págs. 583-595.

propiedad cuestionan el mismo interés (preservar la *privacy* y la santidad del hogar) y justifican el mismo nivel de protección constitucional⁶⁵.

No obstante, el Tribunal Supremo estima que cuando concurren circunstancias exigentes (*exigent circumstances*), que se denominan así por imponer la actuación policial inmediata, es posible realizar entradas domiciliarias al margen de toda intervención judicial⁶⁶. Tales circunstancias exigentes han sido descritas en la Sentencia *Dorman v. US*⁶⁷, y justifican la entrada domiciliaria realizada sin mandamiento judicial cuando *a*) se trata de un delito grave⁶⁸, *b*) se piensa razonablemente que el sospechoso está armado, *c*) hay una clara muestra de motivo verosímil, *d*) se tienen fuertes razones para creer que el sospechoso está en ese local, *e*) se estima probable que el sospechoso escape si no es rápidamente detenido, *f*) se entra de forma pacífica, y *g*) se entra de noche (ya que si, de un lado, supone una mayor intromisión, de otro, puede también justificar la imposibilidad de obtener un mandamiento judicial).

El artículo 66 CF indica, como ya se ha señalado con anterioridad, que la autoridad judicial garantiza la libertad individual (la que incluye, dentro de sí, la inviolabilidad del domicilio). Tal extremo ha sido recordado recientemente por el Consejo Constitucional francés, cuando ha afirmado que «la protección de esta libertad [individual] hace necesaria la intervención de la autoridad judicial cuando puede ser cues-

⁶⁵ *Idem*. Se recoge el texto de LAFAVE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal...* (1992), pág. 181. Ahora bien, la Sentencia sigue indicando que «un auto de detención fundado en motivo verosímil aporta, implícitamente, una limitada autoridad para entrar en la morada en la que el sospechoso vive cuando existen razones para creer que el sospechoso está dentro» (se cita mediante ALLEN, R. J. y KUHNS, R. B.: *Constitutional...* (1985), pág. 581).

⁶⁶ Existen otras hipótesis que posibilitan la realización de entradas domiciliarias, como es la doctrina de la simple vista (*the plain view doctrine*) o la orden judicial de detención (*vid. nota precedente*).

⁶⁷ 435 F.2d 385 (D.C.Cir.1970). Información extraída de LAFAVE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal...* (1992), pág. 182. También se explicitan la naturaleza y el alcance de estas circunstancias exigentes en las Sentencias *Warden, Maryland Penitentiary v. Hayden*, 387 US 294 (1967), *Vale v. Louisiana*, 399 US 30 (1970), *Chambers v. Maroney*, 390 US 42 (1970) —en consonancia con *Carroll v. US*, 267 US 132 (1925)—; *US v. Chadwick*, 433 US 1 (1977) y *US v. Ross*, 456 US 798 (1982). Todas las Sentencias citadas en esta nota pueden consultarse en ALLEN, R. J. y KUHNS, R. B.: *Constitutional...* (1985).

⁶⁸ No ocurre esto cuando el oficial penetra en morada ajena para realizar un *test* sanguíneo del nivel de alcohol de su propietario, puesto que el delito es extremadamente menor y no conlleva prisión (como sostuvo la posición mayoritaria del Tribunal Supremo en la Sentencia *Welsh v. Wis.*, 466 US 740 (1984), a la que aluden ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), pág. 101 y *Criminal...* (1992), pág. 183.

tionada la inviolabilidad del domicilio de toda persona que reside en el territorio de la República»⁶⁹.

Ahora bien, el artículo 66 CF plantea problemas en el ordenamiento constitucional francés, en el que, como es sabido, se parte de la distinción de los tribunales judiciales y administrativos, teniendo estos últimos naturaleza administrativa. El artículo 66 CF pretende excluir las eventuales limitaciones del derecho fundamental que provengan de la jurisdicción administrativa y dotar de una competencia universal y exclusiva a la autoridad judicial. Esta idea se percibe ya claramente de la Ley constitucional de 3 de junio de 1958, que marca, además de otros cuatro principios sobre los que reposa la Constitución de 1958, el de que «la autoridad judicial debe permanecer independiente para asegurar el respeto de las libertades esenciales tal y como son definidas por el Preámbulo de la Constitución de 1946 y por la Declaración de los Derechos del Hombre, a la que se refiere»⁷⁰.

No obstante, una abundante jurisprudencia⁷¹ (incluso preconstitucional), cuestiona una y otra vez si los tribunales administrativos pueden garantizar, también, en sus funciones, la libertad individual. Algunas Sentencias de diferentes jurisdicciones francesas defienden tal posibilidad. Así, por ejemplo, la Sentencia Septfonds del Tribunal de Conflictos (de 16 de junio de 1923) señala que fuera de los casos de vía de hecho⁷², la autoridad judicial no puede apreciar la legalidad de las decisiones administrativas que originen el procedimiento (como es,

⁶⁹ Decisión 90-281 DC, citada, Considerando 4 (pág. 416).

⁷⁰ Dato aportado por BRUNO GENEVOIS, en *La jurisprudence...*, pág. 194.

⁷¹ En las siguientes líneas se intenta sistematizar las abundantes referencias jurisprudenciales realizadas en LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B.: «Observations a l'arrêt T.C. 27 mars 1952, Dame de la Murette», en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9.^a ed. París, 1990, págs. 486 y ss.; ROBERT, J.: *Libertés...*, pág. 9 y ss., págs. 143 y ss. y págs. 255 y ss.; FAVOREU, L. y PHILIP, L.: *Les grandes...* (1986), pág. 364 y ss.; RENOUX, T.: *Le Conseil...*, pág. 531 y ss.; ROCHE, J. y POUILLE, A.: *Libertés...*, pág. 82.

⁷² Idea que se repite en las Decisiones Veper del Consejo de Estado, de 30 de julio de 1949; Époux Jaubert del Tribunal de Conflictos, de 12 de febrero de 1953; Ponfarcy, del Consejo de Estado, de 5 de mayo de 1954 y las Sentencias Escorbiac y Société d'Agglomérés et de Moulage et Orfila, dictadas por secciones del Consejo de Estado el 25 de junio de 1954 y el 11 de febrero de 1972, respectivamente.

Vid., ROBERT, J.: *Libertés...*, pág. 9 y ss. Pueden constituer vías de hecho, por ejemplo, la prohibición realizada a un militar de entrar en su casa (Decisión Guigon del Consejo de Estado, de 13 de julio de 1966), el embargo de una caja de un almirante poco antes de su muerte (Decisión Consorts Muselier del Consejo de Estado) o la retirada de un pasaporte (Sentencia Les petites affiches del Tribunal de Conflictos, de 25 de mayo de 1987).

en este caso, una medida administrativa de internamiento)⁷³. El mismo Consejo de Estado, en su Decisión *Alexis et Wolf* (de 7 de noviembre de 1947) se considera competente para juzgar los recursos de exceso de poder presentados contra actos administrativos que vulneran, presuntamente, la libertad individual⁷⁴. Lo mismo ocurre cuando se demanda a la colectividad (Sentencia *Dame de la Murette* del Tribunal de Conflictos⁷⁵, de 27 de marzo de 1952). De forma especialmente taxativa, la conocida Sentencia *Clément* del Tribunal de Conflictos, de 16 de noviembre de 1964, señala que la autoridad judicial no puede ni apreciar la legalidad de un acto administrativo, ni interpretar si constituye o no un acto individual, ni, aún menos, anularlo. Los recursos de anulación contra actos administrativos deben ser resueltos por la jurisdicción administrativa. Esta idea es reafirmada en la Decisión *Touchou* del Consejo de Estado francés, de 22 de abril de 1966, y se justifica en el principio de división de poderes (concretamente, en el Decreto de 16-24 de agosto de 1790). Asimismo, la jurisdicción administrativa es la encargada de reparar las consecuencias del acto administrativo inválido (Decisión *Ministre de l'Interieur v. Société de Témoignage Chrétien* del Consejo de Estado, de 4 de noviembre de 1966).

Aunque otras resoluciones han recordado que es la autoridad judicial la encargada de garantizar la libertad individual (como es la Sentencia *Hilaire* del Tribunal de Conflictos, de 18 de diciembre de 1947)⁷⁶, y pese al tenor literal de ciertas disposiciones legislativas⁷⁷, la tendencia jurisprudencial más reciente es la de reconocer que las

⁷³ Extremo confirmado por el Consejo de Estado en su Decisión *Veper*.

⁷⁴ Posición confirmada en su Sentencia de 2 de febrero de 1978.

⁷⁵ Sentencia comentada en LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B.: *Observations...*

⁷⁶ En dirección cercana, las Sentencias *Métivier c. Bodin* del Tribunal de Conflictos, de 30 de noviembre de 1953, y *Bogdan, Vuckovic* del Tribunal de Casación Penal, de 25 de abril de 1985.

⁷⁷ La derogada Ley de 7 de diciembre de 1933 daba al artículo 112 CICF la siguiente redacción: «El conflicto de atribuciones no puede ser jamás elevado y los tribunales del orden judicial son siempre exclusivamente competentes en toda instancia civil fundada sobre los hechos que constituyeran infracciones previstas por los artículos 114 a 122, y 184 CP[F]» (tales preceptos, que se incardinaban en el hoy derogado Código Penal de 1832 aludían a los delitos contra la libertad individual). La Ley de 31 de diciembre de 1975, que pretende aclarar aún más la cuestión, incorpora los apartados 3 y 4 del artículo 136 CICF. El nuevo artículo 136.4 CICF reitera lo establecido en la vieja Ley de 1933. El nuevo artículo 136.3 CICF declara la competencia judicial exclusiva en los asuntos relacionados con la inobservancia de las formalidades prescritas en relación con las mandatos de comparecencia, arresto, etc... (datos extraídos de Long, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B.: *Observations...*, págs. 485 y 487). Como en el texto se indica, el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos han inter-

autoridades judicial y administrativa son competentes para garantizar la libertad individual. Así, la Sentencia Guigon del Tribunal de Conflictos, entiende que ambas jurisdicciones pueden constatar la nulidad del acto administrativo impugnado y, la posterior Decisión Consorts Muselier del Consejo de Estado, de 10 de octubre de 1969, extiende tal doble competencia a la determinación de la reparación. El propio Consejo Constitucional francés parece optar por esta dirección en su Decisión 89-261 DC, de 28 de julio, cuando estima que la disposición legislativa que declaraba únicamente competente a la autoridad judicial para juzgar la legalidad de una orden de expulsión de un extranjero en situación irregular es contraria a la Constitución⁷⁸.

En todo caso, el artículo 18.2 CE, que se analiza en el presente trabajo, no se inscribe en un ordenamiento constitucional que diferencia los tribunales judiciales y administrativos y se limita a exigir, además, que la limitación del ejercicio del derecho fundamental se realice mediante resolución judicial. Ello aconseja examinar el problema y sus posibles soluciones desde la exclusiva perspectiva del derecho español.

Antes de hacerlo, debe hacerse notar que la excesiva rigidez del artículo 18.2 CE frente a otras regulaciones constitucionales europeas (como son la alemana o italiana) no beneficia siempre al primero respecto de los segundos. Es cierto que las limitaciones que pueden operar frente al derecho fundamental son menores que las reconocidas en otros países, pero también se ha visto como, a diferencia de lo que ocurre en ellos, configura una noción estricta de domicilio y beneficia a las personas físicas pero no, en opinión de quién escribe estas líneas, a las personas jurídicas. El problema radica, en todo caso, en el precepto constitucional y no en la tantas veces citada Sentencia TC 22/1984. En este sentido Jesús E. Peces Morate ha señalado que «cualquiera que sea el juicio que merezca el texto del artículo 18.2 de la Constitución en relación con el Derecho comparado o las circunstancias históricas que determinaron su redacción, lo cierto es que resulta diáfano y no parece que permita otra interpretación que la llevada a

pretado restrictivamente esta derogación al principio de separación de poderes (*ibidem*, pág. 487).

⁷⁸ Decisión 89-261 DC, citada. *Vid.*, también, la Decisión 86-224 DC, de 23 de enero de 1987, que reconoce competencia administrativa en el ejercicio de potestades administrativas (*ibidem*, págs. 303-305).

Ya THIERRY RENOUX había defendido la unidad de jurisdicción en materia de atentados contra la libertad individual, en su *Le Conseil...*, pág. 548 (*vid.*, también, págs. 554-555).

cabo por el Tribunal Constitucional»⁷⁹, refiriéndose a la Sentencia TC 22/1984. Si el artículo 18.2 CE es excesivamente rígido en la protección que depara, la solución más correcta es, como indica el mismo autor citado, antes que someterlo a interpretaciones forzadas, modificarlo⁸⁰. La vía de la revisión constitucional es, en su caso⁸¹, la adecuada para resolver tales cuestiones, pero no la de la interpretación.

En segundo lugar, Alejandro Nieto García entiende que la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio se debe conectar con la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal referida a la medida de entrada y registro en lugar cerrado (artículo 545 y ss. LECr). Tal conexión la deducen diversos autores, fundamentalmente, de dos hechos. De un lado, el artículo 545 LECr, cuando dispone que «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», copia, literalmente, el artículo 6 de la Constitución de 1876⁸² y desarrolla tales casos y formas. De otro lado, recuerdan, como en este trabajo se ha hecho, que la idea del constituyente de vedar toda entrada y registro se modificó sin ninguna justificación en entrada o registro⁸³. Ello lleva a Alejandro Nieto García a explicitar algunas de las reglas contenidas en la LECr en relación con el registro domiciliario⁸⁴.

De hecho, y en esta misma línea, José Díaz Delgado se plantea⁸⁵ si la Sentencia TC 110/1984 puede suponer una revisión de la doctrina

⁷⁹ En *La entrada...*, pág. 39. La novedad de la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio fue ya apreciada por LORENZO PLAZA ARRIMADAS, en *La inviolabilidad...*, pág. 694.

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 42.

⁸¹ A este respecto es, quizás, conveniente recordar como el profesor JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA señaló, en el Seminario celebrado el 18 de octubre de 1991 en el Centro de Estudios Constitucionales sobre el artículo 21.2 LOPSC (posteriormente declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional) y en el que participaron, también, los profesores MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA, MANUEL ARAGÓN REYES, DIEGO LÓPEZ GARRIDO y PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVIJANO, entre otros, que el legislador no podía rebajar el nivel de protección que los derechos tenían antes de la Constitución. Esta sugerencia fue recogida favorablemente por el resto de asistentes. *Vid.*, en todo caso, una vez más, la Decisión CCF 84-181 DC, Considerando 47, págs. 199-207 y, en el plano doctrinal, por todos, RIVERO, J.: *La jurisprudencia...*, págs. 286-287.

⁸² ALFONSO BOZZO, A. de: *Sobre...*, pág. 456 y NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 24.

⁸³ LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, págs. 42-45 y NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 12.

⁸⁴ NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, págs. 35-36.

⁸⁵ DÍAZ DELGADO, J.: *La autotutela...*, pág. 22 y NIETO GARCÍA, A.: *Las autorizaciones...*, págs. 310-311. Debe reiterarse, una vez más, que el artículo 18.1 CE protege una intimidad material (es decir, cuantificable), en tanto que los derechos reconocidos en los apartados 2.º y 3.º del mismo derecho contienen garantías formales de la intimidad (en

contenida en la Sentencia TC 22/1984. En la Sentencia TC 110/1984/3 se vincula, de un lado, los derechos recogidos en los artículos 18.1 y, en lo que aquí interesa, 18.2 CE. En efecto, el Tribunal indica que «la inviolabilidad del domicilio [...] tiene como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás». De otro, la Sentencia más reciente señala que el derecho a la intimidad solamente prohíbe, a la luz del artículo 17.4 PIDCP (1966), las injerencias en la intimidad arbitrarias o ilegales. Es posible, a juicio de José Díaz Delgado, extrapolar esta jurisprudencia al derecho a la inviolabilidad del domicilio, superando, con ello, el estrecho formalismo contenido en la Sentencia TC 22/1984.

Tales argumentaciones deben ser, en todo caso, rechazadas. De un lado, que el artículo 545 LECr fuese, en su momento, desarrollo del artículo 6 de la Constitución de 1876 no es óbice para considerar que lo sea también del artículo 18.2 del vigente texto constitucional. Y ello porque, como se ha explicado ya en este trabajo, la inviolabilidad del domicilio es, en un primer momento, un instrumento para garantizar la libertad personal. De ahí que se conecte con normas procesales penales. No obstante, como allí también se apuntó, la configuración actual de la inviolabilidad del domicilio protege principalmente la intimidad; y ésta puede ser igualmente desconocida por una orden de entrada y registro como por la ejecución forzosa de un acto administrativo en el domicilio. Debe hacerse notar, finalmente, en esta misma dirección, que el derecho no prohíbe la realización de tales pesquisas o actuaciones forzosas de la Administración, sino que sólo las condiciona a la existencia de una resolución judicial.

De otro lado, tampoco es de recibo el argumento basado en que la Constitución donde dice entrada o registro debe decir, entrada y registro; de tal forma que las entradas que pretendan algo diferente (como son las que tienen por fin ejecutar un acto administrativo) puedan ser consideradas, en principio, compatibles con el precepto constitucional⁸⁶. El rechazo de esta argumentación no se justifica solamente en que nuestra Constitución dice, en su artículo 18.2, entrada o registro. Es que, más allá del tenor literal del artículo 18.2 CE, se ha constatado, desde un punto de vista dogmático, que la inviolabilidad del domicilio protege, en la actualidad, la intimidad. Si en otros momentos históricos, la inviolabilidad del domicilio hacía referencia explícita al

las que sólo hay entradas legítimas o ilegítimas, independientemente del nivel de lesión material que puedan provocar en la intimidad).

⁸⁶ LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 52.

registro porque ambos pretendían ser garantías de la libertad personal, en la actualidad es quizás más correcto, como ya se ha señalado en otras páginas de este mismo trabajo, conectar las garantías del registro con los derechos de defensa.

La tercera crítica a la configuración constitucional española de la inviolabilidad del domicilio tiene ya por claro destinatario al Tribunal Constitucional. Se señala (en el trabajo de Fernando López Ramón, entre otros) que la interpretación que el Tribunal realiza del artículo 18.2 CE es excesivamente literal, proponiendo, en su lugar, otra teleológica, que atienda al contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social⁸⁷ (artículo 3.1 CC). Tal interpretación hace comprender que la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad frente a las pesquisas e *inmisiones* en el domicilio (términos, por cierto, empleados en la misma Sentencia⁸⁸). De hecho, se dice que el Tribunal incurre en un error lógico, pues, pese a su interpretación literal acude, en un momento de su disertación, al estado de necesidad⁸⁹, cuando éste no aparece citado en el artículo 18.2 CE.

Es interesante detenerse en la última parte de la fundamentación. Se ha señalado, en efecto, que el Tribunal Constitucional traiciona tal rigor interpretativo, que hay un error lógico en su alusión al estado de necesidad. Si con ello se intenta justificar que, al igual que el Tribunal Constitucional admite como límite la existencia del estado de necesidad, podría haber admitido la ejecutoriedad de los actos administrativos, se incurre en un error. La razón es bastante evidente. La ejecutoriedad de los actos administrativos está amparada, pero no exigida, por el principio de eficacia con el que debe actuar la Administración (Sentencia TC 22/1984/4); es decir, contribuye a la efectividad de la actuación administrativa, pero no es esencial a la misma. Sin embargo, la referencia hecha al estado de necesidad debe conectarse con el orden público constitucional al que ya se ha aludido en la presente investigación. Desde esta óptica debe afirmarse que tal estado de necesidad

⁸⁷ LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 58. Idea reiterada por el mismo autor en *Límites...*, pág. 2271. *Vid.*, también, NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 41.

⁸⁸ *Ibidem*, págs. 59 y 60. Hecho también observado, en tono crítico, en SÁNCHEZ DE LAMADRID C. y MORILLO-VELARDE DEL PESO, J. A.: «La garantía judicial de derechos concretos: la Administración, el domicilio y los interdictos», *LL*, 1 (1989), pág. 1030.

⁸⁹ LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 58, donde alude a un pasaje de la Sentencia 22/1984/5. *Vid.*, en el mismo sentido, FONT I LLOVET, T.: *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*. Madrid, 1985, pág. 145, nota 88. Sobre el estado de necesidad, *vid.* DÍAZ DELGADO, J.: *La autotutela...*, pág. 22 y en relación al Derecho alemán, GENTZ, M.: *Die Unverletzlichkeit...*, págs. 175-176.

(entendido como garantía del orden público) es presupuesto y garantía esencial de los propios derechos fundamentales.

Si se acepta, con Fernando López Ramón, que la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad⁹⁰, se aceptará también, como cuarto argumento crítico relacionado con la Sentencia 22/1984, que aquellos actos administrativos que no persigan *lesionar* la intimidad no pueden vulnerar la inviolabilidad del domicilio; o, de forma positiva, se atenderá contra el derecho reconocido en el artículo 18.2 cuando se pretende dañar la intimidad⁹¹. Este autor y Alejandro Nieto García advierten de la posible apoyatura en el derecho fundamental en examen para defender no la intimidad, sino la propiedad (F. López Ramón⁹²) o los intereses patrimoniales (A. Nieto García⁹³). El último autor citado estima que, en tal caso, estaríamos ante un abuso del derecho, ya que «el derecho a la inviolabilidad del domicilio no puede servir de pretexto para que el titular pretenda liberarse de deberes o para defenderse de acciones administrativas que nada tienen que ver con la vivienda»⁹⁴.

En un sentido cercano, el Magistrado Francisco Rubio Llorente finaliza su Voto Particular afirmando que «la ejecutoriedad del acuerdo administrativo de desalojo no implica contradicción alguna con el derecho a la inviolabilidad del domicilio de quien, como en el presente caso sucede, fue notificado de tal acuerdo y tuvo la posibilidad de buscar y obtener frente a él el amparo judicial»⁹⁵.

Este argumento, de indudable contenido práctico, debe ser, también, puesto en cuestión. Es cierto que, como ya advirtiera Tomás Quintana López en relación con la Sentencia TC 137/1985, es posible utilizar la inviolabilidad del domicilio para la defensa de intereses es-

⁹⁰ El autor alude a la intimidad y a la *privacidad*; es decir, no utiliza una noción estricta de intimidad, a la que se ha aludido anteriormente en este trabajo.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 70. *Vid.* SÁNCHEZ DE LAMADRID Y AGUILAR, C. y MORILLO-VELARDE DEL PESO, J. A.: *La garantía...*, pág. 1031.

⁹² En *Inviolabilidad...*, pág. 59.

⁹³ En *Actos...*, pág. 14.

⁹⁴ *Ibidem*, pág. 15. Cita el autor, en su apoyo, los artículos 7 y 6 CC en lo referente a las nociones de buena fe y fraude de ley (de Constitución, para el autor) y el 11.2 LOPJ, que señala que los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal (*ibidem*, págs. 15-16). *Vid.*, también, GÓMEZ GUILLAMÓN, R.: *El artículo...*, pág. 81.

⁹⁵ En la misma dirección, COLOM PASTOR, B.: *Autorización...*, pág. 256 y, de forma más matizada, NIETO GARCÍA, A.: *Las autorizaciones...*, pág. 315. El último autor citado señala que «al menos podría reservarse la exigencia de mandamiento judicial para los casos en que no hubiera intervenido, por pasividad del interesado, un órgano judicial» (*idem*).

purios, distintos a la intimidad⁹⁶. Y ello con independencia de que se predique de personas físicas o jurídicas. Ahora bien, ello es así porque la inviolabilidad del domicilio, como ya se ha visto, es una garantía formal de la intimidad personal. Tal protección podría expresarse con la máxima de que todo lo que tiene que ver con el domicilio en su acepción constitucional, tiene que ver, también, *ex constitutione*, con la intimidad. Ello supone que toda entrada domiciliaria que no se ajuste a los supuestos expresamente previstos en el artículo 18.2 CE o que no se justifique en el orden público constitucional implica siempre vulneración de la intimidad, lesión que no precisa ser justificada (a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del artículo 18.1 CE). Estas ideas aconsejan desechar la argumentación propuesta, y sostener, con Bartomeu Colom Pastor, que la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad de la persona frente a las intervenciones de los poderes públicos o de los particulares, en el ejercicio de funciones represivas o no⁹⁷.

No parece posible tampoco equiparar la aquiescencia (que es, por definición, una situación pasiva) con el consentimiento constitucionalmente exigido en el artículo 18.2 CE (que prejuzga un acto positivo de voluntad) (como ha mantenido Alejandro Nieto García, entre otros). De hecho, es posible que el particular no recurra el asunto pero sí niegue la entrada domiciliaria. Presumir que en este caso sí existe consentimiento supone alterar el carácter voluntario del permiso. La libre negativa del titular solamente puede ser superada, en su caso, como la Constitución señala, a través de una resolución judicial.

Las dos críticas siguientes se relacionan directamente con la ejecutoriedad de los actos administrativos. Así, en quinto lugar, Fernando López Ramón es especialmente crítico con la, en su opinión, discutible separación que la Sentencia 22/1984 realiza entre el acto administrativo resolutorio, el acto administrativo que ordena su ejecución y la ejecución material del acto propiamente dicho. El Tribunal estima, como en su momento se vio, que los dos primeros son válidos, pero no la tercera. Fernando López Ramón estima que la distinción entre acto de ejecución y ejecución del acto administrativo tiene sentido cuando «las medidas materiales de ejecución modifiquen de alguna

⁹⁶ QUINTANA LÓPEZ, T.: *Un paso...*, págs. 150-151. En otros lugares de este trabajo se ha defendido, de un lado, que las personas jurídicas no pueden ser consideradas titulares del derecho fundamental por carecer de intimidad personal y, de otro, que toda invasión domiciliaria conlleva la presunción *iuris et de iure* de que la intimidad personal ha sido lesionada.

⁹⁷ En *Autorización...*, pág. 256.

manera los medios de ejecución previstos»⁹⁸. En caso contrario (como es, precisamente, el que origina el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional), hay una línea de continuidad clara entre el acto y su ejecución y, por ello, si el acto era válido la ejecución debe serlo también. Buen apoyo de sus tesis las encuentra Fernando López Ramón en el voto disidente formulado por el Magistrado Rubio Llorente que ahonda en la misma idea. Señala el Magistrado que

«Lo cierto es que el acuerdo requiriendo el desalojo y la ejecución de éste son considerados en la sentencia como partes integrantes de un sólo acto al efecto de entender cumplido el requisito de agotar la vía judicial previa que impone el artículo 43.1 LOTC, pero, por el contrario, son tratados como actos separados a la hora de calificarlos desde el punto de vista de la relación que media entre ambos y el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que se dice preservado por el acuerdo, pero vulnerado por su ejecución».

El magistrado continúa su argumentación haciendo notar que «el acuerdo de desalojo y su ejecución son un mismo acto. Si aquél era, como la sentencia afirma, jurídicamente correcto, su ejecución ha de ser igualmente tenida por tal, en cuanto que, en su realización no se han desconocido otros derechos que aquéllos que él mismo negaba, esto es, en el presente caso, el derecho a mantener como domicilio un local cuya demolición se había ordenado...».

Lo cierto es que uno de los propios autores que disienten del parecer del Tribunal Constitucional en la materia, Alejandro Nieto García, explicita que es la propia Constitución la que impone que no opere respecto de los actos administrativos que conlleven entradas domiciliarias el principio de ejecución en línea directa⁹⁹. «Concluyendo [dice el mismo autor]: el orden lógico de un procedimiento supone una conexión indisoluble entre el acto administrativo resolutorio, el acto administrativo de ejecución y la realización material de ésta [...]. Ahora bien, cuando la ejecución material implica la entrada en un domicilio particular, entonces, y por imperativo expreso de la Constitución, ya no opera el principio anterior y, aunque parezca ilógico, se produce una desconexión en la cadena procedimental y se exige la presencia del juez para legalizar —o, mejor dicho, para constituciona-

⁹⁸ LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 63 y *Límites...*, pág. 2272. *Vid.*, ahora, SOSA WAGNER, F.: *Ejecución...*, pág. 484 y SAINZ MORENO, F.: «Sobre la ejecución “en línea directa de continuación del acto” y otros principios de la coacción administrativa», *REDA*, 13 (1977).

⁹⁹ NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 54.

lizar— esa ejecución material que afecta a un derecho fundamental de los ciudadanos»¹⁰⁰.

En sentido cercano, señala Javier Barcelona Llop que, pese a que la opinión disidente de Rubio Llorente acierta en lo dogmáticamente correcto, no hay que perder de vista la rigidez del precepto (aunque, para el autor, éste puede ser interpretado de forma diferente a la realizada por el Tribunal¹⁰¹).

En conclusión, este problema debe trasladarse al del rigor del artículo 18.2 CE, cuestión a la que ya se ha aludido en las páginas anteriores de este epígrafe y a la que, por ello, cabe remitirse.

La sexta y última crítica dogmática que se hace al Tribunal Constitucional, también relacionada con la ejecutoriedad de los actos administrativos, es la constatación práctica de que no existía cauce legal en el que integrar la necesaria actuación judicial respecto de la inviolabilidad del domicilio¹⁰². Debe recordarse, en efecto, como en el momento de producirse los hechos que dan origen a la Sentencia no existía ninguna norma atributiva de competencia judicial en la materia. Es además discutible el contenido de la actuación judicial en tales casos, que puede cuestionar la labor de la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁰³ y que, de existir, provocará en todo caso, como han señalado Carlos Sánchez de Lamadrid y Aguilar, y José A. Morillo-Velarde del Peso, demoras que pongan en peligro la satisfacción de perentorias necesidades públicas¹⁰⁴.

Es cierto que el Tribunal afirma, en la Sentencia TC 22/1984/3 que «la autoridad judicial está investida [*ex constitutione*] de la suficiente potestad para otorgar las autorizaciones de entrada y registro», pero esto no aclara ni cuál es el juez competente, ni mediante qué procedimiento actúa ni, finalmente, cuál es el contenido de su intervención¹⁰⁵.

¹⁰⁰ *Idem*. En este sentido, deben recordarse las palabras de LORENZO PLAZA ARRIMAS: «lo único que la Constitución ha hecho ha sido condicionar el ejercicio legítimo de esa potestad [administrativa] al cumplimiento previo de un requisito: obtener una autorización judicial para la entrada en el domicilio ajeno, en *La inviolabilidad...*, pág. 695.

¹⁰¹ BARCELONA LLOP, J.: *De la ejecución...*, pág. 179. En parecido sentido, *vid.* SOLER ROCH, M.^a T.: *Artículo...*, pág. 280.

¹⁰² LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, págs. 70-73.

¹⁰³ *Vid.*, por todos, NIETO GARCÍA, A.: *Las autorizaciones...*, pág. 315.

¹⁰⁴ En *La garantía...*, pág. 1030.

¹⁰⁵ LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 73.

Son partidarios de que asuma tal función los jueces civiles PECES MORATE, J. E.: *La ejecución...*, págs. 86-88 y COLOM PASTOR, B.: *Autorización...*, pág. 251. Este último autor estima que si el particular recurre, entonces el asunto debe ser resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta argumentación debe seguir la suerte de las anteriores; es decir, ser rechazada. Ciertamente es que ninguna ley modulaba, hasta 1985, las relaciones entre la ejecutoriedad de los actos administrativos y la inviolabilidad del domicilio, pero de ello no cabe derivar que pueda limitarse el derecho fundamental mediante la evidente transgresión de su contenido, que, en principio, vincula directamente a todos los poderes públicos¹⁰⁶.

La solución a mantener debe ser, por lógica, la contraria, que parte de la constancia de que la inviolabilidad del domicilio condiciona el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos. Es cierto que, como ya se ha indicado, esto puede suponer demorar la efectividad de la ejecución forzosa de los actos administrativos¹⁰⁷; pero ello se hace en defensa de un derecho fundamental. Y en este sentido debe recordarse, una vez más, que la ejecutoriedad de los actos administrativos sirve a uno de los principios (el de eficacia) que debe presidir el funcionamiento de la Administración, pero no constituye en sí misma una exigencia constitucional. Por el contrario, los derechos fundamentales en general y la inviolabilidad del domicilio forman parte del orden público constitucional. Ello explica que la relación dialéctica beneficie (aunque no de forma absoluta) al derecho fundamental y condicione la ejecutoriedad de los actos administrativos que lo afecten en su ejercicio.

Tales argumentaciones dogmáticas se enriquecen, además, en el trabajo de Fernando López Ramón con dos datos referidos al caso concreto. De un lado, el versar sobre un posible domicilio simulado y

Otros autores entienden que tal función debería ser asumida por la jurisdicción contencioso-administrativa, como son DÍAZ DELGADO, J. (*La autotutela...*, págs. 23 y, en especial, 24); BARCELONA LLOP, J. (*De la ejecución...*, pág. 183 y *Ejecutividad...*, pág. 570); PECES MORATE, J. E.: (*La entrada...*, pág. 42); LÓPEZ DÍAZ, A. (*La recaudación...*, pág. 274); GÓMEZ GUILLAMÓN, R. (*El artículo...*, pág. 85) —quién recuerda que también se manejó esta propuesta de *lege ferenda* en las Jornadas que, sobre el artículo 87.2 LOPJ, organizó el Consejo General del Poder Judicial, en 1991 (*ibidem*, pág. 84)—.

Por su parte, CÉSAR ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA entiende que la función en garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio debía beneficiar a la jurisdicción penal [en «La autorización judicial para la entrada en domicilios particulares en ejecución de actos administrativos», *LL*, 1 (1989), pág. 1039].

En fin, JAVIER BARCELONA LLOP y JESÚS E. PECES MORATE critican la atribución que el artículo 87.2 LOPJ realiza en favor del Juzgado de Instrucción (en *De la ejecución...*, pág. 181 y *La entrada...*, págs. 54-55, respectivamente).

¹⁰⁶ Recuérdese, a este respecto, la Sentencia TC 15/1982/6, dictada en relación con la eficacia inmediata de la objeción de conciencia constitucionalmente recogida en el artículo 30.2 CE.

¹⁰⁷ En *La garantía...*, pág. 1030.

no real; y, de otro, la existencia de dos sentencias que confirmaron la legalidad del debatido acto administrativo ¹⁰⁸.

La primera cuestión apuntada, la existencia de un domicilio simulado, alude a un problema de prueba realmente complejo y como tal argumento no puede prosperar, pues es domicilio el lugar destinado a vivienda, aunque ésta se desarrolle durante un corto espacio de tiempo (cosa que ocurre, por ejemplo, en un cuarto de hotel, o en un camarote de barco).

Sí que debe ser tomado en cuenta la segunda observación realizada por Fernando López Ramón respecto del caso concreto. El autor recuerda, también en sentido crítico, que dos sentencias judiciales confirmaron la legalidad del acto administrativo. En esta misma línea, Alfonso de Alfonso Bozzo estima plausible —aunque criticable— la jurisprudencia constitucional referida a los actos administrativos, pero considera exagerado que deban someterse de nuevo al juez penal las Sentencias civiles que impliquen entradas domiciliarias y que deban ser ejecutadas ¹⁰⁹. Respecto de los actos administrativos, el mismo autor considera que la Sentencia ha modificado «el régimen del principio de autotutela del artículo 102 LPA», hoy derogado ¹¹⁰. Se llega así a la idea de que toda intervención civil o administrativa en la superprotegida inviolabilidad del domicilio requiere un permiso judicial (penal) expreso ¹¹¹.

Éste es, quizás, el auténtico núcleo de la cuestión: ¿Cómo puede decirse —como hace el Tribunal Constitucional— que no ha existido resolución judicial cuando dos sentencias confirmaron la legalidad del acto administrativo? La respuesta de este interrogante pasa por un defectuoso entendimiento por parte del Tribunal Constitucional de los términos en los que se reconoce, en nuestro país, la inviolabilidad del domicilio. Parte, en concreto, de la exigencia constitucional de autorización judicial para la realización de entradas domiciliarias, exigen-

¹⁰⁸ *Vid.*, en relación con el último extremo apuntado, el Voto Particular del Magistrado FRANCISCO RUBIO LLORENTE a la Sentencia TC 22/1984. FERNANDO LÓPEZ RAMÓN va más lejos, señalando que «la actividad ejecutoria tanto puede referirse al acto administrativo, ordenando el derribo, como a la sentencia que considera ajustado a Derecho dicho acto. De ahí parece que el Tribunal Constitucional considere necesario —aun sin referencia expresa a la sentencia ejecutada— extender su razonamiento a la ejecución de sentencias» (en *Inviolabilidad...*, pág. 60).

¹⁰⁹ ALFONSO BOZZO, A. de: *Sobre...*, págs. 458-459.

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 457.

¹¹¹ *Ibidem*, pág. 461. Sobre la alusión que el autor realiza a la autorización penal debe recordarse como el Tribunal señala expresamente en la Sentencia TC 22/1984/3 que no hay por qué atribuir necesariamente al juez penal esta función.

cia que, como tratará de justificarse a continuación, no se contiene en el artículo 18.2 CE.

3.3. La resolución judicial constitucionalmente exigida concebida como autorización judicial

Como se acaba de ver, existen numerosos argumentos que contrarrestan el grueso de las críticas que diversos iuspublicistas mantuvieron sobre la Sentencia TC 22/1984. De tal afirmación no se puede colegir, sin embargo, que se comparta el parecer del Tribunal Constitucional. Al contrario, es posible entender que la tantas veces citada Sentencia 22/1984 es criticable, no por considerar que la inviolabilidad del domicilio supone un límite a la ejecutoriedad de los actos administrativos, sino porque dota de un más que discutible contenido a la garantía judicial prevista en el artículo 18.2 CE.

En efecto, lo que el Tribunal Constitucional parece exigir en la Sentencia 22/1984 es que exista un auto judicial *ad hoc* que pondere la necesidad de que la entrada domiciliaria y, en su caso, la autorice u ordene; es decir, que exista una determinada resolución judicial (un auto) con un determinado contenido: una autorización judicial de entrada.

Esta forma de entender la delimitación judicial del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que es también la mantenida, implícita o explícitamente por una buena parte de la doctrina¹¹², tiene algunos corolarios lógicos a los que es preciso referirse.

En primer lugar, desde un punto de vista lógico, conlleva considerar que el órgano judicial actúa, en todo caso, como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (en el marco del artículo 117.4 CE), fuera de su función jurisdiccional (artículo 117.3

¹¹² ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, pág. 114; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema...*, pág. 223; FIGUEROA NAVARRO, M.^a C.: *Entrada y registro en domicilio*. Madrid, 1994, pág. 17; LORCA MARTÍNEZ, J.: *Una aproximación...*, pág. 3 y GARCÍA MACHO, R.: *La inviolabilidad...*, pág. 861. En dirección cercana, MARCOS F. MASSO GARROTE, alude a los mandamientos que deben revestir la forma de auto fundado (*Nota...*, págs. 164 y 166, respectivamente). Alguno de los autores citados no consideran siquiera la posible afectación del derecho fundamental que provenga de sentencias dictadas por Juzgados o Tribunales de los órdenes civiles o administrativos (pese a que el Tribunal Constitucional había dictado, ya en 1991, la importante Sentencia sobre Riaño —Sentencia 160/1991—). *Vid.*, en sentido contrario y más acorde con nuestro texto constitucional, el Auto TC 129/1990, de 26 de marzo, que se analiza *infra*.

CE¹¹³). Ello sería así porque, fuera de los casos de delito flagrante y causas urgentes de orden público, solamente la autorización judicial de entrada y/o registro podría primar frente a la negativa del morador. Así ningún acto administrativo ni Sentencia judicial sería, en puridad, título legítimo limitativo de la inviolabilidad del domicilio. Solamente el auto judicial que permitiera la efectiva realización de la entrada domiciliaria para ejecutar el acto administrativo o la sentencia judicial, dictado por el órgano judicial en su función de garante del derecho fundamental recogido en el artículo 18.2 CE (artículo 117.4 CE), podría afectar al derecho fundamental en examen. En definitiva, no sería así posible conciliar la función jurisdiccional de los jueces y tribunales (artículo 117.3 CE) con su labor de garantía del derecho fundamental en examen (*vid.* artículo 117.4 CE).

En segundo lugar, aceptar la hipótesis apuntada en la citada Sentencia constitucional haría posible centralizar la función de garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en un órgano judicial concreto, que sería, así el juzgado (o, en su caso, el tribunal) encargado de velar, de garantizar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

En tercer y último lugar, consecuencia lógica de los presupuestos contenidos en la Sentencia 22/1984 sería la concepción de la autorización judicial como la orden judicial de entrada que superaría la oposición del morador a que se realizara la entrada. Solamente ante la oposición del morador al cumplimiento del fallo de la Sentencia (es decir, ante la falta del consentimiento), el perjudicado debería acudir ante el juzgado o tribunal garante del derecho fundamental para que éste, a través de la correspondiente autorización judicial, formalizada en todo caso como auto¹¹⁴, pudiera hacer prevalecer el fallo de la Sentencia sobre la inviolabilidad del domicilio. Recuérdense, a este respecto, las palabras del propio Tribunal, cuando se refiere a que cuando el ingreso contemplado por una Sentencia «es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial»¹¹⁵.

Éste es el marco, ciertamente coherente y sistemático, de las reflexiones realizadas por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 22/

¹¹³ QUINTANA LÓPEZ, T.: *La autorización...*, pág. 546 y, en relación con el artículo 87.2 LOPJ, LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución...*, pág. 86, donde alude a la Sentencia TS Ar. 1987/7051. En el mismo sentido, GARCÍA TORRES, J.: *Voz...*, pág. 2157).

¹¹⁴ *Vid.*, por todos, LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución...*, pág. 87, ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, pág. 116 y PLAZA ARRIMADAS, L.: *La inviolabilidad...*, pág. 690.

¹¹⁵ Sentencia TC 22/1984/5.

1984. La Sentencia presenta, sin embargo, un problema, cual es la exigencia de que toda entrada domiciliaria se vea precedida por un auto judicial que contemple una entrada domiciliaria *ad hoc*. La Constitución alude, únicamente, a que la resolución judicial delimita el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio; pero no exige ni un determinado tipo de resolución judicial ni un determinado contenido material a tal resolución (salvo su lógica afectación al derecho fundamental). Lo cierto es que la doctrina no percibió, por lo general, esta discrepancia entre las exigencias literalmente establecidas en la Constitución y las impuestas por el Tribunal Constitucional en su Sentencia. Más bien, al contrario, la Sentencia fue duramente criticada por limitar el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos. El objetivo final de estas críticas no era, pues, discutir la delimitación doctrinal de la resolución judicial contenida en el artículo 18.2 CE, realizada por el Tribunal Constitucional, sino, simplemente, situar la ejecutoriedad de los actos administrativos como un supuesto de limitación constitucional de la inviolabilidad del domicilio, al margen de toda garantía judicial.

Va a ser el propio Tribunal Constitucional quien varíe su doctrina en la Sentencia 160/1991. Es por ello conveniente analizarla para examinar, posteriormente, el significado (y, sobre todo, el alcance) de la revisión jurisprudencial.

4. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMO TAL (SENTENCIA TC 160/1991, DE 18 DE JULIO)

4.1. Origen y contenido de la Sentencia

El origen de la Sentencia TC 160/1991 se halla en el recurso de amparo interpuesto por cincuenta y cinco personas, que impugnan las actuaciones materiales producidas por agentes públicos en relación con el derribo de los edificios del casco urbano de Riaño y, alternativamente, contra el Auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid¹¹⁶, por presunta vulneración de, entre otros, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

¹¹⁶ Por cierto, como recuerda JAVIER BARCELONA LLOP, el recurso contencioso fue presentado el mismo día de la demolición de los edificios del casco urbano de Riaño (en *De la ejecución...*, pág. 184).

El Tribunal Supremo había desestimado la pretensión de los recurrentes por considerar que no había existido ninguna violación de derechos fundamentales. Ello era así porque la doctrina contenida en la Sentencia TC 22/1984 no era aplicable al caso de Riaño, en el que «existieron las resoluciones judiciales de cara no sólo a la expropiación de las tierras, sino también a la ocupación efectiva de las edificaciones y viviendas existentes en ellas, resultando totalmente absurdo que se tuviera que obtener la autorización de entrada en domicilio» a que se refiere el artículo 87.2 LOPJ, precepto referido exclusivamente a la ejecución forzosa de los actos de la Administración¹¹⁷.

Como es sabido, la Sala Primera del Tribunal Constitucional estima que hay contradicción entre la resolución de este caso y el de la Sentencia 22/1984. Por ello, de acuerdo con el artículo 13 LOTC, acuerda someter la cuestión a la consideración del Pleno, quién decide posteriormente, en virtud del artículo 10.k) LOTC, recabar para sí el conocimiento del recurso.

El Tribunal Constitucional estima que lo que se impugna en este caso no es la realización de un acto administrativo, sino la ejecución de las resoluciones judiciales que confirmaron la legalidad de la actuación administrativa¹¹⁸. En concreto señala el Tribunal que «una decisión de los órganos jurisdiccionales relativa a expropiación de viviendas (y más aún con el fin de construir un embalse, como se señala por los recurrentes) implica, sin duda, el desalojo de los en ella habitantes, y, por tanto, una ponderación de los intereses y derechos de éstos, incluidos, desde luego, los referentes al domicilio»¹¹⁹ y, desde un punto más general, que es el que aquí interesa, que «corresponde al Juez, según lo señalado, y de acuerdo con el artículo 18.2 CE, llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Y una vez realizada tal ponderación, se ha cumplido el mandato constitucional»¹²⁰.

«En el presente caso [añade el Tribunal] no estamos, por tanto, ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos amparada en el privilegio de la denominada autotutela administrativa, sino ante la ejecución de resoluciones judiciales firmes

¹¹⁷ Extraído de BARCELONA LLOP, J.: *De la ejecución...*, pág. 185. *Vid.* el Antecedente 2.º de la Sentencia.

¹¹⁸ Sentencia TC 160/1991/8. Esta idea es confirmada en la Sentencia 174/1993/1, de 27 de mayo.

¹¹⁹ Sentencia TC 160/1991/8. *Vid.*, también, la Sentencia TC 126/1995/3.

¹²⁰ Sentencia TC 160/1991/9. Con anterioridad, tal interpretación del artículo 18.2 CE había sido avalada por ALEJANDRO NIETO GARCÍA, en *Las autorizaciones...*, pág. 315.

que autorizaron a la Administración a desalojar y derribar las viviendas expropiatorias conforme a Derecho. Se trata, pues, de ejecución de Sentencias —y no de actos administrativos—, que en principio corresponden al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso (artículo 103 LJC-A), debiendo interpretar esta competencia, tal y como hemos declarado, no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por las Sentencias»¹²¹.

El Tribunal entiende, así, que la pretensión de los recurrentes, que coincide con la —a su propio juicio— errónea doctrina contenida en la Sentencia TC 22/1984, conllevaría lesionar el principio de cosa juzgada y convertiría la intervención judicial en un acto puramente ritual¹²².

Esta jurisprudencia se aplica, obvio es decirlo, a los supuestos en los que se da «una identidad absoluta entre el acto de ejecución material y su título habilitante que no necesita ni permite, siquiera, que se intercale ninguna actuación intermedia de individualización y que, por ello, hace innecesaria una nueva intervención judicial, que en este caso sí sería, sin duda, huera y carente de significado, pues ninguna garantía añadiría a la protección del derecho fundamental de que se trata»¹²³ o, si se prefiere, en otra expresión utilizada en la misma Sentencia, cuando una resolución judicial «dé lugar, por su naturaleza y contenido, a una entrada domiciliaria»¹²⁴. Sí que es necesaria la preceptiva autorización judicial cuando la Administración puede escoger entre diversas formas posibles de ejecutar la sentencia y acaba optando por una de ellas que implica realizar una entrada domiciliaria. Ello es así porque, en este último caso, la sentencia no preveía la entrada (y no se había dado, por ello, la necesaria resolución judicial a los efectos del artículo 18.2 CE).

¹²¹ Sentencia 160/1991/8. Alude a la doctrina constitucional mantenida en la Sentencia TC 67/1984/3.

¹²² La razón es que una Sentencia judicial firme no puede ser revisada sin contrariar «los más elementales principios de seguridad jurídica». Si no cabe la revisión de la Sentencia firme, el control judicial posterior devendría igualmente absurdo por consistir, inevitablemente, en una reiteración automática o mecánica (Sentencia TC 160/1991/9).

¹²³ Sentencia 160/1991/9.

¹²⁴ *Idem*. MERCEDES LAFUENTE BENACHES pone el ejemplo de que la sentencia impusiera a un administrado una sanción administrativa. La Administración podría, ante el impago por parte del administrado, optar por varias vías ejecutivas, como son el embargo de cuentas corrientes o el embargo de bienes muebles localizados en el domicilio del deudor. En este último caso, deberá solicitar el oportuno mandamiento judicial (en *Reflexiones...*, pág. 85). En este mismo sentido, FRANCISCO SANZ GANDASEGUI, en *La ejecución...*, pág. 151 y ANA MARÍA JUAN LOZANO, en *Inviolabilidad...*, págs. 680-681.

En todo caso, la Sentencia 160/1991 ha superado algunos de los problemas planteados por la Sentencia 22/1984. Ha modificado, en concreto, en una primera aproximación, el papel del artículo 87.2 LOPJ, que ya no es aplicable para la ejecución de todo acto administrativo, sino sólo para la ejecución de los actos administrativos cuya legalidad no ha sido jurídicamente confirmada.

La razón es que, como el Tribunal señala, en el caso de que una resolución judicial haya confirmado la legalidad del acto administrativo y ponderado su incidencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, se han cumplido las garantías previstas en el artículo 18.2 CE. Más aún, el acto de ejecución no recaería ya sobre el acto administrativo, sino sobre la misma resolución judicial. Estaríamos, en puridad, en presencia de ejecución de resoluciones judiciales.

La doctrina parte, en todos los casos, de que la Sentencia TC 160/1991 supera la discutible jurisprudencia de la anterior 22/1984¹²⁵. Ello no impide que la Sentencia TC 160/1991 haya sido también, aunque en menor medida, criticada, como se verá en las siguientes líneas.

4.2. La nueva reacción doctrinal: la confirmación judicial de los actos administrativos

La práctica totalidad de los comentaristas de la Sentencia TC 160/1991 estiman que la sentencia contencioso-administrativa no altera, cuando es confirmatoria, la naturaleza administrativa del acto recurrido. Y ello porque la Sentencia es meramente declarativa. Existe ejecución de una resolución judicial, a juicio de los mismos autores, cuando la Sentencia contencioso-administrativa revoca el acto administrativo, ya que, en este caso, la Sentencia innova el ordenamiento jurídico.

Éste es, en síntesis, el primer y principal argumento esgrimido por Javier Barcelona Llop¹²⁶ y Mercedes Lafuente Benaches¹²⁷. Por su parte, Rogelio Gómez Guillamón, aunque estima dogmáticamente difícil de aceptar la idea de que la confirmación judicial altere la naturaleza de un acto administrativo en judicial¹²⁸, entiende que pretende,

¹²⁵ Vid., por todos, FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema...*, pág. 224.

¹²⁶ BARCELONA LLOP, J.: *De la ejecución...*, págs. 193 y 194.

¹²⁷ LAFUENTE BENACHES, M.: *Reflexiones...*, pág. 81.

¹²⁸ En *El artículo...*, pág. 83.

exclusivamente, dispensar de la intervención de otro Juez distinto al que revisó y confirmó el acto¹²⁹.

Por su parte, Javier Barcelona Llop afirma que, para superar la rigidez que ha caracterizado a la doctrina constitucional (que se muestra de forma paradigmática en la Sentencia TC 22/1984) bastaba que el Tribunal hubiera dicho que, en el caso de Riaño, existió autorización judicial, pero no era necesario convertir la ejecución forzosa de actos administrativos en ejecución de resoluciones judiciales. El Tribunal da este paso suplementario, a juicio del autor, para evitar el escollo del artículo 87.2 LOPJ que exige autorización judicial que autorice la ejecución de *actos administrativos*¹³⁰. Javier Barcelona Llop concluye su argumentación opinando que la solución no le parece correcta, pero que es la única posible si se pretende modificar el criterio vigente hasta el momento en la propia jurisprudencia constitucional¹³¹.

Lo que se cuestiona es, en definitiva, la naturaleza del acto administrativo que es posteriormente confirmado (es decir, declarado conforme a Derecho) por un Tribunal contencioso-administrativo. Esta cuestión, que imbrica sus raíces en un problema mucho más complejo, como es el de las relaciones entre la administración y los tribunales¹³², no es pacífica en la doctrina iuspublicista. Es cierto que los citados Javier Barcelona Llop y Mercedes Lafuente Benaches entienden que la confirmación judicial de la legalidad del acto administrativo no altera

¹²⁹ *Ibidem*, pág. 84. Sigue el autor advirtiendo que «darle otro alcance [diferente] conduciría a consecuencias distorsionantes y sin duda no queridas en el fallo» (*idem*).

¹³⁰ BARCELONA LLOP, J.: *De la ejecución...*, pág. 195 (el subrayado pertenece a este trabajo). Esto lleva al autor a realizar algunas propuestas de *lege ferenda* (*ibidem*, págs. 200-201).

¹³¹ *Idem*.

¹³² Es conveniente, quizás, recordar la viva polémica que en relación con la discrecionalidad de la administración y la actuación de la jurisdicción contencioso-administrativo divide a TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, de un lado, y a LUCIANO PAREJO ALFONSO y MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, de otro. El primero defiende, en línea con la obra de su maestro, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, la existencia de un control efectivo de los actos administrativos discrecionales por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. LUCIANO PAREJO ALFONSO y MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN rechazan, por su parte, que los tribunales contencioso-administrativos puedan sustituir a la Administración. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ ha fijado su posición en los siguientes trabajos: *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madrid, 1991; «Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor», *REDA*, 76 (1992), págs. 511-531; «De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario», *REDA*, 80 (1993), págs. 577-612 y «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», *REDA*, 83 (1994), págs. 381-401. LUCIANO PAREJO ALFONSO mantiene su tesis en *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid, 1993 y MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN lo hace, en la misma dirección, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid, 1994.

ni modifica la naturaleza administrativa del acto. Pero esta posición no es pacífica en la doctrina.

En efecto, Tomás Font i Llovet, en un clásico trabajo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas, se preguntaba, en 1985, si no podría interpretarse que la resolución judicial constitucionalmente exigida «*no hubiera de ser otra que la sentencia firme del juez contencioso que había declarado la legitimidad del acuerdo de demolición*» que implicaba la realización de la entrada domiciliaria¹³³. En la misma dirección, Lorenzo Plazas Arrimadas ha señalado que la emisión de mandamientos judiciales que autorizan actos administrativos son resoluciones judiciales por su autor y administrativas por su materia o contenido y que, desde esta perspectiva, «no pertenecen al Derecho administrativo, pues el cargo imprime carácter al acto»¹³⁴. Y es que, como reconoce la propia Mercedes Lafuente Benaches, «la polémica sobre la naturaleza jurídica de la ejecución de las decisiones jurisdiccionales no está zanjada. Mientras para un sector «hacer ejecutar lo juzgado» tiene una clara naturaleza jurisdiccional, como concreción del proceso declarativo que culmina en la sentencia, para otros, la actividad de ejecución de lo declarado en un fallo jurisdiccional tiene marcada naturaleza administrativa. Sin olvidar, claro está, que existen partidarios de posturas conciliadoras o eclécticas»¹³⁵.

El problema planteado, sin duda alguna de hondo calado, no puede ser sino esbozado en estas páginas. Intentar resolverlo exigiría examinar el papel de la Administración, así como su posición respecto de los tribunales contencioso-administrativos y, desde un punto de vista más general, examinar desde nuestra Constitución el principio de separación de poderes.

Es claro que el análisis de tales materias superan el objetivo de este trabajo. Ello explica, aunque quizás no justifique, que se traslade la cuestión (la naturaleza, administrativa o judicial, del acto administrativo judicialmente confirmado) a otro interrogante que puede llevarnos, quizás con menor dificultad, al mismo lugar. Tal interrogante puede formularse así: ¿La Sentencia que confirma la legalidad del acto administrativo obliga a la Administración a ejecutar tal acto?; o, planteado en términos negativos, ¿Puede negarse la Administración a ejecutar el acto administrativo que ha sido confirmado en sede judicial?

¹³³ En *La ejecución...*, págs. 141-142. El subrayado proviene de la obra citada.

¹³⁴ PLAZA ARRIMADAS, L.: *La inviolabilidad...*, pág. 698.

¹³⁵ En *Reflexiones...*, pág. 80.

La respuesta a este interrogante no puede ser otra que la de estimar que la Administración está obligada a cumplir, en principio¹³⁶, lo decidido en sede judicial. Es posible que, como se ha indicado doctrinalmente, además, la administración tenga el derecho a ejecutar la Sentencia favorable¹³⁷, pero es que en todo caso está obligada a hacerlo.

Ello queda meridianamente claro en la Sentencia TC 160/1991, en la que el Tribunal Constitucional señala que «se trata, pues, de ejecución de Sentencias —y no de actos administrativos—, que en principio corresponden al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso (artículo 103 LJC-A), debiendo interpretar esta competencia, tal y como hemos declarado [en la Sentencia TC 67/1984/3¹³⁸], no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por las Sentencias».

Si se admite que la sentencia contencioso-administrativa que confirma la legalidad de un acto administrativo que exige la realización de una entrada domiciliaria obliga al órgano administrativo que lo dictó a ejecutarlo (artículo 103 LJ-CA), parece claro que no es necesario ni conveniente condicionar tal ejecución a otro órgano judicial (cuya intervención relativizaría, además, en su caso, el principio de cosa juzgada).

La segunda crítica realizada a la Sentencia TC 160/1991 es atinadamente aportada por Javier Barcelona Llop. Este autor duda que la sentencia confirmatoria de la legalidad del acto administrativo valore, caso por caso, la incidencia de su sentencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Esta duda se hace más intensa respecto de las posibles resoluciones (sentencias o autos de inadmisión) en los que no se entra en el fondo del asunto¹³⁹. De hecho, en esta misma dirección, Mercedes Lafuente Benaches estima que incluso en los casos en que la legalidad del acto administrativo se haya estable-

¹³⁶ Vid. el artículo 105 LJC-A.

¹³⁷ En este sentido, señalaba TOMÁS FONT I LLOVET que «la Administración se encontraría haciendo uso de su derecho fundamental a la ejecución de una sentencia favorable y ejerciendo, en consecuencia, la competencia que en tal sentido le atribuye el artículo 103 LJ [C-A]» (en *La ejecución...*, págs. 141-142; el subrayado pertenece al original).

¹³⁸ Sentencia TC 160/1991/8. Recuerda, también, esta jurisprudencia GÓMEZ GUILLAMÓN, R.: *El artículo...*, pág. 83. Sin embargo, deben tenerse en cuenta las afirmaciones realizadas por el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 137/1985/5, cuando señala que «la resolución del órgano de la Jurisdicción ordinaria no es otra cosa que un eslabón más en la cadena o sucesión de actuaciones integrantes del expediente» administrativo.

¹³⁹ En *De la ejecución forzosa...*, pág. 199. Vid., también, LAFUENTE BENACHES, M.: *Reflexiones...*, pág. 84.

cido en sentencia firme del orden contencioso-administrativo, tiene sentido que exista una autorización judicial que pondere, en concreto, los derechos y libertades afectados por la ejecución del acto, la regularidad del procedimiento de ejecución y, en su caso, la proporcionalidad e idoneidad del medio de ejecución forzosa empleado por la Administración para dar cumplimiento al acto¹⁴⁰.

Esta segunda crítica parte, a juicio del autor de estas líneas, de un, al menos, discutible entendimiento de la exigencia de la resolución judicial constitucionalmente prevista en el artículo 18.2 CE. La Constitución no exige, como ya se ha señalado en páginas anteriores, que toda entrada se vea precedida por la correspondiente autorización judicial (expresada en un auto judicial y que sirva para superar la negativa del titular del domicilio); se limita a exigir, por el contrario, la existencia de una previa resolución judicial que la contemple¹⁴¹.

Esta idea es, precisamente, la que el Tribunal Constitucional desarrolla en la Sentencia 160/1991. Es posible, así, realizar una lectura de esta Sentencia del Tribunal Constitucional que sirva para describir y sistematizar la exigencia constitucional de la resolución judicial. A esta tarea se dedican, precisamente, las siguientes líneas.

4.3. La resolución judicial constitucionalmente exigida

Interesa ahora, como objetivo más cercano, destacar la adecuada construcción que el Tribunal Constitucional realiza en la Sentencia 160/1991 respecto de la más discutible doctrina contenida en la Sentencia TC 22/1984. En efecto, se ha visto en páginas anteriores, como lo que la Sentencia 22/1984 exige es que toda entrada domiciliaria vaya precedida de la oportuna autorización judicial, es decir, de una específica resolución judicial que supere la negativa del titular del domicilio relacionada con la (necesaria) entrada domiciliaria, y que se expresa, en la práctica, mediante autos judiciales. La idea es que el Juez ordena la realización material de la entrada.

Nuestra Constitución no exige que toda entrada domiciliaria se justifique en una autorización judicial; impone, simplemente, la exis-

¹⁴⁰ En *Reflexiones...*, pág. 84.

¹⁴¹ Obvio es señalar que, esa resolución habrá de ponderar, en los términos señalados en el siguiente epígrafe de este capítulo, el impacto de la medida, en su caso administrativa, sobre el derecho fundamental afectado.

tencia de una resolución judicial que la presuponga¹⁴². Así, por ejemplo, la Sentencia que confirma la legalidad del acto administrativo de derribo de una vivienda, es una resolución judicial en la que se debe haber ponderado la afectación del derecho reconocido en el artículo 18.2 CE de los habitantes de tales viviendas, y es título suficiente para que se ejecute. Con esta resolución, la Administración Pública puede (y debe) ejecutar su fallo, sin que le sea necesario —como al particular— solicitar auxilio judicial para ello.

La interpretación contenida en la Sentencia TC 160/1991 produce, respecto de las afirmaciones anteriormente reseñadas en este trabajo, dos paradojas que pueden ser puestas de manifiesto. En primer lugar, como se recordará, en el proceso de elaboración del vigente artículo 18.2 CE se mantuvo que la fórmula *resolución judicial* era más garantista que la que aludía a la del *mandamiento*. Tal idea era, quizás, como ya se ha apuntado, errada. La resolución judicial, como categoría más amplia respecto a la del mandamiento, se puede contener en sentencias materiales y, por supuesto, en autos de entrada. La opción por la fórmula resolución judicial permite, en definitiva, un mayor número de intervenciones judiciales en la inviolabilidad del domicilio.

La segunda paradoja se conecta con la doctrina sentada en la analizada Sentencia 22/1984. Esta última Sentencia, que constató la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, hacía notar que el ordenamiento jurídico no ofrecía ninguna vía para que la Administración solicitara la oportuna resolución judicial de entrada¹⁴³. Consecuencia de esta Sentencia es el artículo 87.2 LOPJ, aprobado mediante la LO 6/1985, que establece que la Administración deberá solicitar ante el Juzgado de Instrucción la autorización de las entradas que se consideren necesarias para la ejecución de actos administrativos, y que ha sido declarado constitucional en la Sentencia TC 76/1992¹⁴⁴. Pues

¹⁴² Que la noción de resolución judicial es más amplia que la de mandamiento u orden ha sido constatado, también, por ALEJANDRO NIETO GARCÍA, en *Actos...*, pág. 33.

¹⁴³ Sentencia 22/1984/9.

¹⁴⁴ Ya con anterioridad ROGELIO GÓMEZ GUILLAMÓN había defendido la constitucionalidad del artículo 87.2 LOPJ (en *El artículo...*, pág. 76, nota 5). Es conveniente señalar también que pese a que algunas disposiciones afirman que los órganos judiciales *autorizarán* o *deberán autorizar* (viejos artículos 130 LGT y 103 RGR, ambos derogados), éstos pueden, obviamente, conceder o denegar la autorización judicial ante ellos solicitada.

En la misma Sentencia, el Tribunal considera inconstitucional el artículo 130 LGT (en la redacción que recibió de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre), por haberse incluido en una Ley de Presupuestos (Sentencia 76/1992/4; discrepa, mediante un Voto Particular, el Magistrado LUIS LÓPEZ GUERRA). La Sentencia ha sido comentada, en este punto, por CAYÓN GALIARDO, A.: «Declaración de inconstitucionalidad del artículo 130 de la Ley

bien, en la Sentencia de Riaño, en la que la vía procesal exigida por el propio Tribunal en su Sentencia de 1984, existía, se indica que, al menos en los casos en que ha actuado la jurisdicción contencioso-administrativa, no es necesario utilizarla.

La doctrina constitucional contenida en la Sentencia 160/1991 conlleva también la aceptación de algunos corolarios lógicos.

El primero de ellos es entender que todos los jueces y tribunales son potenciales garantes del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio; o, expresado en otros términos, que los jueces y tribunales deben garantizar, también en su función jurisdiccional, el derecho a la inviolabilidad del domicilio. En efecto, el Tribunal civil que dicta una Sentencia de desahucio debe valorar las consecuencias que se derivan respecto de la inviolabilidad del domicilio del demandado. En realidad, las funciones jurisdiccional (artículo 117.3 CE) y de garantía de derechos (artículo 117.4 CE) no constituyen compartimentos estancos en la actuación de juzgados y tribunales, sino funciones interdependientes, más aún cuando se refieren en particular a los derechos fundamentales. Por ello puede afirmarse que los juzgados y tribunales garantizan también la inviolabilidad del domicilio en el marco de su función jurisdiccional.

Cuando la Constitución autoriza a que, mediante ley, se atribuyan a jueces y tribunales otras funciones para garantizar derechos (artículo 117.4 CE), lo que se pretende es la creación de vías que, fuera de las procedimentales ordinarias, permitan a los jueces y tribunales garantizar determinados derechos. Así, en relación con la inviolabilidad del domicilio, el artículo 87.2 LOPJ establece una vía para que la Administración solicite ante los Juzgados de Instrucción la oportuna autorización para la realización de actos administrativos. Cuando tal Juzgado emite, en virtud de este precepto legal, un mandamiento de entrada actúa como garante del derecho fundamental. Pero en la misma medida actúa como garante del derecho el tribunal que, en su función jurisdiccional, dicta una Sentencia que contempla la realización de una entrada domiciliaria. Y ello es así, debe reiterarse una vez más,

General Tributaria (aspectos más importantes)», *RTT*, 17 (1992) y JUAN LOZANO, A. M.^a: *Inviolabilidad...* *Vid.*, en relación con la categorización jurídica de la Ley de Presupuestos, entre otros muchos, ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, C.: «Comentario al artículo 134 de la Constitución», en ALZAGA VILLAAAMIL, Ó. (dir.): *Comentarios a las Leyes políticas*, tomo X. Madrid, 1985, págs. 259-306; MENÉNDEZ MORENO, A.: *La configuración constitucional de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado*. Valladolid, 1988; ESCRIBANO LÓPEZ, F.: *Presupuesto del Estado y Constitución*. Madrid, 1981; y GONZÁLEZ GARCÍA, E.: «La Ley de Presupuestos en la Constitución española de 1978», *PGP*, 3 (1979), págs. 125-139.

porque nos encontramos en presencia de la resolución judicial que la Constitución exige para poder limitar (o, en su caso, delimitar) el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

La segunda consecuencia que se deriva de la idea de que cualquier resolución judicial puede limitar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, y no sólo los mandamientos judiciales de entrada, es que no puede atribuirse el papel de garante del derecho a ningún órgano judicial concreto. Son jueces y tribunales de la inviolabilidad del domicilio todos aquellos que pueden dictar resoluciones judiciales que impliquen entradas domiciliarias, ya sean del orden civil, penal, laboral o contencioso-administrativo¹⁴⁵.

De hecho, es constante la jurisprudencia constitucional que indica que el juez penal no es, en exclusiva, el juez de la inviolabilidad del domicilio. Ya en la tantas veces citada Sentencia TC 22/1984, el Tribunal Constitucional señala que «hay que dejar claro que el Juez a quien se confiere la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no es necesariamente el Juez penal encargado de una instrucción sumarial [...]. Nada permite inferir que ningún orden jurisdiccional —fuera del Juez penal— puede intervenir cuando se le solicite la autorización para la entrada en el domicilio de una persona»¹⁴⁶. Posteriormente, el Tribunal, tras reiterar expresamente esta doctrina, indica que, con la misma, «se está dando a entender que también pueden ser competentes, por ejemplo, los Jueces civiles, concretamente, en aquellos supuestos en los que no exista relación directa entre la necesidad de obtener dicha autorización y la persecución de un delito»¹⁴⁷.

Es cierto que en determinados supuestos será preciso obtener el auxilio judicial para realizar una entrada domiciliaria. Éste es el caso del arrendador, cuya acción de desahucio haya prosperado frente al arrendatario, que se encuentre con que éste se niega a ejecutar la sentencia de desahucio. El arrendador deberá acudir ante el órgano judicial para obtener el abandono efectivo de la vivienda por parte del arrendatario; es decir, el lanzamiento. Pero esta nueva actuación judicial nada tiene que ver con la garantía de la inviolabilidad del domicilio, que ya quedó afectada por la sentencia de desahucio, sino que se justifica en que el demandante carece de poder para ejecutar la sentencia por sí solo. El auto judicial que prevé el lanzamiento únicam-

¹⁴⁵ El Tribunal Constitucional parece secundar esta idea en los Autos 322/1984/3 y 272/1985/3.

¹⁴⁶ Sentencia 22/1984/3.

¹⁴⁷ Auto TC 272/1985/3.

mente presta al arrendador el respaldo físico necesario, la fuerza coactiva, para ejecutar la sentencia¹⁴⁸.

La tercera y última consecuencia que se deriva de la doctrina contenida en la Sentencia 160/1991 es que no debe concebirse la resolución judicial como un remedio para superar la negativa del morador respecto de la entrada. En este sentido, debe recordarse el Auto TC 129/1990, que inadmite un recurso de amparo sobre una inspección tributaria, autorizada judicialmente en virtud de los artículos 141.2 LGT y 39.3 RGIT. El recurrente alegaba que no había sido requerido previamente a que se produjera la entrada y que la Administración solamente podía solicitar y, en su caso, obtener el correspondiente mandamiento judicial que autorizara la entrada domiciliaria en caso de que existiera negativa del morador a la realización de la inspección.

El Tribunal recuerda como el consentimiento del titular del domicilio y la resolución judicial son dos títulos que permiten realizar entradas domiciliarias¹⁴⁹. Añade, a continuación, que el primer título habilitante citado (el consentimiento) es más débil que el segundo (la resolución judicial), pues ésta prevalece ante la falta de aquél¹⁵⁰. Pero de esta afirmación no se puede colegir que la resolución judicial sea un título habilitante subsidiario respecto del título del consentimiento¹⁵¹. De ser así, «el propio texto constitucional habría modulado de algún modo la eficacia habilitante de la autorización judicial o, al menos, no se la habría atribuido, como se sigue de la fórmula alterna-

¹⁴⁸ Este matiz no es, quizás, enteramente apreciado por el Tribunal Constitucional en su Auto 328/1982/1, de 27 de octubre. En él, el Tribunal afirma que, «en cuanto al artículo 18 sobre el que nada alega el recurrente, la supuesta vulneración parece referirse a su apartado segundo que consagra la inviolabilidad del domicilio y que sería vulnerado por el lanzamiento en ejecución de la Sentencia de desahucio; pero del mismo texto constitucional se deduce que no existe violación del domicilio cuando la entrada en él se realiza en virtud de resolución judicial, como ocurre en el presente caso». El Tribunal podría haber señalado que el derecho fundamental se vio ya afectado por la Sentencia de desahucio, constituyendo el acto de lanzamiento un mero acto de ejecución de aquella Sentencia.

¹⁴⁹ Auto TC 129/1990/3.

¹⁵⁰ *Idem*. En esta misma línea, debe recordarse como ERNESTO PEDRAZ PEÑALVA ha señalado que la resolución judicial supone un mecanismo de carácter preventivo e incondicionado (subjetivo, ya que vincula a particulares y poderes públicos, y objetivo, salvo el caso de flagrante delito), en *El registro...*, pág. 207. También ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL señala que es un título habilitante imperativo (en *Comentario...*, pág. 238).

¹⁵¹ Sí lo estiman subsidiario LORENZO PLAZA ARRIMADAS, en *La inviolabilidad...*, pág. 690 y ÁNGEL L. ALONSO DE ANTONIO, en *El derecho...*, pág. 116.

tiva que el artículo 18.2 utiliza, en idéntico grado en que se la ha atribuido al consentimiento del titular del domicilio»¹⁵².

La conclusión de todo lo analizado es que la Constitución española se limita a señalar que la inviolabilidad del domicilio puede ser limitada mediante resolución judicial. Como se ha visto, esta forma de concebir el derecho, que se muestra en la citada Sentencia 160/1991 es más correcta. Y ello por varias razones.

En primer lugar, porque flexibiliza el, por lo demás, riguroso, en expresión del Tribunal Constitucional, régimen constitucional español de la inviolabilidad del domicilio. Tal flexibilización, debe hacerse hincapié en ello, no es un fin deseado, sino una realidad que deriva de la propia redacción del artículo 18.2 CE¹⁵³.

En segundo lugar, tal entendimiento de las relaciones entre poder judicial e inviolabilidad del domicilio es más coherente con la restante jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, como se ha visto anteriormente, admite que el derecho fundamental recogido en el artículo 18.2 CE pueda verse afectado por la jurisdicción civil (Autos 322/1984/3b, de 30 de mayo y 272/1985/3) o contencioso-administrativa (Sentencia 160/1991/8), entre otras¹⁵⁴.

En tercer lugar, esta forma de concebir supera lo que, siguiendo la doctrina contenida en la Sentencia 22/1984, es un problema irresoluble: el respeto del principio de cosa juzgada. En efecto, la solicitud de autorización judicial de entrada ante el órgano judicial basada en una sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, hace que la actuación de tal órgano judicial sea (tenga que ser por la fuerza de cosa juzgada) meramente ritualaria, formal (lo que supone que no hay en tal actividad garantía alguna). En esta misma línea, se puede añadir que la solución propuesta es más respetuosa con el principio de economía

¹⁵² Auto TC 129/1990/6. También alude al carácter alternativo de la formulación contenida en el artículo 18.2 de la Constitución la Sentencia TS Ar. 1993/8139/1. El Tribunal Constitucional insiste en la idea de que no es requisito previo a la emisión de la resolución judicial limitadora del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio el trámite de audiencia en relación con el morador o la negativa previa de éste en relación con la entrada, en su Auto 85/1992/2. JESÚS E. PECES MORATE critica que el Tribunal no exija en el procedimiento del artículo 87.2 LOPJ la notificación y audiencia del afectado por la medida (en *La entrada...*, pág. 51).

¹⁵³ Ya advierte JAVIER BARCELONA LLOP que el artículo 18.2 CE no es tan rígido como se le supone (en *Ejecutividad...*, pág. 476).

¹⁵⁴ En el plano doctrinal, CHACÓN ORTEGA, L.: *La ejecución...*, pág. 1727. En el mismo sentido, vid. ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, C.: *La autorización...*, pág. 1039; SUÁREZ ROBEDANO, J. M.: *La salvaguarda...*, pág. 1684 y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad...*, pág. 113.

procesal¹⁵⁵, que hace absurdo establecer una actuación judicial carente de contenido.

Todas las consideraciones que se han realizado en páginas anteriores permiten concluir que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio puede verse afectado por resoluciones judiciales. Ahora bien, tales resoluciones deben respetar, ello es obvio, el principio de proporcionalidad, en los términos que a continuación se indican.

5. RESOLUCIÓN JUDICIAL Y PROPORCIONALIDAD EN LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

Como ya se ha indicado anteriormente, la intervención judicial debe respetar determinados requisitos en su actividad relacionada con la inviolabilidad del domicilio.

Algunos de estos requisitos, que aquí no van a ser analizados, se justifican en que la autorización de entrada y/o registro, expresada habitualmente mediante auto judicial, o la sentencia que permite la entrada, son resoluciones judiciales. Las resoluciones judiciales deben cumplir, para producir efectos válidos, requisitos formales y materiales, como son su mera existencia¹⁵⁶, haberse firmado por autoridad judicial¹⁵⁷ o la motivación que deben expresar¹⁵⁸. Tales requisitos no

¹⁵⁵ Vid. LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 77.

¹⁵⁶ Vid. las Sentencias TS Ar. 1992/10012/1; 1992/9928/3; 1991/7355/4; 1991/7355/4 y 1991/7355/4, y, muy especialmente, 1994/7082/1, entre otras.

El Tribunal Supremo adopta un criterio más discutible en su Sentencia Ar. 1993/0213/1, cuando considera que las pruebas indirectas de la existencia del auto provocan una mera nulidad en la diligencia de entrada y registro, admitiendo el testimonio de los testigos que en él participaron. Tal solución es criticable porque, como el mismo Tribunal señala, «no puede constatare si estaba suficientemente fundado y tenía todas las previsiones legalmente establecidas» (*idem*). Ello hubiera debido provocar la nulidad radical de la diligencia (pese a que una de las procesadas hubiera reconocido la existencia de la droga, como se desprende del Considerando 3 de la Sentencia). Más rigurosa es la Sentencia TS Ar. 1991/8048/4, en la que se señala que «en el mandamiento judicial, referido a la solicitud cursada e identificada como la número 6481 (número del oficio de petición cursado por la Policía), se omitió, por parte del Juzgado, el nombre y apellidos del acusado, con lo cual vino a faltar el requisito más esencial y básico, porque no hubo tal mandamiento para la entrada y registro».

¹⁵⁷ Sentencia TS Ar. 1993/1895/1.

¹⁵⁸ Como es sabido, el Tribunal Constitucional español ha integrado la motivación de sentencias (artículo 120 CE) en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). (Vid., por ejemplo, la Sentencia TC 13/1987/3, de 5 de febrero. Vid., también, la Sentencia TS Ar. 1995/3620/3). Ahora bien, el Tribunal ha estimado constitucional —y

se establecen como garantía del derecho fundamental en examen, sino que tienen su origen en la naturaleza jurídica de las mismas resoluciones judiciales. El Tribunal Supremo ha señalado, en esta línea de argumentación, que «la diligencia procesal de entrada y registro debe cumplir una serie de requisitos formales, cuya ausencia determinará la irregularidad e incluso la falta del valor probatorio que la Ley anuda genéricamente a tal diligencia, al tratarse de un acto procesal viciado»¹⁵⁹. Por ello, es necesario remitir esta cuestión, en principio, a la doctrina procesal.

Sí que debe analizarse en este trabajo, por el contrario, un requisito específico de las resoluciones judiciales (autos o sentencias) que, proviniendo del órgano judicial que sea, afectan al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en particular y a los derechos fundamentales en general: la proporcionalidad.

La proporcionalidad es, como se ha señalado en el primer capítulo de esta parte del trabajo, la auténtica clave de bóveda para entender la tensa, pero a la vez inescindible relación existente entre los derechos fundamentales (en lo que a este trabajo interesa, la inviolabilidad del domicilio) y la cláusula del orden público constitucional¹⁶⁰.

El referirnos a la proporcionalidad nos permite reiterar, una vez más, la posición nuclear que ocupan jueces y tribunales respecto de determinados derechos fundamentales, como es la inviolabilidad del domicilio. Tal *test* de proporcionalidad, que en la actualidad, como ya se ha indicado, es el utilizado respecto de los derechos fundamentales, tiene, respecto de la inviolabilidad del domicilio, dos vertientes.

La primera se refiere al enjuiciamiento de las normas que limitan el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio.

tal admisión debe extenderse a supuestos donde se cuestione la inviolabilidad del domicilio— que tal motivación sea escueta y concentrada o que se realice por remisión (entre otros, *vid.* los Autos TC 688/1986/3, de 10 de septiembre y 998/1987/2, de 16 de septiembre), aunque no la inexistente (Sentencias TC 61/1983/3c, de 11 de julio, 116/1986/5, de 8 de octubre o 232/1992/2, de 14 de diciembre, entre otras muchas).

La motivación es necesaria porque, de un lado, dota de racionalidad a la decisión judicial y de otro, hace posible el control de la actuación de los Juzgados y Tribunales a través del sistema de recursos ante instancias superiores (*vid.*, por todas, la Sentencia TC 146/1995/2, de 16 de octubre). La motivación de las resoluciones judiciales está generando un número creciente de asuntos que deben ser resueltos por el Tribunal Constitucional (*vid.*, así, las recientes Sentencias TC 41/1996/10, de 12 de marzo; 14/1996/3, de 29 de enero; 96/1995/2, de 19 de junio; 91/1995/5, de 19 de junio y 100/1987/4, de 12 de junio, entre otras).

¹⁵⁹ Sentencia TS Ar. 1993/0213/1.

¹⁶⁰ *Vid.*, sobre la aplicación del control de proporcionalidad a los derechos fundamentales, PHILIPPE, X.: *Le contrôle...*, pág. 105.

De un lado, respecto de las normas con fuerza de ley que limitan los derechos fundamentales. Como ya se ha indicado, jueces y tribunales participan en el control de constitucionalidad de las leyes (y, en sentido más amplio, de las normas con fuerza de ley) a través, especialmente, de la cuestión de inconstitucionalidad. Debe además tenerse en cuenta que las restricciones de los derechos fundamentales deben estar, en principio¹⁶¹, legalmente previstas¹⁶². Pueden utilizar esta vía cuando estimen que una concreta regulación con fuerza de ley que limita la inviolabilidad del domicilio desconoce el derecho fundamental por ser desproporcionada. En relación con la inviolabilidad del domicilio, las Sentencias TC 76/1992 y 341/1993, de 18 de noviembre, que examinan la constitucionalidad de los artículos 130 LGT, 87.2 LOPJ y 21.2 LOPSC tienen su origen en una o varias cuestiones de inconstitucionalidad¹⁶³.

De otro, el Juez puede controlar él mismo las normas reglamentarias que limitan la inviolabilidad del domicilio. Es conveniente recordar en este sentido que en 1985 se dictó —en cierta medida como una respuesta a la Sentencia TC 22/1984¹⁶⁴— el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales¹⁶⁵, donde se incluye, al menos¹⁶⁶, una disposición que puede considerarse contraria al derecho fundamental recogido

¹⁶¹ Puesto que, como ya se ha indicado en las primeras páginas de la segunda parte de esta investigación, es posible que, en ocasiones, sea lícito limitar fácticamente un derecho fundamental para preservar el orden público constitucional.

¹⁶² Auto TC 85/1992/3. En la misma línea, la relevante Sentencia TS 1992/6102/1.

¹⁶³ En concreto, la Sentencia TC 76/1992, que declara la inconstitucionalidad del artículo 130 LGT (en la redacción de la Ley de Presupuestos para 1988) examina la validez de éste precepto y del artículo 87.2 LOPJ, como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad referida a cada artículo. *Vid.*, en relación con la citada Sentencia, LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J. F.: *El juez...* La Sentencia TC 341/1993, que declara inconstitucional el artículo 21.2 LOPSC, tiene su origen en tres recursos de inconstitucionalidad —uno de ellos extemporáneo— y dos cuestiones de inconstitucionalidad. Asimismo, la Sentencia TC 387/1993, de 20 de diciembre tiene su origen en la Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 1845/1993, promovida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en relación con el artículo 21.2 LOPSC, por presunta vulneración de los artículos 14 y 18.2 CE.

¹⁶⁴ NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 57. Este autor alude, también, al artículo 122 RBEL (*idem*).

¹⁶⁵ Aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (BOE núm. 161, de 7 de julio de 1986).

¹⁶⁶ También presenta vicios de inconstitucionalidad por los mismos motivos el artículo 122 RBEL, que señala que «La competencia y el procedimiento para disponer el desahucio, fijar la indemnización y llevar a cabo el lanzamiento tendrán carácter administrativo y sumario, y la competencia exclusiva de las Corporaciones Locales impedirá la intervención de otros Organismos que no fueren los previstos en el presente título, así como la admisión de acciones o recursos por los Tribunales ordinarios excepto en los supuestos previstos en la Ley de Expropiación forzosa».

en el artículo 18.2 CE. Es el artículo 130 RBEL que dispone, en su apartado tercero, que «el día fijado para el lanzamiento la Corporación lo ejecutará *por sus propios medios* a cuyo efecto *bastará* la orden escrita del Presidente [de la Corporación], de la que se integrará copia al interesado»¹⁶⁷. Si la primera parte del texto permitiría realizar una lectura constitucionalmente adecuada¹⁶⁸, entendiendo que los propios medios son los contenidos en el artículo 87.2 LOPJ, la segunda parte (*bastará...*) hace muy difícil ajustar este precepto a lo contenido en el artículo 18.2 CE.

La segunda vertiente de la proporcionalidad que los jueces y tribunales aseguran es la adecuación del supuesto de hecho a la norma legal, y su relación con la constitucional. A estos efectos es posible distinguir, en principio, tres categorías diferentes de entradas que deben ser ponderadas por el juez o tribunal: *a)* las entradas incardinadas en el procedimiento criminal (especialmente, de entrada y registro), *b)* las resoluciones de fondo que implican la realización de entradas domiciliarias, y, en fin, *c)* las entradas realizadas para la ejecución de actos administrativos¹⁶⁹ (en sentido lato, incluyendo tanto la ejecución forzosa de actos administrativos *stricto sensu*, como los actos administrativos de inspección y recaudación, como son los de carácter tributario).

Las entradas realizadas en el curso de un procedimiento penal son normalmente dictadas por el juez o tribunal que conociere de la causa¹⁷⁰, cuando existan indicios de encontrar en tales locales al procesado o efectos o instrumentos del delito o que puedan servir para su

¹⁶⁷ El subrayado pertenece a este trabajo.

¹⁶⁸ Si que se puede hacer una lectura constitucional del artículo 59 REF, que indica que, en el caso de que «alguien opusiere resistencia a la ocupación acordada, el beneficiario se dirigirá al Gobernador civil de la provincia, quien, después de cerciorarse de que han sido cumplidos los trámites de la Ley, le prestará el auxilio de la fuerza pública para efectuar el lanzamiento y ocupación, sin perjuicio de las responsabilidades penales exigibles». La razón es que el Gobernador debe cerciorarse del cumplimiento de los trámites y, entre éstos, el recogido en el artículo 87.2 LOPJ y exigido por el artículo 18.2 CE.

¹⁶⁹ Ya en el Auto TC 258/1990/2b el Tribunal Constitucional afirma que es posible diferenciar, en materia de recursos y notificaciones, las autorizaciones judiciales de entrada dictadas para la ejecución de actos administrativos (artículo 87.2 LOPJ) y las acordadas para la realización de entradas y registros (artículo 545 y ss. LECr).

¹⁷⁰ Es también posible, como señala y justifica ampliamente la Sentencia TS Ar. 1995/3901/1, que el órgano judicial dicte el auto de entrada y registro en el marco de unas diligencias preliminares o previas. *Vid.*, también, las Sentencias TS Ar. 1995/8314/4 y la jurisprudencia en esta citada, 1995/7699/2, 1995/3907/3.b y 1993/9473/2. Se ha indicado, en otras ocasiones, que la motivación de tales autos solamente pueden basarse en dos extremos: el *periculum in mora* (urgencia) y el *fumus boni iuris* (sospecha objetivada) (Sentencias TS Ar. 1995/7699/2 y 1995/3907/3.b).

descubrimiento y comprobación (artículo 546 LECr)¹⁷¹. Se dictan en todo caso mediante una determinada categoría de resoluciones judiciales: los autos judiciales¹⁷².

Las siguientes líneas van a tratar de examinar cómo se expresa la exigencia constitucional de proporcionalidad en la intervención judicial en este tipo de procedimientos¹⁷³. Para ello, es aconsejable utilizar la jurisprudencia como principal elemento de estudio¹⁷⁴.

Parece evidente que debe examinarse, en primer lugar, la intervención judicial que se expresa en el auto judicial. En este punto será preciso establecer qué elementos necesarios deben ser contenidos en el auto para que éste sea válido; entre ellos, especialmente, el de la motivación. Junto a ello, deberá examinarse si determinadas carencias del mismo auto judicial (por ejemplo, errores materiales en la determinación del domicilio a registrar o de su titular) invalidan o no éste.

Debe comenzarse recordando que el artículo 550 LECr indica que el Juez instructor puede ordenar la entrada y registro de día o de noche¹⁷⁵, si la urgencia lo hiciera necesario, en el domicilio de cualquier residente en España¹⁷⁶ (ya sea español o extranjero), mediante auto motivado. Se ha indicado, en ocasiones, que el auto judicial de entrada y registro es motivado porque así lo impone el citado artículo 550 LECr y esto no es enteramente correcto¹⁷⁷. El auto judicial de entrada debe ser, respecto de la inviolabilidad del domicilio en particular y de los derechos fundamentales, en general, motivado porque, entre otras cosas, debe resultar de una intervención proporcional sobre el derecho.

¹⁷¹ Vid. las Sentencias TC 1/1985, de 9 de enero y 290/1994, de 27 de octubre.

¹⁷² Sobre los posibles contenidos materiales de los autos, *vid.* el artículo 369 LECr. El artículo 371 del mismo cuerpo legal señala que los autos deben ser fundados tanto en los resultados como en los considerandos.

¹⁷³ Exigencias que deben respetarse en los registros realizados en el extranjero (Sentencias TS Ar. 1995/1891/1 y, especialmente, 1995/8940/1).

¹⁷⁴ En el plano doctrinal, *vid.*, por todos, PEDRAZ PENALVA, E.: *El registro...*, y GÓMEZ COLOMER, J.-L.: «Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español», *RDPro*, 3 (1993).

¹⁷⁵ Si se demuestra la incompetencia territorial del Juzgado que acordó el auto de entrada y registro, no será anulado, por el principio de conservación de las diligencias necesarias para la comprobación del delito y de reconocida urgencia (al que alude el artículo 22 LECr). *Vid.* las Sentencias TS Ar. 1995/9033/1 y 1995/3907/3a.

¹⁷⁶ Sobre la noción procesal de domicilio, recogida en el artículo 554.2 LECr, *vid.*, el capítulo de este mismo trabajo dedicado al análisis de la noción constitucional de domicilio.

¹⁷⁷ Auto TC 129/1990/5. *Vid.*, en el plano doctrinal, GONZÁLEZ-TREVIANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 186.

Tal proporcionalidad supone, inevitablemente, entre otras cosas, la expresión de la argumentación judicial que justifique la intervención en el derecho fundamental en examen¹⁷⁸.

Es preciso recordar, de nuevo, que el Tribunal Constitucional español integra la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales (artículo 120 CE) en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)¹⁷⁹. Como es sabido, el Tribunal estima posible que la motivación sea escueta o concentrada¹⁸⁰, o que se realice por remisión¹⁸¹, pero no la inexistente¹⁸².

La jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en relación con las diligencias de entrada y registro aplica estos criterios (extendiéndolos, así, a la motivación de los autos, en virtud de los artículos 248.2 LOPJ, 141 y 550 LECr). Ello le lleva a constatar la legitimidad de la motivación parca¹⁸³, concisa¹⁸⁴ o escueta¹⁸⁵.

Son más discutibles otros criterios que el Tribunal Supremo utiliza para determinar la existencia de motivación judicial. Así, en primer lugar, la idea de que la simple alusión a un delito¹⁸⁶ o a la gravedad del mismo¹⁸⁷ encierra una motivación no deja de ser sorprendente.

¹⁷⁸ El Tribunal Constitucional señaló ya en su Sentencia 26/1981/14, de 17 de julio, que «la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos». *Vid.*, también las Sentencias TC 62/1982/2 (JIMÉNEZ CAMPO, J.: *La garantía...*, pág. 66) y 181/1995/5.

¹⁷⁹ Sentencia TC 49/1996/3B, de 26 de marzo.

¹⁸⁰ Sentencias TC 13/1987/3, 184/1988, de 13 de octubre, 24/1990/4, 25/1990/5, de 19 de febrero y, especialmente, TS Ar. 1995/4486/4. Por su parte la Sentencia TS Ar. 1995/3620/4 aplica a la motivación los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.

¹⁸¹ Autos TC 688/1986/3 y 988/1987/2. El propio Tribunal Constitucional acude, cada vez con más frecuencia, a la utilización de la fundamentación por remisión expresa (Sentencias TC 89/1996/ún., de 23 de mayo; 88/1996/4, de 23 de mayo; 13/1996/ún., de 29 de enero; 7/1996/ún., de 18 de enero y 2/1996/ún., de 15 de enero, entre otras; en relación con las Sentencias TC 76/1996/7, de 30 de abril; 55/1996/3y4; 191/1995, de 18 de diciembre; 197/1995, de 21 de diciembre y 48/1995, de 14 de febrero, respectivamente).

¹⁸² Sentencias TC 61/1983/3c, 116/1986/5, 232/1992/2 o 181/1995/6, de 11 de diciembre. *Vid.*, también, las Sentencias TC 14/1991, de 28 de enero, 122/1991, de 3 de junio, 199/1991, de 28 de octubre, 27/1992, de 9 de marzo, 159/1992, de 26 de octubre y 175/1992, de 2 de noviembre.

¹⁸³ En la Sentencias TS Ar. 1994/7637/3, Ar. 1993/7793/3 (que alude a la TC 14/1991) y TS Ar. 1994/8982/2.

¹⁸⁴ Sentencia TS Ar. 1993/5872/4.

¹⁸⁵ Sentencias TS Ar. 1995/5436/2, 1994/8975/1 y 1993/3176/6. En la Sentencia TS Ar. 1995/3901/1, se califica la motivación del auto impugnado como escueta o lacónica, y en la Ar. 1995/1801/4, de escueta por haberse remitido al escrito policial.

¹⁸⁶ Sentencia TS Ar. 1994/3925/2 y Auto TS Ar. 1994/7236/1.

¹⁸⁷ Sentencias TS Ar. 1995/3901/1; 1995/2266/1d; 1994/6263/2 y 1994/5567/3.

Igualmente sorprendente es que el Tribunal Supremo justifique la corrección del auto judicial en la idea de que el registro efectivamente realizado fue positivo¹⁸⁸. Y ello es así porque, como el mismo Tribunal Supremo (en consonancia con el Tribunal Constitucional) ha mantenido, la motivación permite controlar la actividad jurisdiccional y convencer a la partes intervinientes en el procedimiento¹⁸⁹. Ello exige explicitar, en cada caso, la necesidad y la proporcionalidad de la entrada domiciliaria, en los términos expresados por la afortunada Sentencia de 24 de marzo de 1994, que parte de la idea de que la Autoridad judicial debe acordar la entrada cuanto tal sea necesaria porque no pudiera acudir a otros medios menos perjudiciales (requisito de la necesidad) y cuando así lo exigiera la comparación entre los bienes jurídicos en juego, el protegido por la norma penal y el que es objeto del derecho fundamental (requisito de la proporcionalidad)¹⁹⁰; o, en palabras del Tribunal Constitucional, especificar el domicilio afectado y «los motivos que llevan a registrarlo, en garantía de ese básico elemento de intimidad personal y de la estricta necesidad de la práctica del registro»¹⁹¹; lo que, cuando poco, se concreta en la descripción de los hechos y de las normas que justifican la restricción del derecho fundamental¹⁹² o, en palabras más legas, pero no por ello vacías, en explicar el porqué de lo resuelto¹⁹³.

Todas las consideraciones realizadas hasta aquí parecen, si no exigir, sí, al menos, aconsejar la redacción individualizada de los autos judiciales que versen sobre entradas y registros, desautorizando, así, la utilización de autos impresos¹⁹⁴. Como el propio Tribunal Supremo recuerda, ya la Real Orden de 13 de mayo de 1895 prohibía la utilización de fórmulas estampilladas¹⁹⁵.

¹⁸⁸ Sentencia TS Ar. 1994/3315/2.

¹⁸⁹ Sentencia TS Ar. 1993/7793/2. *Vid.*, también, la Sentencia TS Ar. 1992/6102/5.

¹⁹⁰ Sentencia TS Ar. 1994/2584/4. Esta idea ya se esbozó en la Sentencia TS Ar. 1991/8316/1, y se retomará en la Ar. 1991/8316/1. *Vid.*, también, la criticable Sentencia TS Ar. 1994/10378/1 y el artículo 552 LECr.

¹⁹¹ Sentencia TC 290/1994/3. *Vid.*, también, la Sentencia TC 126/1995/3.

¹⁹² *Vid.* las Sentencias TS Ar. 1994/5567/3; 1994/3925/2 y 1993/6721/2.

¹⁹³ Sentencias TS Ar. 1994/4478/1 y 1993/7720/3. El Tribunal Constitucional estima necesario, en diversas ocasiones, que la resolución judicial exprese «los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión» (Sentencias TC 14/1991; 153/1995/4, de 24 de octubre y 32/1996/4, de 27 de febrero).

¹⁹⁴ Se cuestiona el uso de autos total o parcialmente impresos en las Sentencias TS Ar. 1995/8314/4; 1995/1836/1.2; 1994/6263/3; 1994/5567/3; 1994/3925/2; 1994/2390/2; 1994/0701/ún.; 1993/8575/3; 1993/7793/3; 1993/7727/1; 1993/7720/3 y 1993/6721/2.

¹⁹⁵ Sentencia TS Ar. 1994/6263/2.

No obstante, el Tribunal Supremo ha justificado en ocasiones la utilización de tales autos total o parcialmente impresos en el «elevado número de oficios sustancialmente idénticos» que la oficina debe despachar o en el gran volumen de trabajo de los órganos judiciales¹⁹⁶. En tales casos, el Tribunal Supremo ha sido partidario de constatar la validez de estos autos judiciales total o parcialmente impresos alegando que contienen motivaciones escuetas (como es, por ejemplo, la simple mención del delito que se pretende investigar, o su gravedad) o, y esto es aún más preocupante, entendiendo que el auto judicial se remite al escrito policial donde se solicita la diligencia de entrada y registro.

En efecto, algunas resoluciones del Tribunal Supremo han optado por dar validez a autos judiciales impresos, entendiendo que la motivación de los mismos es la del escrito policial que se encuentra en su origen. En la Sentencia de 22 de marzo de 1994 puede extraerse, implícitamente, tal principio, cuando el Tribunal afirma que «la nulidad de la medida sólo puede ser decretada cuando la decisión, sin perjuicio de haber sido decidida mediante un impreso, carece realmente de apoyo en sospechas fundadas»¹⁹⁷; convirtiéndose el control formal sobre un escrito en control material sobre el convencimiento interno del órgano judicial de la existencia de sospechas (policiales, podría añadirse) fundadas. Otras resoluciones del Tribunal Supremo van más lejos en esta misma línea cuando señalan que la autorización judicial expresada en impresos «asume implícitamente la justificación expuesta por los funcionarios policiales que la solicitan»¹⁹⁸.

Se indica, en una reciente resolución del Tribunal Supremo¹⁹⁹, que el «Juez hace suyo implícitamente, en su resolución, el informe policial y, en virtud del mismo [...], decide la entrada y registro. Llegar a la conclusión de que, si en la resolución del Juez se transcribe el oficio de la Policía, está motivada y, si no, carece de la misma, [sigue el

¹⁹⁶ Sentencias TS Ar. 1993/8575/3 y 1993/7727/1, respectivamente. La reciente y *comprehensiva* Sentencia TS 1995/8089/2 entiende que la utilización de impresos en los Juzgados deriva de una exigencia generalizada para la rapidez y eficacia de sus actuaciones. El mismo Tribunal Constitucional ha señalado que el uso de modelos impresos de Sentencias por los Tribunales constituye una «práctica nacida del agobio», pero ha añadido, también, que es «en sí misma desaconsejable por potencialmente contraria al derecho a la tutela judicial» (Sentencia TC 125/1989/1, de 12 de junio).

¹⁹⁷ Sentencia TS Ar. 1994/2390/2.

¹⁹⁸ Sentencia TS Ar. 1993/8575/3. Se habla así del principio de congruencia con el escrito policial (Sentencia TS Ar. 1995/9033/1). *Vid.*, también, las Sentencias TS Ar. 1995/8134/3, 1995/1801/4, 1994/9143/1, 1994/7642/1 y 1993/7727/1. Debe señalarse que, en los dos últimos casos, había una remisión expresa en el auto judicial a la petición policial.

¹⁹⁹ Sentencia Ar. 1995/1552/3.

Tribunal Supremo] sería extremar las exigencias de la forma y hacer en ella una especie de caricatura, inservible para los altos fines a los que está destinada, en un primer lugar, la protección decidida e incondicionada de los derechos fundamentales».

La jurisprudencia citada en los anteriores párrafos es criticable. La razón es que toda medida limitadora de un derecho fundamental (y no cabe duda alguna de que una autorización de entrada domiciliaria —con independencia de su contenido— limita la inviolabilidad del domicilio) debe estar singularizadamente motivada y ser singularizadamente proporcionada. Ello hace cuando menos cuestionable (y el mismo Tribunal Supremo lo hace) la utilización de autos impresos.

Con mayor motivo es discutible que pueda admitirse una motivación por remisión a un escrito policial. La remisión puede producirse, en principio, en los autos de entrada y registro, como en cualquier otra resolución judicial, pero tal remisión debe referirse, por propio sentido común, a otras resoluciones judiciales²⁰⁰; e incluso tal remisión a otras resoluciones judiciales es, en este caso, discutible, ya que impide al interesado conocer la motivación en el momento mismo de la diligencia²⁰¹. Debe hacerse notar, además, que la adopción expresa del Juez de los razonamientos policiales altera la naturaleza de éstos, porque la asunción judicial imprime carácter judicial a los mismos.

Es útil recordar, en este sentido, la importantísima Sentencia dictada por la Sala de lo penal del Tribunal Supremo en el llamado caso Naseiro²⁰². Aunque en él se cuestiona la validez de una autorización

²⁰⁰ El Tribunal Constitucional parece aceptar la existencia de una motivación por remisión respecto de lo dictado por otro órgano judicial (normalmente, se refiere a la resolución del Tribunal de Instancia, que se recurre ante un nuevo órgano judicial). *Vid.*, así, Sentencias TC 98/1990/3, de 24 de mayo; 104/1990/1, de 4 de junio, 146/1990, de 1 de octubre. *Vid.*, también las Sentencias TC 184/1988/2b, 196/1988/4, de 24 de octubre y el Auto TC 411/1990, de 26 de noviembre.

²⁰¹ Es conveniente traer a colación el razonamiento seguido por el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia 41/1996/10: «No puede aceptarse, como sostiene el Ministerio público, que la primera providencia que denegó la libertad provisional solicitada por la defensa del recluso, al hacer suyo el dictamen con el que el Fiscal de la causa se había opuesto a modificar la situación de prisión, debe entenderse motivada por remisión a él. *El dictamen del Fiscal no fue trasladado a las partes, por lo que no se cumplió el fin básico de la exigencia constitucional de motivar la decisión sobre la prisión provisional del justiciable: la necesidad de despejar toda duda de arbitrariedad en la decisión*, poniendo en conocimiento del imputado las razones por las que se le mantiene privado de libertad, así como posibilitar el control de legalidad y de racionalidad de la decisión, mediante la interposición de los correspondientes recursos» (el subrayado pertenece a este trabajo).

²⁰² Sentencia TS Ar. 1992/6102. Un buen resumen de este Auto lo realiza la Sentencia TS Ar. 1992/8599/2.

judicial para la intervención de las comunicaciones y su incidencia en el derecho fundamental reconocido en el artículo 18.3 CE, su argumentación es enteramente trasladable al campo de nuestra investigación.

En efecto, el Tribunal Supremo va a estimar que el Auto judicial no expresa una actuación judicial proporcionada en el derecho al secreto de las comunicaciones (que debe mostrarse en el momento de ordenar la intervención en el derecho, pero también en su desarrollo y eventual cese)²⁰³.

La razón es que hay una divergencia entre el delito sometido a control judicial y el que la policía examina de hecho. Tal divergencia, en cuanto no es judicialmente controlada, supone un desconocimiento del secreto de las comunicaciones (Sentencia TEDH Kruslin, de 24 de abril de 1990). Tal crítica no podría prosperar si cuando ante la policía aparecieron elementos novedosos, diferentes a los que se contemplaban en el auto judicial, tales elementos hubieran sido transmitidos en el acto al Juzgado de Instrucción para que éste, conociendo las circunstancias concretas, decidiera lo procedente²⁰⁴. Lo cierto es que tal traslado al Juzgado se produjo tardíamente (y cuando, al fin se dio, el Juez concedió una autorización judicial verbal).

También es criticable, a juicio del Tribunal Supremo, el hecho de que cuando la policía realizó una nueva petición de intervención de las comunicaciones ante un Juzgado de Instrucción omitió el auto anterior y los resultados hasta entonces obtenidos. El Juzgado concedió como autorización lo que debió ser, en su caso, una prórroga de intervención, cuya concesión dependería, en todo caso, de los resultados obtenidos hasta entonces. Estas irregularidades, y otras menores, justifican que el Tribunal Supremo declare radicalmente nulas las pruebas obtenidas en tales intervenciones telefónicas²⁰⁵.

En definitiva, el Auto anula los resultados de las diligencias judiciales porque, de un lado, habían sido incorrectamente adoptadas (autorización verbal) y porque, de otro, la motivación de la segunda resolución judicial había sido viciada por el engaño policial, lo que impidió que el Juzgado de Instrucción se ajustara a la proporcionalidad que respecto de la intervención de los derechos fundamentales le viene constitucionalmente exigida.

²⁰³ Sentencia TS Ar. 1992/6102/4.

²⁰⁴ En este sentido es necesario recordar, críticamente, la Sentencia TS Ar. 1992/8599/2, en la que la Sala considera irrelevante la intervención de armas en el registro cuando el auto se refería exclusivamente a drogas.

²⁰⁵ Sentencia TS Ar. 1992/6102/8, 9 y 10.

El propio Tribunal Constitucional ha estimado en su Sentencia 126/1995/4 la inexistencia de motivación en un mandamiento judicial que habilitaba un registro domiciliario. El Tribunal Constitucional ha entendido que la ausencia de toda alusión concreta a la índole de la investigación penal que se persigue con el registro domiciliario es suficiente para constatar que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se ha vulnerado²⁰⁶.

Es preciso distinguir este eventual vicio de meros errores nominales que pueden detectarse en el auto judicial. En efecto, es posible que un auto judicial de entrada y registro correctamente motivado contenga algún dato incorrecto, como pueden ser, por ejemplo, los que afectan al lugar que se debe registrar²⁰⁷ o al titular del domicilio²⁰⁸, o que carezca de fecha²⁰⁹.

El Tribunal Supremo suele estimar que tales errores materiales no conllevan la nulidad de la resolución judicial. La razón es que normalmente se muestra el origen del error y se evidencia que no alteró la voluntad judicial. Así, en relación con los errores en la individualización del local a registrar, el Tribunal ha señalado que no es relevante el error kilométrico de identificación de un Club (cuando en el Auto

²⁰⁶ Como, además, la condena penal tenía su origen en el resultado del registro, el Tribunal revoca las Sentencias penales de la Audiencia Provincial de Cáceres y la del Tribunal Supremo. Lo grave del asunto, es que la última Sentencia citada (TS Ar. 1993/5868) no se había cuestionado seriamente la falta de motivación judicial alegada por la condenada, como tampoco se hace en la Sentencia TS Ar. 1995/0264/1.2, cuando se afirma que, «constatada la existencia de una resolución judicial con las indudables carencias que ya se han puesto de manifiesto, nos encontramos ante una ejecución de la decisión adoptada, en la que concurre un refuerzo adicional, como la presencia del fedatario público que garantiza la realidad y exactitud de la diligencia en que interviene, por lo que la habilitación judicial, evidentemente escasa en razonamientos, mantiene efectividad como instrumento hábil para traer al proceso una serie de pruebas obtenidas en una diligencia de investigación de la que levanta acta el Secretario Judicial». Sí lo hace la reciente Sentencia TS Ar. 1995/2889/2.4 y 3. *Vid.*, en relación con la motivación judicial de las intervenciones en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, las Sentencias TC 85/1994/3, de 14 marzo; 86/1995/3, de 6 de junio; 181/1995/5, 49/1996/3y4 y 54/1996/7, de 26 de marzo.

²⁰⁷ En este punto deben tenerse en cuenta el Auto TC 258/1990/2a y las Sentencias TS Ar. 1994/7068/3; 1994/6825/2; 1994/3353/3; 1993/7727/1; 1993/5872/2; 1993/2332/1; 1993/2111/3 y 1992/7944/2. La Sentencia TS Ar. 1994/10161/ún. estima irrelevante que el domicilio no quedara precisado en el Acta posterior al registro, ya que sí identificó el bloque, piso y letra, así como el nombre del titular del mismo.

²⁰⁸ Sentencias TS Ar. 1995/7699/3; 1995/3944/1c; 1995/0152/1; 1994/0592/1; 1993/9011/1; 1993/6803/2; 1990/5685/4 y 1991/8048/4.

²⁰⁹ Sentencia TS Ar. 1994/0475/ún. Es igualmente irrelevante la errata corregida en el mandamiento judicial en relación con las horas en que debe realizarse la entrada (Sentencia TS Ar. 1995/0765/2).

constaba su nombre)²¹⁰; que el error de numeración de una vivienda provocado por aparecer pintada a mano no impidió que el registro se realizará en el local para el que había sido solicitado el auto²¹¹ o que el error puede tener su origen en que la identificación se realiza por una fotografía²¹², entre otros extremos²¹³.

La misma solución se aplica a los autos judiciales que omiten o confunden el nombre del titular del domicilio. El Tribunal Supremo ha señalado, con carácter general, que el error en la designación del titular del domicilio no resulta relevante ni provoca indefensión²¹⁴. En esta misma línea, se ha justificado la carencia de la nominación de los titulares de la vivienda en la urgencia y que no fue facilitada al juez, así como en la subsanación de tal carencia mediante la notificación²¹⁵.

En fin, tampoco parece relevante al Tribunal Supremo la carencia de la fecha del auto judicial. La fecha de celebración del registro debe ser —razona el Tribunal²¹⁶— la misma que la de la fecha de la resolución y, aunque ésta no estaba fechada, sí figuraba la misma en el mandamiento adjunto (y era, precisamente, la del día en que se celebró la diligencia).

Esta breve recapitulación nos permite concluir que el núcleo de la intervención judicial en el auto judicial de entrada y registro es, sin duda alguna, el de su motivación. En la misma se incluyen dos juicios: el de la necesidad —en sentido estricto, adecuación y necesidad— de realizar la entrada, donde el órgano judicial realiza la ponderación previa de intereses en juego, comprobando como la entrada es precisa para lograr el fin perseguido²¹⁷, y el de la proporcionalidad en la entrada, que persigue provocar la menor lesión posible en el ámbito íntimo de las personas.

²¹⁰ En la Sentencia TS Ar. 1994/7068/3. *Vid.*, también, la Sentencia TS 1995/0152/1.

²¹¹ Sentencia TS Ar. 1994/3353/3, 1994/6825/2 y 1992/7944/2.

²¹² Sentencia TS Ar. 1993/5872/2.

²¹³ *Vid.*, también, las Sentencias TS Ar. 1993/7727/1 y 1993/2332/1.

²¹⁴ Sentencia Ar. 1994/0592/1, que alude a los artículos 238 y ss. LOPJ.

²¹⁵ Sentencia TS Ar. 1993/9011/1. *Vid.*, también, la Sentencia TS Ar. 1993/6803/2. Finalmente, en la Sentencia TS Ar. 1990/5685/4 se alude a que el error fue policial (y no judicial) y que, en todo caso, fue subsanado en el transcurso de la diligencia.

²¹⁶ Sentencia TS Ar. 1994/0475/ún. Tampoco es relevante el error en la fecha, cuando figura una fecha posterior a la que, en realidad, se celebró la diligencia de entrada y registro (Sentencia TS Ar. 1995/4486/5), ya que es subsanable (a tenor de lo dispuesto en el artículo 267.2 LOPJ).

²¹⁷ Sentencia TC 160/1991/8.

Se ha visto como mientras que un grave defecto en la motivación conlleva la nulidad radical del auto judicial, los errores materiales no producen tal efecto.

No obstante, el Tribunal Constitucional acaba de aludir en una reciente Sentencia²¹⁸ al papel judicial en un marco cercano al de las diligencias de entrada y registro, como es el de las inspecciones tributarias. En ella se examina la validez de un auto judicial correctamente motivado que autoriza una inspección tributaria en una morada. El Tribunal Constitucional va a constatar que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se ha conculcado. La razón es que el Auto omite, en su dimensión temporal, «una serie de circunstancias con una trascendencia constitucional evidente». Se da un mandamiento indefinido en el tiempo que beneficia a la Inspección Tributaria, que puede realizar cuantas entradas domiciliarias estime oportunas. El Tribunal Constitucional entiende que el Auto judicial «viene a configurar de alguna manera una suspensión individualizada de este derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio». El auto contiene, además, «un apoderamiento pleno a la Hacienda pública, delegando tácitamente en sus agentes la adopción de decisiones sobre aspectos esenciales de la medida restrictiva que son privativos e irrenunciables del propio Juez, como guardián de las libertades ciudadanas». El auto omite, finalmente, «cualquier referencia a la obligación de comunicar al Juez el resultado de la entrada y reconocimiento en el domicilio, dación de cuenta imprescindible para que aquél pueda cumplir con plenitud su función de garantía y corregir, en su caso, los excesos»²¹⁹.

Las causas que se acaban de describir justifican la invalidez del auto judicial y ello a pesar de que la Administración tributaria no hizo uso de las exorbitantes facultades que el impugnado Auto le concedió, porque la «integridad de los derechos fundamentales no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración pública, la ejerza o no con prudencia»²²⁰.

Lo que el Tribunal afirma en la citada Sentencia 50/1995 es que la proporcionalidad exige no sólo motivar la resolución judicial, sino también imponer garantías y cautelas en la ejecución de la misma, para evitar comportamientos arbitrarios en su ejecución²²¹.

²¹⁸ Sentencia TC 50/1995.

²¹⁹ Sentencia TC 50/1995/7.

²²⁰ *Idem*.

²²¹ El Tribunal Constitucional conecta esta idea con tres cuestiones. La primera es el artículo 9 CE, que proclama la interdicción de la arbitrariedad. La segunda es la vieja

Esta novedosa Sentencia del Tribunal Constitucional tiene por efecto inmediato relativizar la abundantísima jurisprudencia del Tribunal Supremo²²² que defiende que, existiendo un auto judicial de entrada y registro, no puede ya producirse vulneración del artículo 18.2 CE (aunque pueda haberla, probablemente, de otros preceptos de la legalidad ordinaria). El Tribunal Supremo señala, así, que «la existencia de un legítimo y correcto mandamiento judicial inicialmente justificador *a priori*, de la invasión domiciliaria, impide, desde la legalidad constitucional, defender la vulneración del artículo 18.2 Constitucional»²²³ o que «La diligencia de entrada y registro practicada con mandamiento judicial, cumple las previsiones constitucionales y trasvasando dicha área, cualquier anomalía e irregularidad en su efectucción, pertenece al ámbito de la legalidad e ilegalidad ordinaria»²²⁴.

Esta afirmación es solamente válida si la resolución judicial existe (es decir, cumple los requisitos mínimos para su existencia) y si en ella se contiene la necesaria proporcionalidad entre la medida limitadora y el respeto del derecho fundamental. Tal control de proporcionalidad supone, de un lado, motivar la decisión limitadora del derecho; pero también, de otro, garantizar que la intromisión en el derecho sea la menor posible. Curiosamente, es necesario volver a recordar ahora la concepción de orden público que se ha mantenido en el capítulo que abre la segunda parte de este trabajo: el orden público constituye un límite necesario de los derechos cuyo objetivo es preservar los mismos derechos fundamentales. De la misma forma, el órgano judicial limita el derecho fundamental con el objetivo de garantizar el orden público constitucional y asume que su injerencia en el derecho fundamental, para ser constitucional, tiene que rodearse de cautelas para que provoque la menor lesión posible.

Ahora bien, si el auto judicial que habilita la realización de una entrada domiciliaria es correcto (tanto por sus requisitos materiales

idea de la proporcionalidad como relación ponderada entre los medios empleados y el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales (Sentencia TC 66/1985, de 23 de mayo). La tercera es la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo en la misma dirección (en concreto, cita las Sentencias TEDH Chappel y Niemietz) (Sentencia 50/1995/7). *Vid.*, en relación con el Derecho francés, KAYSER, P.: *La protection...*, pág. 389.

²²² Sentencias TS Ar. 1994/3656/3; 1994/7637/3; 1994/6946/2; 1994/1853/2; 1994/0692/5; 1994/0650/ún.; 1993/8484/2; 1993/7727/1; 1993/7124/3; 1993/6098/3; 1993/6060/2; 1993/5254/3; 1993/4849/1; 1993/4155/2; 1993/3837/1; 1993/3775/2; 1992/9928/3; 1992/8871/3; 1992/8342/2; 1992/8135/2 y 1991/4825/1.

²²³ Sentencia TS Ar. 1994/7637/3.

²²⁴ Sentencia TS Ar. 1993/6098/3.

como formales) y proporcionado en su contenido (lo que alude a su motivación y a la proporcionalidad *stricto sensu*), entonces la inviolabilidad del domicilio está garantizada.

Los eventuales defectos en los que se pueda incurrir durante la ejecución material de la diligencia de entrada y registro y que no tengan su origen en el auto judicial no pueden suponer una vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (pues la entrada estuvo precedida de la previa resolución judicial constitucionalmente exigida), sino de otras normas legales (o, en su caso, de otros derechos fundamentales)²²⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es unidireccional en este punto; pero sólo en este punto. En el Tribunal Supremo se ha discutido mucho sobre los efectos que provocan la ausencia del acusado²²⁶, la ausencia de los dos testigos exigidos en el artículo 569.3 LECr²²⁷, la ausencia de los dos testigos exigidos en el artículo 569.4 LECr²²⁸ y,

²²⁵ En este sentido, *vid.* por todos, los Autos TC 104/1987/4 y 181/1988/3b, de 15 de febrero, y la Sentencia TS Ar. 1994/1771/2. Debe hacerse que sí procede declarar nulo el registro realizado por agente distinto al que el órgano judicial encomendó la realización de la diligencia (Sentencia TS 1995/8969/1, aunque, en el caso concreto, existían otras pruebas). *Vid.*, finalmente, sobre la delegación de un policía municipal en otro compañero, la Sentencia TS Ar. 1995/3944/2.

²²⁶ La inasistencia del acusado no es relevante cuando no provoca indefensión, cuando el propio acusado reconoce poseer los efectos incautados o cuando al registro ha asistido un familiar (Sentencias TS Ar. 1994/8176/2, 1994/6283/4 y 1993/8139/1, respectivamente). Ahora bien, la inasistencia involuntaria al registro del acusado por hallarse detenido provoca indefensión e impide que se dé la contradicción necesaria, lo que provoca su nulidad radical (Sentencia TS Ar. 1993/8484/3. *Vid.*, en la misma dirección, las Sentencias TS Ar. 1995/3622 y 1995/2266/2). Lo que ninguna norma (constitucional ni legal) exige es la presencia del letrado del acusado (Sentencias TS Ar. 1994/4950/1 y 1992/9928/2, entre otras).

²²⁷ *Vid.*, por todas, la Sentencia TS Ar. 1992/8599/6. Tal participación en la diligencia de dos testigos no es preciso cuando en la misma se encuentra presente el interesado (Sentencias TS Ar. 1995/7595/2 y 1995/6590/2).

²²⁸ Es abundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que recuerda que, desde la emisión del artículo 281.2 LOPJ, no es precisa la presencia de los dos testigos. *Vid.*, así, las Sentencias TS Ar. 1995/7595/2; 1995/6590/2; 1994/5557/1; 1994/3925/4; 1994/2334/1; 1993/10013/4; 1993/7793/5; 1993/6041/3; 1993/5872/3; 1993/5004/3; 1992/9342/2; 1992/8342/2; 1992/2741/1; 1992/0870/3; 1992/0869/1 y 1991/8316/1. Tales testigos pueden ser, en su caso, guardias municipales (Sentencias Ar. 1993/7793/5 y 1993/5004/3) o civiles (Sentencia TS Ar. 1991/8048/4).

Sobre registros realizados con designación de oficial habilitado (permitida por la nueva redacción que al artículo 569 LECr da la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal), *vid.* las Sentencias TS Ar. 1995/6751/3; 1994/8176/2 y 1994/3315/3 y los Autos TS Ar. 1995/6376/1 y 1994/8966/1. El legislador ha modificado, nuevamente, el artículo 569.4 LECr (a través del artículo único de la Ley 22/1995, de 17 de julio, mediante la que se garantiza la presencia judicial en los registros domiciliarios), y vuelve a exigir, en principio, la presencia del secretario judicial.

especialmente, en los efectos de la ausencia del secretario judicial en la diligencia de entrada y registro²²⁹, entre otros extremos²³⁰. Tales cuestiones, estima el Tribunal Supremo, no afectan en ningún caso al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Por ello, nuestro análisis debe detenerse aquí, en lo que respecta al control constitucional de proporcionalidad de los autos de entrada y registro²³¹.

²²⁹ Pese a la clara jurisprudencia del Tribunal Constitucional que señala que la incomparecencia del Secretario Judicial no cuestiona la inviolabilidad del domicilio ni los derechos de defensa (Sentencias 290/1994/4, 133/1995/4, Autos 349/1988/1; 58/1992/3; 223/1993/1 y 90/1994/1, de 14 de marzo, y Providencia dictada el 11 de marzo de la Sala segunda, con número de registro 2858/1990), ésta es una cuestión muy debatida por el Tribunal Supremo. Su posición en este punto más extendida actualmente es la de acreditar el resultado de la diligencia de registro por otros medios, distintos al del testimonio de los policías que adquirieron tal conocimiento en una diligencia nula, por razón de su cargo (*vid.* Sentencias Ar. 1995/9238/2, 1995/8731/3 y 1995/7920/6, entre otras muchísimas). Se parte, en efecto, de la idea de que la ausencia del secretario judicial no vulnera ni el derecho a la inviolabilidad del domicilio (Sentencia TS Ar. 1995/0875/6) ni el artículo 11 LOPJ (Sentencias TS Ar. 1995/3370/4 y 1995/0875/6).

En el plano doctrinal, y en opinión que aquí se comparte, ERNESTO PEDRAZ PENALVA ha señalado que la falta del fedatario público no vulnera el derecho fundamental en examen, pero que sí puede afectar al derecho al debido proceso (en *El registro...*, pág. 207). También ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL señala que es un título habilitante imperativo (en *Comentario...*, pág. 227). Disienten del parecer del Tribunal Constitucional CLIMENT DURÁN, C.: «Sobre la intervención del secretario judicial en el registro domiciliario», *PJ*, 31 (1993), pág. 44 (*vid.*, también, pág. 46) y RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración...*, pág. 315. Lo comparte, por el contrario, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (en *Concreciones...*, pág. 582).

²³⁰ También se cuestiona en algunas Sentencias si la diligencia de entrada y registro contrarió el derecho constitucional por celebrarse de noche (son el Auto TC 258/1990/2c y las Sentencias TS Ar. 1995/8089/2; 1995/6751/5; 1995/3025/1; 1994/6701/9; 1994/5557/2; 1994/0592/1 y 1993/3312/2) y la falta de constancia de la notificación del auto a la acusada (que estuvo presente en el recurso, en Sentencia TS Ar. 1994/10161/ún.). *Id.*, en relación con el artículo 87.2 LOPJ, la Sentencia TS Ar. 1987/6135/4.

²³¹ Es quizás oportuno indicar, de forma breve, que los registros que tienen un resultado positivo sobre un delito distinto al que había justificado la realización de la diligencia no deben considerarse nulos, a tenor de la jurisprudencia penal más reciente (Sentencia TS Ar. 1995/9031/5). Es cierto que algunas Sentencias habían defendido la nulidad del registro realizado salvo en el supuesto de que el Juzgado ampliara el auto por él dictado (Sentencia TS Ar. 1992/7944, por todas), pero otras, posteriores, habían ya mantenido la validez del registro (Sentencia TS Ar. 1995/2878, entre otras muchas). Es especialmente interesante la última Sentencia citada: la policía penetra en una pensión para realizar un registro investigando un atraco bancario. Una reyerta en un cuarto de la pensión atrae la atención de uno de los policías que, al penetrar en el mismo, descubre droga (Sentencia TS Ar. 1995/2878/2).

Pero es que, como ya se ha indicado, las entradas domiciliarias pueden encontrarse también previstas en resoluciones materiales (normalmente Sentencias) que ponen fin a un procedimiento. Éste es el caso de, por ejemplo, las Sentencias civiles referidas a desahucios²³² o de las Sentencias contencioso-administrativas que confirman la legalidad de un acto administrativo que implica, por definición, la realización de una entrada domiciliaria²³³. En estos casos, el juez o tribunal, en el marco de su función jurisdiccional (artículo 117.3 CE), deberá examinar, en concreto, si es necesaria la restricción del derecho fundamental en examen para la protección de los derechos de otros particulares (desahucio) o del interés general (confirmación de actos administrativos).

Debe recordarse que las posteriores actuaciones judiciales (por ejemplo, el lanzamiento) no constituyen una garantía de la inviolabilidad del domicilio, que ya quedó afectada por la Sentencia de desahucio, sino que tienen su origen en la imposibilidad de que el particular ejecute por sus propios medios la Sentencia. La Administración, como es sabido, puede, y debe, prescindir de la citada nueva resolución judicial porque, en todo caso, la ejecución de sentencias corresponde al órgano administrativo que haya dictado el acto objeto de recurso (artículo 103 LJC-A)²³⁴.

Finalmente, la ponderación judicial es más limitada en los supuestos en los que el órgano judicial actúa fuera de su función jurisdiccional (artículo 117.3 CE²³⁵), como mero —aunque no exclusivo, como ya se ha señalado— garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio²³⁶. Diversas normas atribuyen esta función a determinados órganos judiciales.

Entre ellas, debentenerse en cuenta, al menos, los artículos 87.2 LOPJ²³⁷,

²³² Vid. el Auto TC 106/1985/2, de 13 de febrero, en relación con un desahucio motivado por falta de pago.

²³³ Sobre la ejecución sentencias por parte de la Administración Pública, *vid.*, por todos, SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos...*, pág. 217, y los artículos 103 y ss. LJC-A.

²³⁴ Sentencia TC 160/1991/8.

²³⁵ En contra, PECES MORATE, J. E.: *La entrada...*, pág. 50.

²³⁶ *Vid.*, en este sentido, las Sentencias TC 144/1987/2 y 76/1992/3; la Sentencia TS Ar. 1987/7051/2, y los Autos TC 129/1990/5 y 85/1992/2. En el plano doctrinal, por todos, GARCÍA TORRES, J.: *El artículo...*, pág. 41.

²³⁷ Este precepto, que va a ser transcrito un poco más adelante, fue incluido en la LO 6/1985 para crear el cauce procesal exigido por el Tribunal Constitucional (Sentencia 22/1984) en relación con la ejecución de actos administrativos que pudieran afectar al derecho reconocido en el artículo 18.2 CE.

51 LEF²³⁸, 54 REF²³⁹, 141.2 LGT²⁴⁰, 115.4 RGR²⁴¹, 39.3 RGIT²⁴², 133.4 LGT²⁴³, y otros preceptos legales que pueden habilitar actos

²³⁸ «Hecho efectivo el justo precio, o consignado en la forma prevista en el artículo anterior, podrá ocuparse la finca por vía administrativa o hacer ejercicio del derecho expropiatorio, siempre que no se hubiera hecho ya en virtud del procedimiento excepcional regulado en el artículo anterior». *Id.*, también, el artículo 52 de la misma Ley de Expropiación forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (*BOE* núm. 351, de 17 de diciembre de 1954).

²³⁹ Este precepto del Reglamento de la Ley de Expropiación forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 (*BOE* núm. 160, de 20 de junio de 1957) se limita a señalar que «Los desahucios y lanzamientos que exija la ocupación de las fincas expropiadas tendrán carácter administrativo».

²⁴⁰ «Cuando el dueño o morador de la finca o edificio o la persona bajo cuya custodia se hallare el mismo se opusieren a la entrada de los Inspectores, no podrán llevar a cabo éstos su reconocimiento sin la previa autorización escrita del *Delegado o Subdelegado de Hacienda*; cuando se refiera al domicilio particular de cualquier español o extranjero será preciso la obtención del oportuno mandamiento judicial». La referencia que la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1963) hace al Delegado o Subdelegado de Hacienda debe tener en cuenta la Orden de 26 de mayo de 1986, sobre las competencias de la Dirección General de la Inspección Financiera y Tributaria (*BOE* núm. 129, de 30 de mayo; corrección de errores, *BOE* núm. 163, de 9 de julio).

²⁴¹ Comienza señalando el citado precepto del Reglamento General de Recaudación (aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre; *BOE* núm. 3, de 3 de enero de 1991; corrección de errores, *BOE* núm. 28, de 1 de febrero de 1991) que «Finalizada la traba de bienes para la que no sea necesaria la entrada en domicilio o en los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del consentimiento del titular, si el valor estimado de aquéllos no cubre el importe de la deuda, se solicitará del Juez de Instrucción autorización para la entrada en el domicilio en que se encuentren. A la solicitud se unirá copia del título ejecutivo y justificación de la necesidad de la misma. Las solicitudes pueden referirse a uno o más títulos».

²⁴² Señala el artículo 39.3 RGIT (aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril —*BOE* núm. 115, de 14 de mayo de 1986; corrección de errores en los *BOE* núms. 183, de 1 de agosto, y 236, de 2 de octubre, ambos de 1986—) que «Cuando la entrada y reconocimiento se refieran al domicilio particular de una persona física será precisa la obtención del oportuno mandamiento judicial, si no mediare consentimiento del interesado». El precepto seguía señalando que «Si la misma finca se destina a casa-habitación y al ejercicio de una actividad profesional o económica con accesos diferentes y clara separación entre las partes destinadas a cada fin, se entenderá que la entrada a las habitaciones donde se desarrolle una actividad profesional o económica no lo es al domicilio particular. A estos efectos, se considerará domicilio particular no sólo a la vivienda que sirva de residencia habitual a una persona física sino, asimismo, cualquier vivienda o lugar que sirva efectivamente de morada». Ahora bien, esta última parte del precepto ha sido declarada nula en la Sentencia TS Ar. 1993/0114/21. Su inconstitucionalidad ya había sido apuntada en GARCÍA TORRES, J.: *El artículo...*, pág. 53. Debe hacerse notar que desde las afirmaciones contenidas en este trabajo no puede compartirse la inconstitucionalidad del precepto reglamentario porque la noción constitucional de domicilio coincide, en la actualidad, con la penal de morada (y ello aunque el Tribunal Supremo esté obligado a extraer consecuencias lógicas de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional; en especial de la discutible Sentencia TC 137/1985).

²⁴³ Artículo cuya redacción proviene de la Ley 25/1995 de modificación parcial de la LGT, y que indica que «cuando en el ejercicio de estas facultades o en el desarrollo

administrativos que requieran entradas domiciliarias (como, por ejemplo, el artículo 8 LPE²⁴⁴).

Todos los preceptos citados pueden condicionar, de una u otra forma, el derecho a la inviolabilidad del domicilio. El Tribunal Constitucional suele conectar todas estas intervenciones con el artículo 87.2 LOPJ²⁴⁵; precepto que, como se recordará, señala que corresponde «a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración». La razón es que estima que este precepto tiene un carácter general respecto de las demás normas²⁴⁶. Es imaginable que en sus futuras

del procedimiento de apremio sea necesario entrar en el domicilio del afectado, o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria deberá obtener el consentimiento de aquél o, en su defecto, la oportuna autorización judicial».

²⁴⁴ El artículo 8 de la Ley del Patrimonio del Estado (Texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril; *BOE* núm. 98, de 23 de abril de 1964. Corrección de errores, *BOE* núm. 110, de 7 de mayo de 1964) señala, en su comienzo, que «la Administración del Estado podrá recuperar por sí la posesión indebidamente perdida sobre los bienes o derechos del Patrimonio antes de que se cumpla un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación...». Se ha escogido este precepto porque el Tribunal Constitucional lo ha considerado título legal suficiente para que la Administración pueda, con el auxilio judicial constitucionalmente exigido, realizar entradas domiciliarias (Auto TC 85/1992/3).

Vid. también, los artículos 141 a 144 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (aprobado por Real Decreto 2114/1968); el viejo artículo 184 de la LRSyOU, aprobado en Texto refundido mediante Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril —y en relación a este último precepto, la Sentencia TC 211/1992/3, de 30 de noviembre— y los artículos 248 y 249 del nuevo texto refundido (Real Decreto Legislativo 1/1992). *Vid.*, finalmente, el derogado artículo 51 del RDU, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio (*BOE* núm. 223, de 18 de septiembre) así como los artículos 10 y ss. del nuevo RDU, aprobado mediante Real Decreto 304/1993, de 26 de febrero, así como el artículo 34.1 de la LDC, de 17 de julio de 1989. Respecto de las inspecciones laborales *vid.* las normas citadas en GÓMEZ OREA, M.: *El derecho...*, pág. 117 y ss. y, en especial, el citado artículo 11 del Real Decreto 1424/1985, sobre la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

²⁴⁵ En concreto, el Tribunal Constitucional ha mantenido, en su Sentencia 76/1992/3, que el artículo 87.2 LOPJ presentaba un carácter general respecto a la concreción mantenida en el artículo 110 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 que modificaba el artículo 130 LGT (y que fue posteriormente declarada inconstitucional en la misma Sentencia 76/1992). El Tribunal llega a decir, en esta misma dirección, que «el hecho de que el artículo 87.2 LOPJ —ya examinado en la primera parte de esta Sentencia— atribuyera ya con carácter general a los Juzgados de Instrucción y, por tanto, al que plantea la cuestión, esta competencia, no excluye que, además de innecesaria, haya de considerarse ilegítima su inclusión en la Ley de Presupuestos por exceder de las atribuciones propias de su contenido» (Sentencia 76/1992/4).

²⁴⁶ *Vid.*, también en este sentido, el trabajo de JESÚS GARCÍA TORRES, *El artículo...*, pág. 29.

decisiones conceda tal vez ese discutible, como se verá en seguida, carácter general al artículo 96.3 LRJAPyPAC, que indica que «si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento o, en su defecto, la oportuna resolución judicial», en el marco de los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos.

Debe hacerse notar como la atribución de esta función al Juez de Instrucción no supone ni que la misma tenga una naturaleza jurídico-penal ni, consecuentemente, que sean de aplicación los preceptos contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁴⁷. Estas ideas han sido resaltadas por el Tribunal Constitucional²⁴⁸. Estamos ante una actuación judicial que se inserta en un procedimiento administrativo, aunque sea autónoma y sea, por ello, posible que el Juez de Instrucción examine la cuestión y decida conceder la autorización o, en su caso, denegarla²⁴⁹.

²⁴⁷ Sin embargo, algunos autores insertan el supuesto del artículo 87.2 LOPJ en la explicación del procedimiento de entrada y registro de lugar cerrado (artículos 545 y ss. LECr). *Vid.*, por todos, GONZÁLEZ-TREVIANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 182-185.

²⁴⁸ Sentencias 76/1992/3c, 174/1993/2, y Auto 258/1990/2b. De hecho, antes de atribuirse esta función al Juez de Instrucción (en la tantas veces citada LOPJ), el Tribunal desestima el recurso de amparo interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid por la negativa del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid a autorizar una entrada administrativa, arguyendo que el procedimiento de entrada regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a supuestos donde se ha incoado una causa criminal. El Tribunal Constitucional comparte el razonamiento del Juzgado y añade, como ya hiciera en su Sentencia 22/1984/3, que el juez garante del derecho fundamental en examen respecto de los actos administrativos «no es necesariamente el Juez penal encargado de una instrucción sumarial» (Auto 272/1985/3).

²⁴⁹ Auto TC 129/1990/5. En dirección cercana, *vid.* la Sentencia TC 76/1992/3a. En relación con el artículo 87.2 LOPJ, *vid.*, entre otras, las Sentencias TS Ar. 1988/0267/3 y 1987/6135/4. Ciertamente es que la autonomía de la función que los Juzgados de Instrucción deben asumir de acuerdo con el artículo 87.2 LOPJ respecto de las normas procesales criminales plantea algunos problemas de hondo calado, como es determinar si los autos dictados al amparo de la citada norma son o no recurribles. *Vid.*, en sentido positivo, por todos, SANZ GANDESEGUI, F.: *La ejecución...*, pág. 154 y el citado dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, de 27 de mayo de 1992, que se basa en un pronunciamiento del Tribunal Constitucional —si bien con carácter de *obiter dictum*— en su Auto TC 258/1990/2b—. El Seminario que, bajo el auspicio del Consejo General del Poder Judicial, se organizara en 1991 sobre el artículo 87.2 LOPJ también incluye entre sus conclusiones sobre las normas mínimas de procedimiento ante el Juzgado de Instrucción el ofrecimiento de los recursos que procedan (queja, reforma, apelación) (extraído de PECES MORATE, J. E.: *La entrada...*, pág. 52). El mismo JESÚS E. PECES MORATE es partidario de aplicar a tales supuestos el sistema ordinario de recursos (artículos 216 a 238 LECr) (*idem*). No lo considera pertinente JESÚS GARCÍA TORRES (en *El artículo...*, págs. 46-48). Pese a todo, como indica el último autor citado, la Sentencia TC 174/1993 y el Auto 85/1992 no se oponen a la sucesiva interposición de los recursos de reforma y apelación (en *Voz...*, pág. 2158).

¿Cuál es, en este caso, el control de proporcionalidad ejercido por el Juzgado de Instrucción? En palabras del Tribunal Constitucional, «el Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo cual significa que no es Juez de la legalidad y de la ejecutividad del acto de la Administración»²⁵⁰. Lo único que ha de ponderar el Juez de Instrucción es que la ejecución de un acto administrativo —que, *prima facie*, parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias— hace necesaria una entrada domiciliaria, asegurando que la inevitable irrupción en el ámbito de la intimidad que tiene su origen en la entrada «se produzca sin más limitaciones [...] que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa»²⁵¹.

²⁵⁰ Sentencia TC 76/1992/3b. *Vid.*, en idéntica dirección, las Sentencias TC 22/1984/3 y 144/1987/2, así como los Autos TC 371/1991/2 y 85/1992. *Vid.*, también, el Auto TC 198/1991, de 1 de julio. Debe insistirse en la idea de que el control de legalidad de tales actos administrativos que conllevan entradas domiciliarias sigue siendo competencia específica de la jurisdicción contencioso-administrativa, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración (Sentencias TC 144/1987/3 y 76/1992/3b). Sobre la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo, *vid.*, por todos, GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*. Madrid, 1980, págs. 138-148.

Disiente de este parecer CÉSAR ÁLVAREZ-LINERA (en *La autorización...*, pág. 1042).

²⁵¹ Sentencia TC 144/87/2. Esta argumentación es reiterada en la Sentencias TC 76/1992/3a y 174/1993/1 y, entre otros, los Autos TC 258/1990/2d, 371/1991/2 y 85/1992/2. *Vid.*, también, las Sentencias TS TS Ar. 1987/6135 y la de 15 de marzo de 1990 citadas, respectivamente, por LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución...*, pág. 91 y LÓPEZ-FONT MARQUEZ, J. F.: *El juez...*, pág. 251.

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN critica la dicción utilizada en la Sentencia TC 137/1985/5 (y reiterada en el Auto TC 129/1990/5), que extiende el control judicial a las «irregularidades trascendentes observadas en las actuaciones» reflejadas en la documentación tributaria presentada ante el juez (en *Límites...*, pág. 2276 —*vid.*, también, en este punto PECES MORATE, J. E.: *La entrada...*, págs. 48-49—). JESÚS GARCÍA TORRES es partidario de integrar la jurisprudencia constitucional, lo que lleva a señalar que el Juzgado de Instrucción «debe ante todo ejercitar un control de proporcionalidad, aunque, además, pueda denegar lícitamente la autorización cuando aprecie la existencia de graves y manifiestas ilegalidades» (en *El artículo...*, pág. 44). Es cierto que tales irregularidades trascendentes superan, quizás, el deber de ponderación exigido por el artículo 18.2 CE, aunque debe recordarse que una de las conclusiones aprobadas en las Jornadas que sobre el artículo 87.2 organizara en 1991 el Consejo General del Poder Judicial señala que deben existir unas normas mínimas de procedimiento, como son *a)* reclamar el expediente administrativo completo para comprobar «si han existido o no irregularidades relevantes cuya omisión pueda generar flagrante vulneración constitucional», *b)* audiencia a las partes y *c)* notificación de la resolución judicial (extraído de GÓMEZ GUILLAMÓN, R.: *El artículo...*, pág. 84).

De todas las resoluciones del Tribunal Constitucional citadas en la nota anterior se puede extraer una detallada imagen del contenido de la intervención judicial²⁵². El Juzgado debe verificar, en primer lugar, que se encuentra en presencia de un acto que, *prima facie*, parece dictado por la autoridad competente en el marco de sus competencias (lo que excluye la vía de hecho). En segundo lugar, ha de controlar que la ejecución del acto administrativo haga necesaria la realización de la entrada domiciliaria. En tercer lugar, debe comprobar que el acto administrativo se encuentra en fase de ejecución y que no ha sido suspendido por autoridad administrativa o judicial alguna. En cuarto y último, el Juez de Instrucción está obligado a garantizar que la irrupción domiciliaria, que va a afectar a la intimidad del morador o moradores, se produzca sin más limitación de los derechos fundamentales que aquéllas que sean estrictamente necesarias.

Nos encontramos de nuevo ante un control en el que la proporcionalidad tiene una relevancia fundamental. Como Jesús García Torres ha puesto de manifiesto²⁵³, son exigibles los controles que integran el criterio de proporcionalidad en el Derecho alemán: el control de adecuación (que exige que la entrada sea efectivamente requerida por la actividad de ejecución, siendo así idónea la entrada para el fin pretendido), el control de necesidad (que examina como los fines perseguidos solamente pueden ser alcanzados mediante la entrada domiciliaria), y la proporcionalidad en sentido estricto (que debe contribuir a ajustar la entrada al fin perseguido, evitando que las intromisiones vayan más allá de lo estrictamente necesario).

El resultado de la labor del Juez de Instrucción debe ser el de autorizar o no la entrada domiciliaria. No puede confirmar la legalidad del acto administrativo, porque, de un lado, tal actuación le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y, de otro, puede inducir a los afectados a pensar que las operaciones administrativas están plenamente legitimadas por la intervención judicial cuando lo único que se ha permitido es realizar la entrada. Por estas razones el Tribunal Constitucional ha criticado que un Juzgado de Instrucción dictara en el marco del artículo 87.2 LOPJ un auto de desalojo y no, como

²⁵² Adelantada, en buena medida, en LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 73; NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 50; QUINTANA LÓPEZ, T.: *La autorización...*, pág. 547; LÓPEZ DÍAZ, A.: *La recaudación...*, pág. 272 y LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución...*, págs. 93-94. *Vid.*, también, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 49.

²⁵³ En *El artículo...*, págs. 43-44. *Vid.*, también, PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V.: *El principio...*, págs. 294, 296 y 297 y MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación...*, pág. 120 y ss., que al criterio de necesidad prefieren llamarlo exigibilidad e indispensabilidad, respectivamente.

debía, un auto de entrada²⁵⁴. El Tribunal Constitucional estima que, «en puridad de términos, el Auto del Juzgado debía haberse limitado a autorizar la entrada», ya que el desalojo era estricta aplicación del derecho municipal y no de la resolución judicial. Esta distinción entre los pronunciamientos judiciales, uno autorizando la entrada para desalojar y otro, sin más, el desalojo, no es, en opinión del mismo Tribunal Constitucional, un mero tecnicismo²⁵⁵: «El riesgo de confusión es cierto, pues los operadores jurídicos (incluidos los titulares de los Juzgados y de los órganos administrativos, cuanto más los ciudadanos legos en Derecho) pueden pensar que las operaciones administrativas están legitimadas por la intervención judicial, y actuar en consecuencia. Cuando lo cierto es que, desde el prisma del artículo 18.2 CE, lo único que la intervención judicial legitima es la entrada en el domicilio; pero dejando en manos de los Tribunales contencioso-administrativos todo lo referente a la legalidad (y a la ejecución inmediata o suspensión) de los actos administrativos que constituyen el título jurídico de las operaciones materiales»²⁵⁶.

Lo dicho respecto del artículo 87.2 LOPJ puede aplicarse, *mutatis mutandis*, a juicio del Tribunal Constitucional, a otras prescripciones legales especiales, que atribuyen la función de garante del derecho a la inviolabilidad del domicilio a otros órganos judiciales, respecto, siempre, de actos administrativos. De hecho, como ya se ha hecho notar, el Tribunal Constitucional entiende²⁵⁷ que el artículo 87.2 LOPJ es la norma de referencia general respecto de la nueva redacción que el artículo 110 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 daba al artículo 130 LGT y que, por ello, este último precepto era, en buena medida, innecesario (además de inconstitucional por regularse en una Ley de Presupuestos).

Pero tal asimilación entre el artículo 87.2 LOPJ y el artículo 130 LGT (en cualquiera de sus versiones anteriores a la actual) no es,

²⁵⁴ Los recurrentes estiman, en resumen de la propia Sentencia, «que la autorización dada por el Juzgado el 19 de julio de 1989 (literalmente: «Se autoriza el desalojo de las viviendas siguientes: ...») vulnera el artículo 18.2 de la Constitución. Pues viene a servir de mandamiento de desalojo, entrando encubiertamente a hacer un juicio sobre el fondo del asunto, sin previo proceso y excediendo la competencia de la jurisdicción penal. Y permite convalidar una actuación administrativa gravemente ilegal, pues la parte recurrente es ajena a cualquier legajo o documento que haya sido emitido por el Municipio y merezca el nombre de procedimiento administrativo» (Auto TC 371/9191/2).

²⁵⁵ Auto TC 371/9191/3.

²⁵⁶ *Idem*.

²⁵⁷ Sentencia TC 76/1992/3y4, respectivamente. Ya en el Auto TC 129/1990/5, el Tribunal pareció vincular el artículo 87.2 LOPJ con los preceptos que regulan la inspección de tributos (artículo 141.2 LGT y artículo 39.3 y 4 del RGIT).

quizás, atinada. Para justificar tal idea es, quizás, conveniente recordar sumariamente las disposiciones fiscales recogidas sucesivamente en el artículo 130 LGT (a excepción de la actual que, paradójicamente, no guarda ninguna relación con el problema que aquí se examina), aunque las conclusiones de tal análisis puedan extenderse a otras disposiciones de la misma ley y de los reglamentos que la desarrollan.

Como se recordará, el originario artículo 130 LGT, señalaba que, «previa exhibición del documento acreditativo del crédito tributario o, en su caso, de la relación de deudores debidamente providenciados de apremio, los Jueces de paz, comarcales o municipales, según sea el que exista en cada localidad, autorizarán, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud, la entrada del recaudador en el domicilio de los deudores responsables»²⁵⁸.

Este precepto, que fue considerado constitucional en la Sentencia TC 137/1985/4y5, fue derogado por la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988. La razón de tal modificación no es difícil de imaginar. De un lado, la LO del Poder Judicial había refundido los Jueces comarcales y municipales en la figura de los Jueces de Distrito. Pero es que, además, esta misma ley —recogiendo la doctrina de la Sentencia TC 22/1984— atribuía al Juez de Instrucción la función de garante del derecho a la inviolabilidad del domicilio respecto de los actos administrativos. La pretensión de equiparar el régimen de intervención judicial en los casos de recaudación fiscal²⁵⁹, respecto de los demás actos administrativos, explica la nueva redacción que en el artículo 110 de la citada Ley de Presupuestos se daba al artículo 130 LGT, que era la siguiente: «previa exhibición del documento, individual o colectivo, acreditativo de la deuda tributaria, los Jueces de Instrucción autorizarán, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud, la entrada en el domicilio del deudor, siempre que se manifieste por los órganos de recaudación haber perseguido cuantos bienes sea posible trabar sin necesidad de aquella entrada».

²⁵⁸ Este precepto fue declarado constitucional en relación con la inviolabilidad del domicilio en la Sentencia TC 137/1985/4y5. Pese a que el texto legal señale que el órgano judicial *autorizará* la entrada, es también posible que el Juzgado la deniegue (*vid.*, la Sentencia TC citada y, en el plano doctrinal, por todos, SOLER ROCH, M.^a T.: *Artículo...*, pág. 283, GARCÍA TORRES, J.: *El artículo...*, págs. 49-50 y NAVARRO FAURE, A.: *El domicilio...*, págs. 47 y 48).

²⁵⁹ Sobre la relación entre los actos de recaudación tributaria en vía de apremio y la inviolabilidad del domicilio, *vid.*, el documentado y completo trabajo de ANTONIO LÓPEZ DÍAZ (*La recaudación...*, —en especial, págs. 264-280—).

Este precepto va a ser posteriormente declarado inconstitucional, pero no porque vulnere materialmente el contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sino por su tramitación parlamentaria en una Ley de Presupuestos. Curiosamente, su invalidez no es especialmente grave para los órganos recaudatorios fiscales, ya que pueden utilizar, a juicio del propio Tribunal Constitucional²⁶⁰, a falta de un procedimiento especial, el regulado en el artículo 87.2 LOPJ.

Y ello es, quizás, como ya se ha apuntado, criticable. La razón es sencilla: los artículos 87.2 LOPJ y las dos versiones citadas del artículo 130 LGT son materialmente respetuosas con la inviolabilidad del domicilio. Ello no implica, esto es claro, que el contenido de la actuación judicial, objeto de estas páginas, deba ser, en ambos casos, idéntico.

El artículo 87.2 LOPJ, que disciplina la actuación judicial en los casos de ejecutoriedad de actos administrativos que implican entradas tiene como premisa necesaria, establecida en el artículo 95 LRJAPy-PAC, el *previo apercibimiento* que la Administración debe hacer al interesado. Ello explica que la propia Dirección General del Servicio Jurídico del Estado haya estimado, en su dictamen de 27 de mayo de 1992²⁶¹, que es necesario para la aplicación del artículo 87.2 LOPJ, entre otros requisitos²⁶², «la notificación de tal acto al interesado, requiriendo su cumplimiento voluntario» y, en caso de negativa o silencio, el «apercibimiento de la ejecución forzosa del acto, mediante la notificación correspondiente». Sólo tras estos requisitos pueden llevarse a cabo las «actuaciones materiales de ejecución, si se reiterara la negativa del interesado, habilitadas por previa autorización judicial»²⁶³.

Por su parte, el seminario que, en relación con el artículo 87.2 LOPJ, organizara el Consejo General del Poder Judicial en junio de 1991, va aún más lejos en sus conclusiones sobre las normas mínimas

²⁶⁰ Sentencia 76/1992/4.

²⁶¹ Citado, págs. 226-227.

²⁶² Como es la constatación de que existe un acto administrativo que sirva de fundamento jurídico a la ejecución.

²⁶³ Está claro que esta notificación previa no es precisa en otro tipo de procedimientos, como son los judiciales de entrada y registro (como muestra, con meridiana claridad, la Sentencia TS Ar. 1994/3656/1). *Vid.*, también, la Sentencia TS Ar. 1989/9800/2, entre otras. Además, el Tribunal Constitucional ha señalado que no es preciso que el Juzgado, garante del derecho fundamental, realice indagaciones para establecer si se ha dado tal notificación, porque sería examinar la legalidad administrativa. Si tal infracción existe, deberá ser dilucidada por los Tribunales Contencioso-Administrativos (en el Auto TC 258/1990/2d).

de procedimiento ante el Juzgado de Instrucción, ya que considera requisitos mínimos, entre otros²⁶⁴, la «comparecencia o audiencia de las partes o interesados (con expresa tutela de los derechos reconocidos en el artículo 24 CE)» y la existencia de «notificación de la resolución judicial conforme a las formas previstas en el ordenamiento jurídico»²⁶⁵.

En definitiva, debe señalarse que, respecto de la ejecutoriedad de los actos administrativos, la autorización judicial de entrada *debe* dictarse después de haber requerido al interesado el cumplimiento voluntario del acto en cuestión, y superando su pasividad o negativa mediante un apercibimiento sobre la ejecución forzosa del acto administrativo. Estos requisitos derivan del tenor de los artículos 87 LOPJ y 95 LRJAPyAC.

Por ello es, quizás, criticable la jurisprudencia mantenida por el Tribunal Constitucional en su Auto 129/1990, y a la que ya se ha hecho referencia en este trabajo. Como se recordará el citado Auto TC desestima un recurso de amparo interpuesto por un particular contra un Auto judicial que autoriza una entrada en el domicilio del recurrente al amparo de los artículos 141.2 LGT y 39.3 RGIT, sin requerirle ni notificárselo. El recurrente alega, entre otros extremos, que la autorización judicial no se compadece de las exigencias contenidas en el artículo 87.2 LOPJ (como son, por ejemplo, la ausencia de un procedimiento tributario abierto contra él o de notificaciones o requerimientos).

El Tribunal Constitucional afirma que la Administración tributaria requiere de la autoridad judicial, según lo dispuesto en la legalidad vigente (artículo 141.2 LGT y artículo 39.3 y 4 RGIT, en conexión con el artículo 87.2 LOPJ)²⁶⁶. Posteriormente, el Tribunal recuerda toda la jurisprudencia dictada en relación con la actuación judicial respecto del artículo 87.2 LOPJ (fundamento jurídico 5.º) y termina afirmando que la legalidad tributaria (en concreto, los artículos 141.2 LGT, 39.3 y 39.4 RGIT) no imponen necesariamente que la autorización judicial deba condicionarse a *una suerte de trámite de audiencia y contradicción* (fundamento jurídico 6.º).

²⁶⁴ Además de las normas mínimas citadas en el texto, se prevén otras que pueden ser consultadas en PECES MORATE, J. E.: *La entrada...*, págs. 51 y 52. Es discutible, como ya se ha indicado más arriba, que el órgano judicial deba realizar un control sobre la existencia de eventuales irregularidades trascendentes. Igualmente polémica es la cuestión a la que también ya se ha aludido de si es necesario que tales autorizaciones judiciales puedan, o no, ser recurridas.

²⁶⁵ *Idem.*

²⁶⁶ Auto TC 129/1990/5.

No hay discrepancia en el presente trabajo respecto de la solución dada al caso (esto es, la desestimación del recurso); pero sí en relación con la argumentación esgrimida en el mismo. La razón es que el Tribunal mezcla en esta resolución (y, confunde posteriormente, en la Sentencia 76/1992) dos tipos de normas diferentes: unas, referidas a la ejecución forzosa de los actos administrativos; otras, conectadas con los actos administrativos de inspección y recaudación tributaria.

Cierto es que todas las normas se refieren a actos administrativos y que en todos estos supuestos el órgano judicial actúa como garante de los derechos fundamentales. Pero no es menos cierto, como Ana María Juan Lozano ha señalado, que «las actuaciones inspectoras no son propiamente ejecución forzosa de ningún acto administrativo»²⁶⁷. Aquí radica la raíz del problema y, también, la razón de la discrepancia respecto de la argumentación esgrimida en el Auto TC 129/1990. Hubiera sido extremadamente útil que el Tribunal hubiera señalado en él que la Constitución solamente prevé que toda entrada se vea precedida de resolución judicial (lo que no es poco, en comparación con otros textos constitucionales de nuestro entorno), y que es posible que la intervención judicial relacionada con tal resolución judicial varíe en función de las circunstancias de cada caso.

No es que, en supuestos de ejecución forzosa de actos administrativos puedan dictarse autorizaciones judiciales sin dar traslado al afectado, o sin que previamente haya sido apercibido el interesado. Es que, en este caso, la legislación tributaria impone, para ser eficaz, una actuación judicial en la que no es necesario (ni, quizás, conveniente) realizar requerimientos y notificaciones previas al interesado, que pondrían en eventual peligro los resultados de la propia diligencia inspectora. Es posible así considerar, por ejemplo, que el artículo 130 LGT contemplaba en el pasado un medio de gestión tributaria, más que un supuesto de ejecución forzosa de actos administrativos²⁶⁸.

El Tribunal Constitucional opta por entender, en la Sentencia TC 50/1995, que el auto que posibilita la realización de una entrada domiciliaria para realizar una inspección tributaria «no está contemplado en esa norma [artículo 87.2] de la LO del Poder Judicial que, sin em-

²⁶⁷ En *Inviolabilidad...*, pág. 687. PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVIJANO parece intuir tal distinción entre los contenidos materiales de los artículos 87.2 LOPJ y 130 LGT, cuando, al examinar la Sentencia TC 137/1985, referida al último precepto citado en su original redacción, señala que la Sentencia tiene un presupuesto y un alcance distinto a otras, conectadas, a su vez, con la ejecución forzosa de actos administrativos (en *La inviolabilidad...*, pág. 198). *Vid.*, respecto de los poderes de verificación e inspección en locales, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 57-58.

²⁶⁸ JUAN LOZANO, A. M.ª: *Inviolabilidad...*, pág. 684.

bargo, ha sido utilizada como cobertura de la decisión del Juez, en una lectura por analogía»²⁶⁹. La razón es que el «procedimiento de la inspección tributaria tiene una naturaleza inquisitiva y cumple, en su ámbito, la función de investigar y documentar el resultado de las pesquisas o averiguaciones, como medio de prueba en un procedimiento posterior, que normalmente será el de liquidación pero que muy bien pudiera desembocar en otro sancionador e incluso penal por delito fiscal». Ello justifica que no sea inadecuada la atribución de tales asuntos a los Juzgados de Instrucción, teniendo en cuenta el silencio de los artículos 141 LGT y 39 RGIT en lo que respecta del juez competente y el procedimiento aplicables al caso. El Tribunal termina su argumentación señalando que «para aquel procedimiento administrativo [previsto en el artículo 87.2 LOPJ] hemos considerado acorde con la Constitución que se atribuyera a los Jueces de Instrucción la competencia de expedir o negar el mandamiento correspondiente. Tanta o más razón existe para que se extienda el ámbito de la norma, por vía analógica ante el silencio de la Ley, al procedimiento de la inspección tributaria, con una semejanza tan notable a la de instrucción sumarial en los aspectos que tocan al casi inevitable desencadenamiento de la potestad sancionadora o del tanto de culpa a la propia jurisdicción penal»²⁷⁰.

La conclusión que pueden extraerse de las últimas reflexiones realizadas en este trabajo es que la intervención judicial en garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio conectada con los actos administrativos no tiene por qué ser, en todos los casos, idéntica. En concreto, existen evidentes diferencias en la actuación judicial cuando se ventila la ejecución forzosa de un acto administrativo y cuando se trata de ejercer funciones tributarias de inspección y recaudación. Lo más probable es que quepan supuestos diferentes que maten, en su caso, el contenido de la intervención judicial.

Debe finalizarse este apartado insistiéndose en que nuestra Constitución exige que toda entrada domiciliaria se vea precedida de una resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. Lo que no exige nuestra Constitución es que el Juez esté obligado a actuar siempre de la misma forma; es decir, con los mismos requisitos, respecto de las entradas domiciliarias solicitadas por la Administración. Es, por el contrario, evidente que la clase de acto administrativo de que se trate

²⁶⁹ Sentencia TC 50/1995/6. En relación con el Derecho francés, *vid.* FRANGI, M.: *Constitution...*, págs. 136-137.

²⁷⁰ *Idem.* Respecto de las inspecciones fiscales y de la inviolabilidad del domicilio en Italia, *vid.* la citada Sentencia TCI 56/1973 y AMATO, G.: *Articolo...*, pág. 77.

condiciona la actividad del órgano judicial en orden a autorizar o, en su caso, denegar la entrada domiciliaria. Puede, por ello, concluirse, parafraseando al profesor Ángel Garrorena Morales, que respecto de la inviolabilidad del domicilio rige, en nuestro ordenamiento constitucional, y en relación con el poder judicial, el principio de precedencia de la resolución judicial²⁷¹.

²⁷¹ Se alude al clásico trabajo de ÁNGEL GARRORENA MORALES, *El lugar de la ley en la Constitución española* (Madrid, 1980), donde se indica que los reglamentos administrativos que organizan los diferentes órganos deben verse precedidos por la ley, por la que deben crearse y coordinarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 103.2 CE. A tal principio lo denomina el autor *principio de precedencia de la ley* (págs. 57-58, y 103).