

# ESTUDIOS

## La entrada en el domicilio o en otros lugares cerrados para la ejecución de actos de la Administración. Hacia un modelo garantista

Jesús Ernesto PECES MORATE

### PREAMBULO

La competencia expresa que el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al Juez de Instrucción carece de precedentes legislativos en nuestro ordenamiento, salvo la intervención exigida por el artículo 130 de la Ley General Tributaria, en su redacción originaria, de los jueces de paz, comarcales y municipales para autorizar la entrada del recaudador en el domicilio de los deudores responsables, y que en su redacción actual, por Ley 33/1987, de 23 de diciembre (que aprobó los presupuestos para 1988) corresponde darla al Juez de Instrucción. Como señala Gómez Gillamón<sup>1</sup> «hasta la aparición de la Constitución de 1978, aunque la inviolabilidad del domicilio estaba declarada en textos legales a los que se les atribuía la condición de constitucionales, no se había echado en falta semejante competencia de los jueces. Se entendía, con apoyo en el artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que la Administración tenía facultad para proceder a la ejecución forzosa de sus actos "salvo cuando por Ley se exija la intervención de los Tribunales", y no existía previsión legal al efecto. Para la Ley de Procedimiento Administrativo el acto administrativo y su ejecución forman un todo no separable al que se extienden las facultades de disposición de la Administración. Si el acto administrativo requería para su ejecución la entrada en un domicilio, ésta se convertía en parte misma del acto y, por consiguiente, no había que impetrar al auxilio judicial para llevarlo a efecto. El problema surgió con la vigente Constitución en aquellos casos en que la ejecución de una resolución administrativa exigiera la entrada en un domicilio, y ello porque, conforme a su artículo 18.2, el domicilio es inviolable y ninguna entrada podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito... sólo los jueces pueden autorizar esa entrada, encontrándose investidos de tal potestad

directamente por la Constitución sin mediación de una ley especial (STC 22/1994 —fundamento jurídico tercero)».

La autotutela de la Administración (tanto la declarativa o ejecutiva como la ejecutiva o ejecutoriedad) se encuentra actualmente reconocida, con carácter general, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A la primera (declarativa o ejecutiva) dedica dicha ley sus artículos 56, 57 y 94, y a la segunda (ejecutiva o ejecutoriedad) el artículo 95, en el que expresamente se establece la salvedad a tal ejecutoriedad en los casos en que así lo establezca la ley y cuando ésta o la Constitución exijan la intervención de los Tribunales. Preceptos que, recogidos ya en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, han sido declarados compatibles con los principios y derechos constitucionales en el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia 22/84, de 17 de febrero, y en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 66/84, de 6 de julio, ambas del Tribunal Constitucional. La propia Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece, en su artículo 96.3, que «si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial».

La preocupación de los ciudadanos por proteger su domicilio o el lugar donde ejercen su actividad y el empeño de la Administración por lograr el ejercicio de sus competencias y fines cuando se invocan aquellos derechos, produce una permanente tensión evidenciadora de que, a pesar del cuidado en la solución, no se ha alcanzado un pacífico y normal entendimiento de tales intereses, las más de las veces, enfrentados. La promulgación de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 2 de julio de 1985, que venía a dar solución a algunos de los motivos de permanente conflicto, cual era la indeterminación

<sup>1</sup> «El artículo 87.2 de la LOPJ y la Jurisprudencia del TC» *Poder Judicial*. 2.ª época, núm. 23, septiembre 1991, págs. 73 y 74.

del juez que habría de autorizar la entrada en el domicilio sin o contra la voluntad de su titular cuando la misma fuese necesaria para la ejecución forzosa de los actos de la Administración, creó otros al ampliar, de forma indirecta, el objeto de protección que si en un principio fue el domicilio, como consecuencia de la inviolabilidad del mismo prescrita por el artículo 18.2 de la Constitución, después de la entrada en vigor de aquélla parece haberse extendido a «los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular». Ya no se trata, pues, de desarrollar el citado precepto constitucional a fin de salvaguardar el domicilio sino de establecer un órgano judicial, de quien la Administración deberá recabar autorización para entrar en edificios y lugares cuyo acceso dependa del consentimiento del titular.

Siguiendo las conclusiones del dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 30 de julio de 1990, Sanz Gandásegui<sup>2</sup>, considera que con la inclusión de estos lugares o edificios «el legislador ha querido aumentar el ámbito de garantía de los ciudadanos más allá de lo inicialmente previsto por la Constitución, sujetando a autorización judicial la entrada en aquellos edificios o lugares en los que, sin ser domicilio, existe una persona que se opone a la ejecución forzosa por parte de la Administración, de modo que ésta se ve obligada a impetrar el auxilio jurisdiccional para vencer tal oposición. Cabe añadir que esta ampliación de la garantía jurisdiccional, al tener su origen en la Ley (y no en la Constitución) no otorga la protección del amparo constitucional, sino que habilita sólo al interesado para ejercitar las acciones y recursos ordinarios. En definitiva, se trataría de proteger dos bienes jurídicos distintos: en el caso del domicilio, lo que se protege fundamentalmente es el derecho a la privacidad o intimidad de su titular; en el segundo caso lo que se protege más bien es el derecho de propiedad (o, en su caso, la posesión legítima del no propietario)».

El afán del legislador por facilitar a la Administración la ejecución de sus propios actos, ha complicado aún más la situación ya de por sí confusa con anterioridad, de manera que la única solución práctica, que fue definir el juez competente, se ha malogrado por dos razones fundamentalmente. La primera por el probable desacierto en la elección del Juez de Instrucción sin establecer el proceso para decidir sobre aquella petición, y la segunda por la ampliación de la garantía judicial a otros lugares que no sean el domicilio.

## I. PRECEDENTES Y CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 22/1984, DE 17 DE FEBRERO («BOE» DE 9 DE MARZO DE 1984)

A raíz de la publicación de esta sentencia, Quintana López, al comentar la misma, nos relata<sup>3</sup> que en el año 1977 era objeto de atención una sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos (de fecha 23 de octubre de 1975) que, resolviendo un caso análogo al que fue objeto de la citada sentencia del Tribunal Constitucional, suscitaba al comentarista Sosa Wagner<sup>4</sup> las siguientes reflexiones: «... Un principio que no tolera excepciones en el marco de un Estado de Derecho de carácter democrático es el respeto de las libertades públicas... Por ello, cuando, como en este supuesto, se genera 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.»

Sigue diciendo Quintana López que no se podía hacer más en aquel momento, en que, pese a reconocerse el Derecho a la inviolabilidad del domicilio, el Fuero de los Españoles (artículo 15), ponía en manos de la autoridad competente la posibilidad de expedir mandamientos para entrar en el domicilio ajeno contra la voluntad de su titular y, teniendo en cuenta que autoridad competente no tenía porqué equivaler a autoridad judicial, no parece violentar las normas resolver como entonces lo hizo la Audiencia Territorial de Burgos.

Por su parte, el magistrado Alvarez-Linera y Uriá nos refiere su experiencia profesional y personal<sup>5</sup> con ocasión de haberle sido solicitada, siendo juez de Oviedo, en 1960, por el alcalde de la citada ciudad, autorización judicial que legitimara, en caso necesario, la entrada en un domicilio particular para demoler una terraza construida, al parecer, ilegalmente, habiendo resuelto, mediante auto, la denegación de la autorización por estimarla innecesaria, dada la normativa vigente en orden a la autotutela administrativa. Desde entonces, sigue afirmando dicho magistrado, su opinión no ha cambiado al respecto, si bien a partir de la publicación de esta sentencia clave del Tribunal Constitución (22/84) la cuestión ha cambiado radicalmente hasta dar un giro copernicano.

Los propios hechos, que determinaron el amparo ofrecido por el Tribunal Constitucional con su sentencia de fecha 17 de febrero de 1984, son suficientemente ilustrativos de la situación precedente. La Audiencia Territorial de Albacete, en sentencia de fecha 1 de octubre de 1982 (después apelada y finalmente desautorizada por la interpretación del Tribunal Constitucional) afirmaba que la aplicación literal del artículo 18.2 de la Constitución haría quebrar nuestro sistema de Administración pública, estiman-

<sup>2</sup> «La ejecución de los actos administrativos que requieren entrada en domicilio». *Boletín del Ministerio de Justicia*, num. 1688, de 5 de noviembre de 1993, pág. 149.

<sup>3</sup> «La autorización judicial, garantía de la inviolabilidad del domicilio y límite de la ejecución forzosa de los actos administrativos». *Revista de Estudios de la Vida Local. Instituto de Estudios de Administración Local*, num. 224, 1984, págs. 543 a 547.

<sup>4</sup> «Ejecución forzosa e inviolabilidad de domicilio» *Revista Es-*

*pañola de Derecho Administrativo*, num. 14, págs. 481 y ss. Año 1977

<sup>5</sup> Comunicación presentada en las Jornadas sobre Administración de Justicia, celebradas en Barcelona los días 20 a 22 de septiembre de 1988. Annex a les ponencies, págs. 45 a 53. «La autorización judicial para la entrada en domicilios particulares, en ejecución de actos administrativos». *La Ley*, núm. 2173, 24 de febrero de 1989, págs. 1 a 5.

do que el conflicto entre inviolabilidad de domicilio y ejecución forzosa de los actos de la Administración «ha de resolverse considerando que el artículo 18 de la Constitución se limita a prohibir la entrada en el domicilio a efectos de registros o en el ejercicio de funciones represivas, sean penales o administrativas, pero sin comprender la entrada en el ejercicio de potestades administrativas en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, conclusión a la que se llega no ya sólo por la naturaleza de la excepción que se establece en el precepto, flagrante delito, sino además por el propio fundamento tradicionalmente asignado al derecho examinado». «El fundamento del derecho a la inviolabilidad del domicilio no es otro que el de evitar injerencias arbitrarias en el domicilio y el Ayuntamiento de Murcia en ningún momento, al dictar los actos recurridos y realizar la subsiguiente actividad material, intentó inmiscuirse en la vida privada de la recurrente, por lo que no cabe hablar de intromisión ilegítima, estando, por el contrario, toda su actuación amparada por la legislación vigente, en cuanto el artículo 184 de la Ley del Suelo atribuye a la Administración municipal la potestad de disponer la demolición de las obras ilegales no legalizables».

El Tribunal Supremo (Sala Tercera), al confirmar en apelación esta sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete, basó la suya, de fecha 7 de diciembre de 1982, en dos argumentos principales: el uno por estimar que, con la invocación del precepto esgrimido, se trataba de amparar, no el derecho a la inviolabilidad del domicilio como manifestación de la personalidad y de su intimidad, sino el derecho de propiedad de una vivienda de la que se ve despojada la recurrente por consecuencia de irregularidades urbanísticas no legalizables. El otro por entender que «si para el ejercicio de la facultad ejecutiva, reconocida a la Administración en el artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se requiere, en supuestos como el de autos, la autorización judicial para la entrada en un domicilio, sería tanto como someter la legalidad del actuar administrativo al juicio valorativo de un juez carente de jurisdicción para ello, puesto que la sola solicitud presentada al efecto implica someterse a su decisión, por repugnar a la función judicial su conversión en un automatismo formal que además tampoco serviría a la finalidad garantizadora de los derechos individuales afectados, y es que para desplazar al juez de su campo de indagación sumarial con las facultades que le confieren a tal fin los artículos 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, será preciso que esté exigido por la Ley que le otorgue a su

vez potestad para intervenir, apreciación coincidente con lo que dice "in fine" el artículo 102 citado, razones sin duda que han sido las determinantes de la abstención de algunos Jueces de Instrucción ante peticiones de esta índole y, por otro lado, lo que tampoco es admisible, por antijurídico, es dejar una situación de vacío legal repudiable y paralizador de la actividad administrativa».

«Llegado el caso de aplicar el artículo 18.2 de la Constitución —decía Alejandro Nieto<sup>6</sup>— el Tribunal Supremo lo ha hecho, en líneas generales, de una manera flexible, es decir, tratando de armonizar los intereses individuales en él garantizados con los intereses públicos representados por la Administración, de tal manera que el ejercicio del Derecho a la inviolabilidad del domicilio no entorpeciera abusivamente la acción administrativa. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en una famosa sentencia de 17-2-1984, ha seguido una línea interpretativa enormemente rigurosa, rectificando con ello la postura de la jurisdicción ordinaria. La radicalidad de esta postura ha provocado una enérgica reacción de la doctrina, asustada —por así decirlo— de las consecuencias prácticas de esta desmesurada protección de un derecho individual tan fácilmente susceptible de derivaciones abusivas, insistiendo así en la postura realista del Tribunal Supremo.»

Con parecido significado, López Ramón afirmaba que «en los procesos judiciales previos y en el mismo recurso de amparo, se produjeron diversas argumentaciones que trataban de compatibilizar, en determinadas circunstancias, la ejecución administrativa de aquellos actos que precisan una entrada domiciliar con el derecho del artículo 18.2 de la Constitución. Entendiendo que este precepto persigue proteger la intimidad, dichas argumentaciones eliminaban la existencia de una violación domiciliar cuando los actos administrativos de ejecución no estuvieran destinados a atacar el bien jurídico protegido. De esta forma, se reconducía el rigor literal del artículo 18.2 —cuya curiosa génesis parlamentaria debe ser tenida en cuenta—, a esquemas que parecen más habituales en el Derecho Comparado. Sin embargo el Tribunal Constitucional optó por una interpretación textual, evitando los argumentos de tipo teleológico»<sup>7</sup>.

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<sup>8</sup>, lo cierto es que resulta diáfano y no parece que permita otra interpretación que la llevada a cabo por el Tribunal Constitucional en la sentencia comentada y otras poste-

<sup>6</sup> «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria». *Revista de Administración Pública*, núm. 112. Enero-abril 1987. Centro de Estudios Constitucionales, págs. 7 a 61.

<sup>7</sup> «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Año XLIV. Num. 225. Enero-marzo 1985, págs. 31 a 78.

<sup>8</sup> Tanto F. López Ramón como Alejandro Nieto, a fin de justificar su no disimulada discrepancia con la tesis del Tribunal Constitucional, en sus dos citados estudios, transcriben los preceptos de diferentes textos constitucionales y legales, desde la Enmienda IV (1971) de la Constitución de los Estados Unidos hasta el artículo 34 de la Constitución portuguesa de 1976, pasando por

el artículo 14 de la Constitución italiana de 1947, el artículo 13 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1950, de los que concluyen que todos ellos contienen precisiones de carácter finalista, posibilitando una regulación concreta del tema por parte de la legislación ordinaria. No menos relevancia otorgan, a efectos de explicar el rigor de la expresión literal del artículo 18.2 de la Constitución, a las tareas de las Cortes Constituyentes, en las que la obsesión garantista presidía los debates parlamentarios y dio como resultado la inflexibilidad del texto constitucional. Abundando sobre esto último Lorenzo Martín-Retortillo en «Materiales para una Constitución (los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)». Akal. Madrid, 1984, págs. 100 y ss.

riores, sirviendo de orientación a la ulterior actuación judicial, y que tanto a uno como a otro de los citados comentaristas de la misma (Alejandro Nieto y Fernando López Ramón) les recuerda aquella frase de Lord Chatham cuando dijo, el año 1764, en el Parlamento inglés: «El hombre más pobre desafía en su recinto a todas las fuerzas de la Corona; su chimenea puede estar fría, su techo puede temblar; el viento soplar entre las puertas desencajadas, la tormenta puede entrar; pero el Rey de Inglaterra no puede entrar». Haya o no conexión entre la filosofía y mentalidad que inspiró aquella formulación histórica y este precepto constitucional, lo cierto es que, como ha dejado claro el Tribunal Constitucional, no cabe penetrar en un domicilio sino mediante el consentimiento de su titular o la autorización judicial, salvo en caso de flagrante delito, supuesto éste que permite la entrada sin aquellos condicionantes o requisitos.

En la sentencia, objeto de estudio, el Tribunal Constitucional reduce el objeto central que ha de resolver a constatar si cuando la ejecución forzosa realizada en un procedimiento por la Administración, en virtud de la llamada autotutela de ejecutar sus propias decisiones, requiere la entrada o el registro en el domicilio de una persona, para llevarlo a cabo basta el título que ordena la ejecución o es preciso dar cumplimiento a los requisitos del artículo 18.2 de la Constitución. La doctrina del Tribunal Constitucional es tajante en cuanto a la aplicabilidad de este precepto constitucional y se funda en los siguientes argumentos: «El artículo 18.2 de la Constitución contiene dos reglas distintas: una tiene carácter genérico o principal mientras que la otra supone una aplicación concreta de la primera y su contenido es por ello más reducido. La regla primera define la inviolabilidad del domicilio... La regla segunda establece un doble condicionamiento a la entrada y al registro, que consiste en el consentimiento del titular o en la resolución judicial... De la facultad que el titular del derecho sobre el domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato o autorización de 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. La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que se trata

de una resolución tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa... A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una resolución de la jurisdicción ordinaria... sólo en virtud de una *específica resolución judicial* pueden entrar. Por consiguiente, el hecho de encontrarse ejecutando una decisión, judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro en un domicilio particular. Sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho». Como después veremos el criterio sobre la necesidad de específica resolución judicial aun cuando se trate de ejecutar decisiones judiciales ha sido rectificado en la sentencia que analizaremos del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 1991.

Las críticas doctrinales a las tesis del Tribunal Constitucional, extensamente argumentadas por Fernando López Ramón y Alejandro Nieto<sup>9</sup>, fueron ya puestas de relieve en el voto particular discrepante que formuló a la sentencia en cuestión el magistrado Rubio Llorente, al entender que se había producido una defectuosa delimitación del acto impugnado, a partir del cual se construyeron los fundamentos de la sentencia. Dice el magistrado disidente 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 hayan desconocido otros derechos que aquellos que él mismo negaba, esto es, en el presente caso, el derecho a mantener como domicilio un local cuya demolición se había ordenado, incluso antes de haber sido adquirido por quien lo ocupaba.»

Las discrepancias con la doctrina del Tribunal Constitucional no hicieron variar ésta en un ápice, habiéndose ulteriormente limitado a precisar en otras sentencias cuál ha de ser la función del juez al que la Administración solicita la autorización para entrar en el domicilio y el ámbito de éste, aspectos ambos ya apuntados en esta su primera sentencia. Así, en cuanto a lo primero, la sentencia afirma que «Ante todo, 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, el cual sólo tiene que intervenir cuando la entrada en un domicilio guarde relación directa con la investigación sumarial que lleva a cabo. Nada permite inferir que ningún orden jurisdiccional —fuera

<sup>9</sup> En el estudio ya citado, Alejandro Nieto, en el epígrafe titulado «un problema teórico: acto administrativo resolutorio, acto administrativo de ejecución y ejecución material», afirma que «Los argumentos del magistrado disidente y de López Ramón son, en principio, exactos: la separación entre los actos jurídicos previos y la realización material de los mismos es convencional y, efectivamente, sólo tendría sentido en el caso de una desviación de la ejecución respecto del contenido de la orden de su realización. Lo que sucede es que la Constitución, por muy convencional que ello resulte, ha impuesto tal distinción en el supuesto concreto en que entre en juego el hecho de una entrada factica en el domicilio de un particular y el Tribunal Constitucional se ha limitado a ser consecuente con el precepto constitucional». Por su parte Fernando López Ramón, en su también referido trabajo, compara la doctrina del Tribunal Constitucional español con la de la Corte Constitucional italiana, de fecha 9 de junio de 1967 que,

al resolver sobre si el artículo 513.1.º del Código de Procedimiento Civil italiano, que permite al oficial judicial buscar cosas para embargar en la persona del deudor, observando las cautelas oportunas para respetar su decoro, afirmó que «El correspondiente ejercicio no requiere una autorización especial, porque la autorización esta en el título ejecutivo, el cual habilita para realizar todos los actos coactivos de la obligación». El propio López Ramón cita la dividida doctrina, al comentar esta sentencia de la Corte Constitucional italiana, pues mientras para V. Andriotti «de la potestad de acceder a la casa del deudor y a los lugares que le pertenecen, reconocida al oficial judicial, no se dudaba que fuera conforme a las garantías de la libertad domiciliaria». I. Faso critica la sentencia, entendiendo con Banlie y Cheli que la entrada en el domicilio para embargar requiere un acto judicial motivado.

del juez penal— puede intervenir cuando se le solicite la autorización para la entrada en el domicilio de una persona. Pensar que el juez carece de jurisdicción es hacer supuesto de la cuestión debatida, que es precisamente ésta. Y nada autoriza, finalmente, a pensar que el juez a quien el permiso se pide y competente para darlo debe funcionar con un “automatismo formal”. No se somete a su juicio, ciertamente, una valoración de la acción de la Administración, pero sí la necesidad justificada de la penetración en el domicilio de una persona.» En cuanto a lo segundo, señaló que «la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado, y en especial en el artículo 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones... la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (artículo 18.2 de la Constitución). Todo ello obliga a mantener, por lo menos “prima facie”, un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo».

Las consecuencias de esta sentencia del Tribunal Constitucional fueron inmediatas. Los jueces y tribunales, cuando era preciso para ejecutar sus sentencias o resoluciones penetrar en un domicilio sin o contra el consentimiento de su titular, comenzaron a pronunciar específicas resoluciones motivadas para legitimar dicha entrada, mientras que la Administración no conocía cuál fuese el juez al que debía dirigir sus solicitudes, por lo que, hasta tanto se promulgó el artículo 87.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, o bien se abstuvo de cualquier actuación que exigiese entrar en un domicilio cuando no hubiese consentimiento del titular o se arriesgaba a interesarlo de cualquiera de los jueces de los órdenes jurisdiccionales existentes, quienes, en ocasiones, se declaraban incompetentes por no venir expresamente definida su función al respecto en ningún precepto legal ni existir procedimiento para su tramitación. La doctrina se hizo eco de esta situación, llevando a cabo diversas interpretaciones acerca de cuál habría que entender *juez competente* a tal fin así como el procedimiento a seguir<sup>10</sup>.

Contra todo pronóstico doctrinal, el legislador se inclinó, al promulgar el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en favor del Juez de Instrucción. Solución que si bien terminó con la inseguridad acerca del juez llamado a decidir, distorsiona otros aspectos del conflicto, ya que la ejecución forzosa de los actos de la Administración carece de relación ordinariamente con la jurisdicción de tal clase, que desprovista de un proceso a tal fin y de una definición legal de su función ha incurrido en contra-

diciones al ordenar un cauce procesal y al fijar el alcance de su cometido ya que, como más adelante veremos, la doctrina del Tribunal Constitucional, al conocer de los recursos de amparo, se pronuncia acerca de si existe o no violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, como única cuestión de relevancia constitucional, pero no sobre la competencia, la legalidad del trámite ni sobre aquellas valoraciones que el juez haya podido llevar a cabo siempre que no incidan sobre el derecho constitucional a la inviolabilidad que se pretende garantizar, y así, reiterando su tradicional posición, en el auto, de fecha 18 de junio de 1990 (Recurso de amparo promovido por Radio Costablanca n.º 1/Europa, S. A., contra el auto del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Alicante de 28 de septiembre de 1989 n.º de Registro 79/90), el Tribunal Constitucional, al examinar la forma como se acordó la entrada y el régimen de recursos aplicable, estima que se trata de una cuestión de legalidad, que no posee, por sí misma, relevancia constitucional, de manera que cualquier solución por la que opten los órganos judiciales puede ser constitucionalmente admisible, y «en cuanto a la inexistencia de previa notificación de la resolución administrativa y la no constatación por el órgano judicial de que se cumplían los requisitos para la ejecución forzosa, se trata de una argumentación plenamente irrelevante para la garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Como se deriva de la STC 22/84, el control del órgano judicial, que ahora el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al juez penal, es un control de regularidad formal que no puede entrar en semejantes indagaciones. Basta un control de competencia *prima facie* de la autoridad administrativa que solicite el mandamiento y un control, asimismo *prima facie*, de la necesidad de entrada para la finalidad de la medida a adoptar (en este caso, la clausura y precintaje de los equipos de la emisora). Por consiguiente, el Auto impugnado no tenía porqué entrar en tal examen de legalidad administrativa. Si hubo infracción en cuanto a tales aspectos por parte de la Administración, serán los tribunales de ese orden quienes habrán de dilucidarlo, sin que el hecho de que la autorización judicial abra camino a una actuación posiblemente ilegal tenga relevancia constitucional ni suponga la vulneración de la inviolabilidad domiciliar ni de la tutela judicial. De la primera porque el juez autoriza una entrada para la ejecución de una medida administrativa que goza de presunción de legalidad, dictada por autoridad aparentemente competente. Y tampoco hay vulneración del derecho a la tutela judicial pues la actora sigue teniendo los recursos pertinentes, por mucho que la medida de aseguramiento provisional haya sido ejecutada». Doctrina reiterada en Sentencia del mismo Tribunal Constitucional 174/1993, de 27 de mayo.

La línea divisoria entre este planteamiento y el rechazable *automatismo formal* es extremadamente

<sup>10</sup> Plaza Armidas, Lorenzo. «La inviolabilidad del domicilio». *Revista de Estudios de la Vida Local*. Año XLI, núm. 216. Octubre-diciembre 1982.

Colom Pastor, Bartomeu: «Autonización Judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio». *Revista Española de Derecho Administrativo*. Civitas, núm. 40-41. Enero-marzo 1984.

Díaz Delgado, José: «La autotutela ejecutiva, la inviolabilidad del domicilio y la intervención judicial». *Poder Judicial*, núm. 16, 1985.

Peces Morate, Jesús: «La ejecución administrativa y la inviolabilidad del domicilio». *Poder Judicial*, núm. 13, 1984.

sutil y difusa, en parte porque no puede ser de otra manera desde que la propia Ley ha otorgado la competencia para conocer de las peticiones de entrada en domicilio, formuladas por la Administración a fin de ejecutar sus actos, a los Juzgados de Instrucción en lugar de haberlo encomendado a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Más adelante volveremos sobre esta cuestión, a nuestro entender no satisfactoriamente resuelta, que impide una eficaz garantía judicial del derecho que se trata de proteger. Como hemos señalado, se puede considerar discutible la elección hecha por el texto constitucional, si bien lo que no parece jurídicamente aceptable es eludirla con subterfugios, convirtiendo la autorización judicial en un puro trámite, vacío de contenido. Sería más ajustado a razón y derecho modificar el precepto, escogiendo cualquiera de los sistemas posibles que no son tan inflexibles como el nuestro y de los que hay numerosos ejemplos en el Derecho Comparado.

No parecía ofrecer duda alguna la competencia de los jueces y tribunales de los diferentes órdenes jurisdiccionales para acordar la entrada en un domicilio cuando la ejecución de cualquier medida, relacionada con el proceso de que conocen, lo exigiese, con la única condición de que, a falta de consentimiento del titular del domicilio, conforme a la doctrina (después rectificadora) del TC, se había de pronunciar una resolución específica expresa y motivada. Por tal razón siempre sostuvimos la oportunidad y coherencia de que la Administración acuda al propio Tribunal Contencioso-Administrativo a fin de interesar la entrada en un domicilio cuando el acto que trata de ejecutar fuese objeto de un recurso de tal naturaleza. Más adelante también insistiremos sobre el fundamento de este planteamiento, que fue acogido por la citada sentencia 160/1991, de 18 de julio, del Tribunal Constitucional, pero que no siempre se cumple, como demuestran los hechos que terminaron con la ya mencionada sentencia 174/1993 del propio Tribunal Constitucional («BOE» 21-6-93).

Finalmente, entre las consecuencias de la doctrina que el Tribunal Constitucional fijó en la sentencia 22/84, puede señalarse la posibilidad de ejercicio ante la Jurisdicción Civil de una acción interdictal frente a la Administración en el caso de que, aún como consecuencia de un procedimiento, ésta perturbase o despojase a una persona en el uso de su domicilio sin su consentimiento o la consiguiente autorización judicial. Si bien es cierto que el artículo 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, concordante con el artículo 38 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, sustituido en la actualidad por el artículo 101 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que no se admitirán interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, no obstante, en

el caso de penetración en un domicilio sin contar con el consentimiento del titular o sin autorización judicial, la actuación de la Administración no se habría adecuado al procedimiento establecido. Como declaró el Tribunal Constitucional «la resolución administrativa que ordena una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí sola no conlleva 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». De aquí que, si la entrada en el domicilio se hubiese producido sin tales requisitos, debamos concluir que se ha llevado a cabo por vías de hecho, lo que permite al titular acudir al proceso interdictal<sup>11</sup>.

## II. EL DOMICILIO Y DEMAS LUGARES DE ACCESO DEPENDIENTE DEL CONSENTIMIENTO DE SU TITULAR

El derecho fundamental, al que se refiere el texto constitucional, es la inviolabilidad del domicilio, siendo la entrada o registro de éste los que no pueden hacerse sin consentimiento del titular o resolución judicial salvo en caso de flagrante delito. Sin embargo, el artículo 87.2 de la LOPJ con la finalidad de dar a la Administración una solución para todos los supuestos en que el titular de cualquier edificio o lugar cerrado impidiese a sus agentes la entrada, atribuye también al Juez de Instrucción la competencia para autorizar la misma. Es evidente que el precepto comentado no tiene más alcance que el de fijar la competencia de los Juzgados de Instrucción, sin que del mismo quepa derivar una norma general que prohíba a la Administración, cuando ésta haya de ejecutar en forma forzosa sus actos, penetrar en cualquier otro lugar, que no sea un domicilio, sin o contra el consentimiento de su titular. El derecho de propiedad esta también amparado constitucionalmente y las leyes obligan a respetar cualquier otro derecho e interés legítimo y frente a su desconocimiento o conculcación caben múltiples formas de defensa, tanto penales como civiles, pero ello no supone que la Administración Pública, al momento de ejecutar sus propios actos, en virtud de su indiscutible potestad de autotutela, deba recabar sistemáticamente autorización judicial cuando precise entrar en un edificio o lugar cerrado, que no sean domicilio de la persona, y su titular no preste consentimiento para ello. Contrariamente a esta opinión, Sanz Gandásegui, a efectos prácticos, llega a la conclusión que, «en cualquier caso en que el titular u ocupante, sea persona física o jurídica, de un espacio físico, sea o no domicilio, se oponga al requerimiento administrativo de entrada para los fines en cada caso procedentes, será preciso solicitar y obtener autorización judicial, si no se quiere incurrir en una vulneración de un derecho constitucional en el primer caso (domicilio) o en una actuación ilegal en el

<sup>11</sup> Lopez Menudo, Francisco: «Via de hecho administrativa y Justicia Civil» *Monografías Civitas*. Madrid, 1988  
Sevilla Merino, Ignacio: «La protección de las libertades públi-

cas contra la via de hecho administrativa». *Monografías Civitas*. Madrid, 1992.

segundo (restantes lugares cuyo acceso dependa del consentimiento del titular)»<sup>12</sup>. En parecidos términos se pronuncia Gómez Guillamón<sup>13</sup> al señalar que sí procede la autorización judicial, trátese o no de domicilio, si es lugar cerrado.

No obstante lo expuesto, lo cierto es que las diferentes Administraciones vienen recabando autorización al Juez de Instrucción para ejecutar los más diversos actos en edificios o lugares cuyo titular no ha prestado su consentimiento o se presume que se opondrá a la entrada. Es el caso de demoliciones con el fin de restablecer la legalidad urbanística que han de llevarse a cabo en recintos cerrados, que no son domicilio o morada de persona alguna, e incluso en obras que se están ejecutando, o bien los supuestos de entradas en otros locales para efectuar diligencias de constatación o embargo por ejemplo. No es justificación para interesar tales autorizaciones lo dispuesto por el artículo 87.2 de la LOPJ porque, como acabamos de decir, este precepto lo que establece es que cuando para entrar en edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular la Administración precise, para ejecutar sus actos, autorización judicial, habrá ésta de recabarse del Juez de Instrucción, ahora bien la norma que determine la necesidad de solicitar tal autorización habrá de ser otra. En el caso del domicilio o de cualquier otro derecho fundamental será la propia Constitución, mientras que respecto de otros derechos o intereses habrá de ser la que específicamente los regule, imponiendo tal obligación a la Administración. Es evidente que las Administraciones, a fin de ocupar bienes o derechos, objeto de expropiación, sin que se trate de aquéllos que constituyen el domicilio de una persona, no precisan de la previa autorización del Juez de Instrucción, salvo que una norma lo dispusiese expresamente. Cuestión distinta es que frente a tal ocupación, el titular de aquéllos tenga abierta la vía de recabar la tutela judicial, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones ante cualquiera de los órdenes jurisdiccionales competentes al efecto, según se trate de acciones penales, civiles o recursos contencioso-administrativos. El auto de 1 de julio de 1991 del Tribunal Constitucional, inadmitiendo el recurso de amparo, declaró, sin embargo, que la protección de la Ley Orgánica del Poder Judicial se extiende no sólo al domicilio sino a la propiedad. En la sentencia 174/1993, de 27 de mayo («BOE» 21-6-93), varias veces aludida, se contempla también la entrada en un edificio propiedad del recurrente para que la Administración efectuase diversas obras, en cuyo caso el Juez de Instrucción había autorizado la misma, pero no se aducía vulneración del derecho a la intimidad o la inviolabilidad del domicilio sino la lesión de los derechos del recurrente a un proceso con todas las garantías y sin indefensión y al juez ordinario predeterminado por la ley, demanda de amparo que fue desestimada según la doctrina expuesta en anteriores resoluciones del propio Tribunal (SS 144/87, 160/91, 76/82 y AA 129/90 y 85/92).

A pesar de lo dicho, no puede afirmarse que la cuestión de entrar en lugares o edificios donde el titular no preste su consentimiento, sea clara para la Administración, porque nos encontramos frente a un problema extremadamente espinoso cual es el fijar el ámbito del domicilio. El propio Tribunal Constitucional en la sentencia comentada, al igual que en otras ulteriores, precisó que el concepto constitucional de domicilio tiene mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo. Como dice Casas Vallés<sup>14</sup> el Tribunal Constitucional no intenta definirlo, limitándose —cautamente— a señalar su falta de coincidencia con los conceptos civil y administrativo, con lo que se reserva la posibilidad de decidir libremente ante los casos concretos que puedan estar en la base de futuras peticiones de amparo; sigue diciendo que parece claro, en todo caso, que el Tribunal Constitucional pretende colocar bajo la protección del artículo 18.2 de la Constitución espacios físicos que acaso quedarían excluidos de ella si nos atuviésemos a las nociones civil y administrativa, no descartando que pueda constituir violación de domicilio la entrada en un despacho profesional, una casa de vacaciones, un «roulotte», una barraca e incluso la habitación de un hotel, todo dependerá de las circunstancias del caso.

La propia sentencia del Tribunal Constitucional, para delimitar el domicilio amparado constitucionalmente, se refería al «punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones... la protección constitucional del domicilio es una protección instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona». De aquí que la doctrina equiparase el domicilio al lugar donde se proyecta la intimidad personal, ámbito al que se refirió la sentencia, de fecha 7 de diciembre de 1982, del Tribunal Supremo para entender que en aquel supuesto no se podía hablar de domicilio, criterio, sin embargo, no compartido por Tribunal Constitucional.

De la Haza afirma que «este concepto del domicilio protegido por la Constitución ya había sido mantenido por la doctrina aun antes de la STC 22/1984. Así se define el derecho a la inviolabilidad del domicilio como “un aspecto concreto” de la protección que, en general, concede el artículo 18 CE a la intimidad y a la vida privada, concibiendo de esta forma la protección domiciliaria sólo en cuanto dicha vida privada necesita una “base física” en que desarrollarse (cita a Serrano Alberca: “Comentario al artículo 18 CE” Civitas 1980; y a Fariñas Mattoni: “El Derecho a la Intimidad”. Trivium 1983: “El domicilio es el lugar físico donde gran parte de la intimidad se desarrolla”)). La misma autora se arriesga a darnos una definición de domicilio: «Desde esta perspectiva, el domicilio constitucional puede ser definido como el espacio físico necesario para que la persona, sin injerencias ajenas, pueda realizar actividades que considera o quiere íntimas o privadas. Por esto, y a pesar de que en la aludida sentencia constitucional se considera al domicilio constitucional

<sup>12</sup> Obra citada, pág. 150.

<sup>13</sup> Obra citada, pág. 85

<sup>14</sup> «Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad» (Dos

sentencias del Tribunal Constitucional sobre el artículo 18.2 de la Constitución Española). *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona, 1987. Año 86, núm. 1, págs. 169 a 198.

como más amplio que el determinado conforme a los criterios jurídico-privados, es en realidad un concepto más estricto el que se está defendiendo, puesto que se considera no un lugar donde ejercer derechos y obligaciones en general, sino un lugar donde se realiza un derecho fundamental en particular, el derecho a la intimidad y a la privacidad»<sup>15</sup>.

Por su parte De Alfonso Bozzo entiende que «el ámbito protegido es la vivienda o morada del individuo o individuos independiente de la relación de propiedad, porque el bien jurídico protegido no es la propiedad sino la vida privada y la intimidad personal y familiar. Domicilio será, por tanto, toda residencia, más o menos permanente, articulada como un ámbito de privacidad, por lo que no procede aquí la extensión de la idea civilística. Sin duda esta concepción amplia, que para los casos de relación de arrendamiento no tiene ningún problema (además de para los supuestos de propiedad), si planteará algún tipo de problema para las situaciones de mera residencia de hecho, como pueden ser una habitación de un hotel, un apartamento amueblado, etc., en donde el alojamiento tiene un carácter eminentemente temporal en la mayoría de los casos, circunscrito a un período cortísimo de tiempo que excluye cualquier pretensión de *vivir* allí o de permanencia»<sup>16</sup>.

Si tenemos en cuenta como valor protegido con el derecho a la inviolabilidad del domicilio el de la intimidad y que el derecho a ésta no puede ser invocado por las personas jurídicas, según sentencia del propio Tribunal Constitucional de 10 de marzo de 1983 y auto del mismo 257/1985, en el que se dice expresamente que «el derecho a la intimidad que reconoce el artículo 18, 1.º CE, por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en las que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo», cabría concluir que las personas jurídicas no pueden invocar ante la Administración la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, con evidente influjo del derecho alemán (en el que el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn establece que los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables), el Tribunal Constitucional en su sentencia 137/1985, de 17 de octubre, considera que «nuestro texto constitucional al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo y predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas». De esta declaración del Tribunal Constitucional podemos deducir, como hace Alejandro Nieto, que tratándose del domicilio de las personas jurídicas no es lícito conectar el n.º 2 del artículo 18 de la Constitución no el n.º 1 del mismo precepto, y con el mismo significado Casas Vallés afir-

ma<sup>17</sup> que la inviolabilidad del domicilio es un derecho por sí mismo y no una mera concreción o aplicación específica del artículo 18.1 de la Constitución (derecho a la intimidad), de manera que si no estuviese expresamente proclamado, las personas jurídicas correrían el riesgo de verse privadas de él. Por el contrario, de la citada doctrina del Tribunal Constitucional, De la Haza llega a la conclusión de que el domicilio protegido en la Constitución queda definido como el lugar donde ejercer un específico derecho constitucional, el derecho a la intimidad, sea el titular del domicilio una persona física o una persona jurídica<sup>18</sup>.

Siguiendo la doctrina alemana, García Macho, años antes de la citada sentencia del Tribunal Constitucional, se había pronunciado inequívocamente a favor de la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, ya que el texto constitucional emplea la palabra *domicilio* en lugar de *vivienda*<sup>19</sup>. Sin embargo, con posterioridad a la publicación de la indicada sentencia Constitucional 137/1985, Quintana López puso de relieve cómo el artículo 5 de la Ley de Sociedades Anónimas ofrece suficientes razones para no tomar en consideración el domicilio social como círculo de intereses inviolable sino con autorización judicial, puesto que remite a una serie de criterios ajenos, o cuando menos exorbitantes, a la esencia de la protección domiciliaria que depara nuestra Constitución, estimando que es preciso decidirse en sentido negativo cuando lo que se pretende salvaguardar son otros derechos, cuya legitimidad encuentra protección a través de otros cauces posibles en el ordenamiento pero no mediante el fundamental derecho a la inviolabilidad del domicilio. Criterio restrictivo con el que se pretende hacer frente a la proclividad de las entidades mercantiles a utilizar la inviolabilidad del domicilio para fines espúrios como es la ilegítima defensa de sus bienes, obstaculizando indebidamente la legítima (mientras no cambie nuestro régimen administrativo) actuación de la Administración en ejercicio de su potestad de autotutela<sup>20</sup>.

La experiencia demuestra que, con cierta frecuencia, quienes pretenden ampararse en lo dispuesto por el artículo 18.2 de la Constitución no están defendiendo la inviolabilidad de su domicilio, sino intentando proteger otros intereses que, aunque sean lícitos, no constituyen el expresado derecho fundamental. En tales casos no está en conflicto la inviolabilidad del domicilio sino ciertos intereses patrimoniales, a los que fraudulentamente se pretende dar amparo como si del indicado derecho fundamental se tratase. Así el auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 17 de diciembre de 1981 (Aranzadi 4808), acordó no tramitar por la vía de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona un recurso contencioso-administrativo en el que los recurrentes, concesionarios de tiendas en

<sup>15</sup> De la Haza, Pilar: «Observaciones a una sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas» *Revista La Ley*, núm. 3, Madrid, 1988, págs. 811 a 819.

<sup>16</sup> «Sobre la inviolabilidad del domicilio» *Revista Jurídica de Catalunya*, Apartado 3, pág. 174.

<sup>17</sup> Obra citada Apartado IV. 2 B, pag 190.

<sup>18</sup> Obra citada Apartado IV B, pág 819

<sup>19</sup> «La inviolabilidad del domicilio» *Revista Española de Derecho Administrativo* Civitas, num. 32. Año 1982, pág. 857.

<sup>20</sup> «Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro derecho». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, num 229, año 1986

la terminal internacional del aeropuerto de Madrid-Barajas, impugnaban por violación del domicilio la orden de desalojo y precinto de sus tiendas, acordada administrativamente, considerando que el domicilio constitucionalmente protegido no puede referirse a los locales comerciales separados de la residencia habitual. El mismo criterio inspira la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, n.º 111, de fecha 2 de diciembre de 1983, negándose a apreciar la inviolabilidad del domicilio cuando de lo que se trataba era de condicionar el cierre e intervención de unas sedes bancarias expropiadas (caso Rumasa). El mismo Tribunal Constitucional ha desestimado peticiones de amparo, basadas en el artículo 18.2 de la Constitución, por entender que «el recurso se encuentra muy distante de cualquier evocación de un derecho fundamental, apreciándose con toda claridad que la referencia al domicilio y la invocación del artículo 18 de la Constitución son pretextos de la demanda para conseguir un fin ajeno a la proyección natural de aquellos derechos».

El profesor Alejandro Nieto cita textualmente los comentarios de Maunz al artículo 13 de la Ley Fundamental de Bonn, como expresión doctrinal del principio recogido por el artículo 7 de nuestro Código Civil, sobre la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos y la interdicción del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo<sup>21</sup>. Dice este autor alemán que «hay límites a los derechos fundamentales que, por provenir inmanentemente del mismo derecho, no necesitan aparecer de forma expresa en la letra del precepto constitucional. Uno de estos límites inmanentes consiste en 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. Tal es el caso, por ejemplo, de las obligaciones derivadas del derecho urbanístico o del empresarial. Si un edificio, en el que se encuentra una vivienda, ha sido edificado en contra del derecho urbanístico, puede ser demolido a través de un simple acto administrativo sin que por ello se considere afectado el derecho a la inviolabilidad del domicilio». Ciertamente en nuestro ordenamiento esto es así, pero la protección constitucional al domicilio, prevista por el artículo 18.2 de la Constitución, exige, como última garantía de la inviolabilidad domiciliaria, que, aun careciendo de toda razón el titular del domicilio, si éste no consiente la entrada de la Administración, ésta no tenga otra alternativa que solicitar la autorización judicial, pues de lo contrario actuaría por vías de hecho y, como expusimos en el capítulo anterior, no sólo tendría derecho aquél al amparo sino al ejercicio de una acción interdictal frente a la Administración. Así, pues, aun cuando el acto originario de la Administración sea conforme a Derecho, la penetración en el domicilio sin el consentimiento de su titular o sin autorización judicial convierte el acto de ejecución en contrario a Derecho, dando lugar a la suspensión de tal acto hasta tanto se ejecute en la forma y con los requisitos constitucionalmente previstos. Nuestro sistema constitucional, y su interpreta-

ción por el Tribunal Constitucional, puede ser objeto de críticas por no existir alternativas más acordes con la filosofía, experiencia o valores del que las formule, pero, mientras no se modifique el precepto constitucional estudiado, entendemos que no existe otra interpretación que la llevada a cabo por dicho Tribunal. Cuestión distinta es el análisis del caso concreto a fin de decidir si efectivamente se está ante un domicilio de la persona o ante una simulación o una fraudulenta invocación del derecho a la inviolabilidad de aquél. Esto habrá de valorarlo primero la propia Administración antes de proceder a la ejecución forzosa de sus actos, y después los jueces y tribunales o bien el Tribunal Constitucional si a él se acudiese en amparo.

Lo dicho nos lleva a realizar algunas reflexiones sobre «los domicilios simulados». El problema de si se trata verdaderamente de un domicilio, o se pretende simular la existencia de éste, es una cuestión de hecho que deberá examinar, por supuesto, la Administración, pero singularmente los jueces. En supuestos de ambigüedad parece solución más cauta y certera que la Administración solicite, cuando no exista consentimiento de su titular, la autorización judicial. Esto, como después veremos, parece ser que es lo que ha pretendido la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 87.2, al referirse a otros edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular. El legislador, ante la indefinición o indeterminación del domicilio constitucionalmente protegido, ha utilizado una especie de paráfrasis del concepto de domicilio, quizá confundiendo más que aclarando la situación. Lo mismo ha hecho la Administración al ejercer su potestad reglamentaria, como también apuntaremos más adelante. Por su parte los Jueces de Instrucción, cuando se les pida la autorización, deben también, de alguna manera, valorar si existe o no tal simulación, si bien cabe afirmar que el Juez de Instrucción debe partir del hecho de que se trata de un espacio protegido por la norma constitucional, ya que es la propia Administración quien así lo estima y por esta razón pide la autorización; lo cierto es que el Juez de Instrucción difícilmente podrá valorar tal hecho si no existe ninguna clase de proceso que le permita formar un juicio al respecto. Finalmente es tarea fundamental del Juez o Tribunal, ante quien acuda la persona que estime vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio, declarar por las pruebas al efecto aportadas si efectivamente el lugar o espacio invadidos tienen o no la condición de domicilio constitucionalmente amparado.

Por lo que se refiere a la persona que ha entendido como titular del domicilio, cuyo consentimiento legitimaría la entrada o cuya negativa exigiría la autorización judicial, la doctrina ha interpretado que cuando el Tribunal Constitucional se refiere al «titular del derecho sobre el domicilio» (fundamento jurídico 5.º de la sentencia 22/1984, de 17 de febrero) se está refiriendo a quien ostente la condición de propietario, arrendatario, usufructuario, etc., del mismo, si bien lo que parece evidente es que dicha titularidad no ha de ser coincidente tampoco con el

<sup>21</sup> Obra citada. Apartado II 3, pág. 15.

concepto del titular civil o administrativo. Caso, por ejemplo, de los ocupantes de casas deshabitadas («squatters»), en el caso de que hayan llegado a constituir en el lugar o espacio ocupados su morada. Su desalojo exigiría, en este supuesto, la resolución judicial a que se refiere el artículo 18.2 de la Constitución. Casas Vallés considera que podrían ser titulares todos los moradores, estando legitimados indistintamente cada uno de los mayores de edad para autorizar la entrada. La autorización de uno solo excluiría la violación de domicilio, aunque el autorizante no fuese el propietario, ni el titular del arrendamiento, ni el que figura en el censo como persona principal, y, consecuentemente, cree igualmente que debiera bastar la negativa de uno solo a consentir la entrada para hacer necesaria la resolución judicial exigida por el artículo 18.2 de la Constitución<sup>22</sup>. La cuestión, señala este mismo autor, se complica, tratándose del domicilio de las personas jurídicas, al determinar quién debe autorizar la entrada, pues no parece que pueda darla un empleado sino los órganos gestores competentes, siendo aún más confusa la situación cuando en un mismo local aparece el domicilio de varias personas jurídicas. ¿Cuál de ellas sería titular, a efectos del artículo 18.2 de la Constitución? En cuanto a la voluntad protegida, opina De Alfonso Bozzo<sup>23</sup>, debe entenderse de manera amplia y pensar que se trata de todo aquél que vive o tiene su ámbito de privacidad en ese espacio físico; se ha de entender, pues, que todos los miembros de la unidad familiar tienen igual derecho a manifestar su voluntad (de aceptación o rechazo de entrada en el domicilio) siempre que esta manifestación no se encuentre viciada por irresponsabilidad civil. Pienso, sin embargo, que cualquiera de los moradores, en caso de consentimiento del titular del domicilio, no podrían alegar la violación de domicilio, sin perjuicio de que pudieran esgrimir un atentado a su intimidad por los actos llevados a cabo en aquél por los agentes de la autoridad. El planteamiento restrictivo del artículo 18.2 de la Constitución, al legitimar únicamente al *titular*, permite concluir que el derecho a la inviolabilidad del domicilio presenta autonomía frente al derecho a la intimidad.

Al intentar precisar los espacios o lugares que deben estimarse domicilio a los fines de protección constitucional y penal, Franco Arias señala que frente a una interpretación restrictiva, referida al lugar cerrado que se destina principalmente a la morada o habitación de la persona, se levanta cada vez con mayor fuerza la corriente que considera que la inviolabilidad del domicilio no cubre sólo la morada o habitación en sentido estricto, sino también aquellos otros lugares en que se desarrolla alguna manifestación de la vida privada, citando a Suárez Montes y a Jorge Barreiro, quienes, al estudiar el delito de allanamiento de morada, se inclinan por considerar morada todo aquel espacio separado del mundo ex-

terior, en condiciones tales que quede patente la voluntad de los moradores de excluir de él a los terceros, siendo indiferente que se destine a la actividad típica de la vida doméstica, como a aquellas otras actividades que, aun sin tener este carácter, se ejerciten en una esfera espacial exclusiva del sujeto privado, normalmente vedada al acceso de terceros, como puede ser un despacho profesional u otros lugares de trabajo, abundando en tal opinión al comparar el lugar de trabajo o cualquier otro lugar en que se realizan actividades extradomésticas con el domicilio de las personas jurídicas, ya que éste, que no tiene otra finalidad que la de permitir el desarrollo de la actividad de la persona jurídica, el Tribunal Constitucional (Sentencia 137/1985, de 17 de octubre) lo ha declarado protegido por el derecho a la inviolabilidad<sup>24</sup>. Sin embargo el Reglamento General de la Inspección de Tributos de 25 de abril de 1986 («BOE» n.º 115, de 14 de mayo de 1986), en su artículo 39.3, separa cuidadosamente las dependencias cuando la finca es, a la vez, despacho y morada, ordenando 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», con lo que no parece dispuesto a admitir que un despacho profesional pueda acogerse a la tutela del artículo 18.2 de la Constitución. Claro es que este mismo Reglamento, a pesar de las buenas intenciones expresadas en su Exposición de Motivos, choca frontalmente con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 137/1985, al disponer que «cuando el interesado o la persona bajo cuya custodia se encuentren las fincas se opusieren a la entrada de la Inspección» se precisa «autorización escrita, firmada por el delegado o administrador de Hacienda... o por el director general correspondiente», de manera que no parece, según dicho Reglamento, exigirse en tales casos la autorización judicial.

Ante la evidente indeterminación de lo que ha de estimarse como domicilio protegido constitucionalmente, no es de extrañar que el legislador utilizase en el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la expresión «restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular», que permite a la Administración, en todos aquellos casos que estime necesario, útil o conveniente por la ausencia de consentimiento o negativa del titular de tales edificios o lugares, pedir autorización al Juez de Instrucción, con el fin de evitar una ulterior acción ante la jurisdicción, tendente a invalidar el acto de ejecución forzosa, sin que el Juez de Instrucción pueda tampoco excusar su intervención con el argumento de que el edificio o lugar en cuestión no es un domicilio, con lo que no sería exigible constitucionalmente su autorización. La misma locución,

<sup>22</sup> Obra citada. Apartado V.2, pág. 197.

<sup>23</sup> «Sobre la inviolabilidad del domicilio». *Revista Jurídica de Catalunya*. Apartado 3, pág. 174.

<sup>24</sup> «La entrada en lugar cerrado». *Justicia* 88, núm. III. Barcelona, 1988.

Suárez Montes: «El delito de allanamiento de morada». *RGLJ*, 1968, pág. 870.

Jorge Barreiro: «El allanamiento de morada». 1987, pág. 49.

según apuntamos anteriormente, ha elegido la Administración para otros Reglamentos redactados con más rigor que el referido Reglamento General de la Inspección de Tributos. Así el artículo 109 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto de 7 de marzo de 1986 («BOE» n.º 91 de 16 de abril), establece, sin distinguir entre personas físicas o jurídicas, que «en los casos en que sea necesario entrar en el domicilio y en los restantes edificios o lugares de acceso que exijan el consentimiento de su titular... se recabará el consentimiento del deudor y, en caso de denegación, se solicitará del Juzgado de Instrucción competente la autorización pertinente».

El Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, tampoco parece muy respetuoso con el texto constitucional, si bien es evidente que su aplicación ha de ser exclusivamente acorde con éste. Su artículo 130.3 dispone 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 que se entregará copia al interesado». Debiera este precepto haber hecho las salvedades precisas, exigidas por la inviolabilidad del domicilio, aunque es evidente que el único legítimo entendimiento del mismo es el que, tratándose de domicilio, se hace preciso el consentimiento previo de su titular o la autorización judicial.

Ante la situación descrita no son de extrañar ni la incertidumbre de los ciudadanos ni la perplejidad de la Administración por la dispar actuación de los Jueces de Instrucción. Esta fue bien descrita en las Jornadas sobre Administración Local y Administración de Justicia, celebradas en Barcelona los días 20, 21 y 22 de septiembre de 1988, por el Secretario General del Ayuntamiento de Murcia, que finalizaba aludiendo a las resoluciones judiciales por las que se autorizó al Ayuntamiento de Murcia a penetrar en tres lugares —un domicilio, unos molinos y un atrio— para los que, hasta el momento se había interesado autorización judicial. Observaba que en sólo uno de los autos, ya en el recurso de reforma (no en la decisión inicial), se especificaba que lo únicamente valorado es la necesidad de acceso a los bienes expropiados, mientras que en el otro lo que hace el Juzgado es limitarse a citar el artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en el tercero se analiza el cumplimiento de los trámites legales en el expediente administrativo<sup>25</sup>. En definitiva, exclusivamente en una de dichas resoluciones se cumplió con el contenido de la función del Juez de Instrucción al autorizar la entrada, según la doctrina del Tribunal Constitucional, como seguidamente examinaremos.

### **III. JUEZ COMPETENTE PARA AUTORIZAR LA ENTRADA, CONTROL QUE HA DE EJERCER SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO Y PROCEDIMIENTO APLICABLE**

La promulgación del artículo 87.2 de la Ley Orgá-

nica del Poder Judicial, atribuyendo a los Juzgados de Instrucción la específica competencia para conocer de la solicitud de la Administración para entrar en los domicilios y demás lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de aquélla, parece haber hecho olvidar que existe la potestad exclusiva y excluyente de cada Juzgado o Tribunal para hacer ejecutar lo juzgado por ellos mismos (artículos 117.3 de la Constitución, 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 8.1, 110.1 y 125 de la Ley de 1-a Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Esta norma general es determinante de la competencia exclusiva de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo para autorizar la entrada en los domicilios u otros lugares o edificios de acceso dependiente del consentimiento de su titular en ejecución forzosa de actos de la Administración respecto de los que haya recaído resolución de aquellos Tribunales. En consecuencia, si la Administración precisa penetrar en cualquiera de dichos lugares para ejecutar un acto revisado, cautelar o definitivamente, por tales Tribunales Contencioso-Administrativos, éstos son los únicos competentes para autorizar la entrada cuando el titular no presta su consentimiento. Así pues, tanto si se ha dictado sentencia por el Tribunal Contencioso-Administrativo, como si se ha conocido por éste de la solicitud de suspensión del acto recurrido, habiéndose denegado la misma con lo que el Tribunal, en este caso, ha estimado que no procede suspender su ejecutividad, el acto material encaminado a conseguir tal ejecución por parte de la Administración, penetrando en uno de los lugares amparados por la inviolabilidad del domicilio cuando su titular no prestase consentimiento, ha de ser autorizado por el Tribunal que dictó la sentencia o resolvió sobre la suspensión. Esta es la orientación declarada por la sentencia del Tribunal Constitucional 160/91, que más adelante examinaremos detenidamente, aunque también es cierto que, como ha señalado este Tribunal en su sentencia 174/1993, de 27 de mayo, recogiendo, a su vez, su previa doctrina expuesta, entre otras, en sentencias 59/83 y 76/92 y en el auto 1.112/88, las cuestiones relativas a la atribución de competencias entre órganos jurisdiccionales es de mera legalidad y no afecta al derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley, perteneciendo a la libre configuración del legislador determinar a qué órgano jurisdiccional corresponde pronunciarse sobre las peticiones de entrada.

A pesar de que el régimen jurídico aplicable es el descrito por imperativo de los preceptos antes transcritos, causa perplejidad el hecho de que las Administraciones Públicas no soliciten autorizaciones, para entrar en domicilios u otros lugares, de los Órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tal hecho nos lleva a la presunción de que la Administración, con total olvido de que sus actos han sido objeto de revisión por la Jurisdicción Conten-

<sup>25</sup> Valenzuela Lillo, José Luis: «La quiebra del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos». *Ponencias i Comunicacions*, págs. 51 a 61.

cioso-Administrativa (lo que la constituye en la única competente para conocer de la ejecución de aquéllos) acude indebidamente al Juzgado de Instrucción a interesar la autorización a que se refiere el comentado artículo 87.2 de la LOPJ. Los Jueces de Instrucción, aun sabedores de la existencia del proceso contencioso-administrativo, en el que ha recaído bien resolución sobre la suspensión bien sentencia, autorizan o desautorizan, sin embargo, la entrada, asumiendo una competencia que no les corresponde. En las Jornadas a que aludí en el capítulo precedente, el mismo Secretario General del Ayuntamiento de Murcia relataba que este Ayuntamiento había pedido autorización al Juez de Instrucción correspondiente, expresando que el acto que se trataba de ejecutar había sido declarado conforme a Derecho por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, y que dicho Juez, antes de autorizar la entrada, pidió testimonio a la referida Sala para acreditar la veracidad de lo expuesto, a pesar de lo cual resolvió sobre la petición formulada en lugar de declararse incompetente para ello por serlo el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.

Lo dicho demuestra que no existe un claro entendimiento sobre las competencias de los Juzgados o Tribunales, tanto por la Administración como por los propios órganos jurisdiccionales. El práctico automatismo formal, con que, a pesar de la doctrina del Tribunal Constitucional, vienen actuando algunos Jueces de Instrucción, o la injerencia que otros llevan a cabo sobre la validez o legitimidad del acto administrativo, se evitaría en muchos casos con sólo aplicar correctamente las citadas reglas de competencia, acudiendo a solicitar la autorización en cuestión del Tribunal que, con carácter cautelar o definitivo, haya conocido del acto que se trata de ejecutar, quedando la competencia del Juez de Instrucción reservada exclusivamente para aquellos actos no revisados por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ni que decir tiene que ésta, al recibir la solicitud de la Administración la tramitaría conforme a las reglas generales del proceso en cuestión con los recursos establecidos para sus decisiones por la Ley de dicha Jurisdicción.

Lo expuesto debe aplicarse también cuando la entrada pretendida por la Administración deriva de un pronunciamiento de un Juez o Tribunal de cualquier otro orden jurisdiccional. Esta hipótesis resultará en la práctica infrecuente, pero cabe la posibilidad de que como consecuencia de un determinado pleito civil, por ejemplo, la Administración, a fin de apurar la ejecución, precise la entrada en un domicilio para lo que no ha obtenido consentimiento del titular, en cuyo caso, aun tratando de ejecutar un acto propio, si bien derivado de una resolución jurisdiccional, es imprescindible que interese la preceptiva autorización judicial, que habría que formular al Juez que pronunció la correspondiente resolución, quien, asimismo, la tramitará según las reglas procesales pertinentes y con los recursos permitidos por la Ley.

Felizmente, el artículo 8.4 b) del Anteproyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo atribuye, al tiempo que se prevé la derogación del artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (cuyo contenido vendría a incluirse en el ar-

tículo 91 de la misma), la competencia para otorgar las autorizaciones que nos ocupan a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Entre las conclusiones del Seminario de estudio del artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, organizado en su sede por el Consejo General del Poder Judicial en el mes de junio de 1991, la primera recogía que «La atribución al Juzgado de Instrucción por el artículo 87.2 LOPJ deja a salvo la competencia exclusiva de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo para autorizar aquellas entradas en ejecución de actos de los que éstos hubieren conocido cautelar o definitivamente» y la última que «De lege ferenda, la competencia ha de residenciarse, en todo caso, en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

Examinemos ahora cuál es el control que el Juez de Instrucción ha de ejercer al resolver en virtud de la competencia atribuida por el artículo 87.2 de la LOPJ. Después analizaremos a través de qué procedimiento debe hacerlo.

La sentencia 22/1984, de 17 de febrero, del Tribunal Constitucional, saliendo al paso de la fundada sospecha reflejada por el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 7 de diciembre de 1982 (después desautorizada por aquél) acerca de que el juez, carente de jurisdicción, conociese de la legalidad administrativa «por repugnar a la función judicial su conversión en un automatismo formal», aduce que «nada autoriza, finalmente, a pensar que el Juez a quien el permiso se pide, y competente para darlo, debe funcionar con un automatismo formal. No se somete a su juicio, ciertamente, una valoración de la acción de la Administración, pero sí la necesidad justificada de la penetración en el domicilio de una persona». Con alguna vacilación, esta doctrina se ha mantenido, aclarado y precisado en algunas otras resoluciones posteriores del Tribunal Constitucional.

Decimos que con alguna vacilación porque, en su sentencia de fecha 17 de octubre de 1985, el Tribunal Constitucional (Sala Segunda. Ponente Pera Verdaguer) admite un control más exigente del acto administrativo por parte del juez, quien en el caso objeto de amparo fundó su resolución en los artículos 130 de la Ley General Tributaria y 103 del Reglamento General de Recaudación, al decir que «... Esa resolución judicial de algún modo cabría reputar que se inserta en el procedimiento administrativo de ejecución forzosa, sin que se hallen ausentes determinadas posibilidades de formación de juicio por parte del titular del órgano jurisdiccional, juicio conducente al otorgamiento o denegación de lo instado por plurales causas o motivos, que aquí no vamos a enumerar exhaustivamente, pero que tanto pueden ser discordancias en orden a la debida individualización del sujeto pasivo tributario como a irregularidades trascendentes observadas en las actuaciones que se reflejan en los documentos que la Administración Tributaria ha de presentar ante el Juzgado, con su solicitud de entrada en un domicilio. Quiérese decir que, no obstante permitir la dicción legal y reglamentaria (LGT y RGR) entender que la autoridad judicial actúa de un modo que podría calificarse como automático, ello no puede ser así, lí-

nea por la que discurre el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Como puede comprobarse por la simple lectura del artículo 130 de la Ley General Tributaria<sup>26</sup>, el legislador fiscal incurrió en el explicable error, denunciado por el Tribunal Supremo en su antes citada sentencia, de que la imprescindible autorización judicial es un acto formal, puramente procedimental, concibiéndose como un acto debido en un plazo brevísimo (plazo —veinticuatro horas— que no existe en las Leyes Procesales para ninguna resolución motivada). Con el fin de reforzar, por el contrario, el contenido de la autorización judicial, el Tribunal Constitucional pronunció la sentencia que hemos transcrito y que contiene la doctrina más acorde con lo que, a mi entender, fue la intención de las Cortes Constituyentes y es el espíritu del artículo 18.2 del texto constitucional. Después el propio Tribunal Constitucional ha rebajado el nivel del control judicial sobre el acto administrativo en cuestión, porque difícilmente aquél puede ser otro que el definido cuando no se ejerce por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sino por un Juez tan alejado de las funciones y tarea de éstos, cual es el Juez de Instrucción, dedicado a dirigir y controlar las investigaciones criminales. Más adelante intentaré hallar una explicación, que no justificación, a la elección de este Juez por parte del legislador, a pesar de que la doctrina unánime lo había rechazado como el menos idóneo para dicha tarea<sup>27</sup>.

El Tribunal Constitucional, en posteriores sentencias, de las que puede ser resumen y compendio la 144/1987, de 23 de septiembre, declaró, en relación con el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que «tal norma, en efecto, no ha sustraído a la jurisdicción Contencioso-Administrativa el control de legalidad de los actos de la Administración cuya ejecución exige la entrada en un domicilio para atribuirlo al Juez de Instrucción que ha de acordar esa entrada. El control de legalidad de estos actos, como el de toda la actuación administrativa, sigue siendo competencia específica de esta jurisdicción, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración. El Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que, *prima facie*, parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando, al tiempo, que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa».

<sup>26</sup> El artículo 130 de la Ley General Tributaria, a que alude la sentencia citada del Tribunal Constitucional, establece que «previa exhibición del documento acreditativo del crédito tributario, los Jueces... autorizarán dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud la entrada del recaudador en el domicilio de los deudores». En idénticos términos se pronunciaba el Reglamento General de Recaudación entonces vigente.

<sup>27</sup> Véase la referencia doctrinal incluida en la nota bibliográfica núm. 10. El propio Tribunal Constitucional en su sentencia

De la literalidad de este fundamento jurídico pudiera deducirse una interpretación según la cual en los supuestos de control de la legalidad por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa también compete al Juez de Instrucción resolver sobre la petición de la Administración para entrar en un domicilio. Tal solución nos parece, según hemos expuesto, contraria a la potestad indiscutible y exclusiva de cada juez o Tribunal para ejecutar sus propias resoluciones. No es válida la interpretación de un precepto (que tiene como finalidad determinar el Juez al que debe la Administración dirigirse cuando precise, para ejecutar sus propios actos, autorización para entrar en un domicilio sin o contra el consentimiento de su titular) en forma que contravenga otro con rango constitucional, cual es el citado artículo 117.3, que a la potestad jurisdiccional atribuye la ejecución de lo juzgado. El artículo 18.2 del texto constitucional, lo único que exige, a falta de consentimiento del titular del domicilio, es la autorización judicial, que se pediría al Juez de Instrucción, cuando la Jurisdicción no haya adoptado alguna resolución en relación con el acto que la Administración pretende ejecutar, o al Juez o Tribunal del orden jurisdiccional correspondiente cuando haya existido algún pronunciamiento judicial, de cuya ejecución se trate.

El auto, de fecha 26 de marzo de 1990, del Tribunal Constitucional (Sala Segunda-Sección Cuarta) reitera su doctrina, contenida en la sentencia citada 144/1987, acerca de que no se trata de una decisión automática, de modo que prive al Juez de toda capacidad de formación de juicio sobre la adecuación de la medida respecto de la finalidad perseguida, pudiendo éste, en consecuencia, examinar, controlar y, en su caso, rechazar la entrada en el domicilio del interesado. Función que el juez cumplió correctamente porque en su resolución hizo constar que «no se observan discordancias en orden a la debida individualización del sujeto pasivo tributario, ni irregularidades que puedan ser trascendentes en las actuaciones reflejadas en la mentada documental». En este auto el Tribunal Constitucional declara que la autorización judicial no es subsidiaria respecto del requerimiento que la Administración haga al titular del domicilio, al decir que «es cierto que, por el juego mismo de los requisitos que el artículo 18.2 de la CE exige para la entrada en el domicilio, resultaría así en la mayoría de los casos en que deba solicitarse la autorización del órgano judicial, pero ello no impide que atendiendo a las circunstancias de cada caso, que el juez debe ponderar, pueda autorizarse la entrada en el domicilio sin previo aviso de su titular... Pero sea como fuere, aún admitiendo que el requerimiento no se hubiese producido, ello no tendría otra relevancia, a estos efectos, que la de no poder tener por otorgado el consentimiento del ti-

22/1984, de 17 de febrero, había dicho que «nada permite inferior que ningún orden jurisdiccional —fuera del juez penal— pudiese intervenir cuando se le solicite la autorización para la entrada en el domicilio de una persona». Pues bien, para el legislador de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, sólo el Juez de Instrucción es el competente, aunque evidentemente se debe entender respetando la competencia de los demás Jueces y Tribunales para conocer con exclusividad de la ejecución de sus resoluciones.

tular del domicilio y hacer precisa, en consecuencia, la autorización judicial... Sostener, como hace el demandante de amparo, que el requerimiento y la negativa del interesado son condición necesaria de la eficacia habilitante de la resolución judicial, y de su mismo pronunciamiento, sería tanto como mantener que el Auto de entrada y registro sólo surte tales efectos, y únicamente puede ser dictado contra el consentimiento del interesado, pero no en defecto del mismo».

Según se anticipó, el auto, de fecha 18 de junio de 1990, de la misma Sala y Sección del Tribunal Constitucional, resumió diciendo que «basta un control de competencia *prima facie* de la autoridad administrativa que solicita el mandamiento y un control, asimismo *prima facie*, de la necesidad de la entrada para la finalidad de la medida a adoptar», al tiempo que señalaba que «en cuanto a la inexistencia de previa notificación de la resolución administrativa y la no constatación por el órgano judicial de que se cumplían los requisitos para la ejecución forzosa, se trata de una argumentación plenamente irrelevante para la garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio... el Auto impugnado no tenía porqué entrar en tal examen de legalidad administrativa. Si hubo infracción en cuanto a tales aspectos por parte de la Administración, serán los Tribunales de ese orden quienes habrán de dilucidarlo, sin que el hecho de que la autorización judicial abra el camino a una actuación posiblemente ilegal tenga relevancia constitucional ni suponga la vulneración de la inviolabilidad domiciliar ni de la tutela judicial». En idéntica orientación se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 174/1993, de 27 de mayo.

Si con la doctrina expuesta se pueden entender precisadas las atribuciones del Juez de Instrucción a los fines del artículo 87.2 de la LOPJ, no ocurre otro tanto con el procedimiento aplicable. Sólo ha aclarado el Tribunal Constitucional que la atribución competencial al juez penal no tiene porqué suponer la consecuencia de aplicar en bloque los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre entrada y registro domiciliarios, puesto que los preceptos mencionados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal están pensados para actuaciones sumariales de investigación criminal, y tal naturaleza les otorga una impronta (urgencia, determinadas precauciones suplementarias, etc.) que si bien son propias de actuaciones de carácter penal, no resultan adecuadas, en cambio, para actuaciones de naturaleza administrativa, por mucho que en las mismas se inserte una autorización procedente del juez penal (Auto citado de fecha 18 de junio de 1990). Sin embargo, el Tribunal Constitucional no nos dice cuál sea el procedimiento a seguir, aunque parece que algún trámite ha de ser imprescindible e igual para todos los casos: audiencia del Ministerio Fiscal, citación y notificación al interesado, etc.

El que los Juzgados y Tribunales, conforme al artículo 117.4 de la Constitución, no ejerzan más funciones que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado

y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho, no implica que estas últimas no sean *estrictamente jurisdiccionales*, como afirma Alvarez-Linera y Uría<sup>26</sup>, puesto que es el órgano jurisdiccional el que otorga naturaleza de tal a lo que la ley somete a su competencia. Otra cuestión es que, en ocasiones, los jueces y magistrados intervienen con carácter no jurisdiccional, sino más bien administrativo, por ejemplo, en funciones de llevanza del Registro Civil, en la Administración Electoral o en los Jurados Provinciales de Expropiación. Del riguroso carácter jurisdiccional, con que actúa el juez o tribunal garante de cualquier derecho por disposición expresa de la Ley, es prueba su incardinación dentro del sistema de la Jurisdicción con todas las consecuencias que de ello se derivan, en cuanto a cuestiones de competencia, conflictos de atribuciones, recursos, etc., y, ante todo, imparcialidad.

De este carácter estrictamente jurisdiccional, que reivindicamos para la función del Juez de Instrucción encomendada por el artículo 87.2 de la LOPJ, se deriva precisamente la incuestionable necesidad de que su actuación haya de llevarse a cabo a través de un proceso igual para todos los casos. La intervención del Ministerio Fiscal, dada su posición institucional, al dirimirse sobre un derecho fundamental de la persona, parece que está fuera de toda duda y así se suele hacer en la práctica. Lo que ya no parece práctica habitual es la previa citación del interesado, a fin de que pueda comparecer en el proceso, sino que se le notifica simplemente la resolución recaída cuando se accede a conceder la autorización para entrar en el domicilio.

Esta previa citación, que permitiría la audiencia del titular, ha sido expresamente rechazada, como requisito imprescindible, por el Tribunal Constitucional en el citado auto de fecha 26 de marzo de 1990, lo que justifica con los siguientes argumentos: «Lo que a la postre pretende el demandante es que indeclinablemente se abra una suerte de trámite de audiencia y contradicción, de modo que, necesariamente, y en todo caso, el órgano jurisdiccional conceda o deniegue su autorización no sólo a la vista de lo solicitado por la Administración sino también después de conocer los motivos de oposición del interesado, como si se tratase de un proceso en el que Administración y titular domiciliario contendiesen para decantar a su favor la convicción y resolución judiciales, cuando es lo cierto que de lo único de que se trata es de apoderarse a la Administración para realizar una determinada actuación. Pero es claro, por cuanto se lleva dicho, que la legalidad tributaria (artículo 141.2 de la Ley General Tributaria y artículo 39.3 y 4 del Reglamento General de la Inspección de Tributos) no impone semejante trámite, sino un requisito para que el consentimiento pueda entenderse otorgado y para que, en consecuencia, sea necesaria o no una autorización judicial, evitándose, así, que pueda la autoridad pública, so pretexto de un supuesto consentimiento del titular, efectuar entradas y registros domiciliarios que, al care-

<sup>26</sup> «La autorización judicial para la entrada en domicilios particulares, en ejecución de actos administrativos». *La Ley*, num 2 173. 24 de febrero de 1989, pág. 2.

cer de mandamiento judicial, resultarían inaceptables; y nada hay en ello que sea incompatible con una interpretación *secundum constitutionem* de los artículos 141.2 de la Ley General Tributaria y 39.3 y 4 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos. De no 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 alternativa que el artículo 18.2 utiliza, en idéntico grado en que se la ha atribuido al consentimiento del titular del domicilio».

Finaliza el Tribunal Constitucional su rechazo de la citación y posible audiencia del interesado con un argumento que más bien sirve de justificación a los mandamientos de entrada y registro, previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero que no es el caso del artículo 87.2 de la LOPJ como el propio Tribunal ha declarado con impecable lógica, según expusimos anteriormente. Sigue diciendo, el Tribunal Constitucional «que, de aceptarse la tesis del recurrente, en supuestos como éste, en el que los bienes buscados, por su naturaleza mueble, podrían ser fácilmente desplazados, como así vino a notarlo, en el trámite del recurso de reforma, el abogado del Estado y razona ampliamente el juez en el auto de 19 de septiembre de 1989 que resuelve el recurso, la eficacia de la actuación de la Administración Tributaria —que es uno de los principios a que debe responder la actuación de la Administración Pública (artículo 103.1 de la Constitución)— podría frustrarse injustificadamente, si la investigación de la Inspección de los Tributos, que precisamente pretendió, según se indica expresamente en la solicitud de autorización judicial, personarse sin previo aviso, hubiera de aplazarse, aun estado provista de una autorización judicial, hasta la constancia formal de la denegación del consentimiento del titular del domicilio...».

Insisto en que la doctrina expuesta está más próxima de lo que es una investigación criminal que de un procedimiento administrativo como consecuencia del que se hace necesario practicar cualquier intervención o diligencia en el domicilio de una persona.

Si por una parte el Juez de Instrucción se debe limitar a «un control de competencia *prima facie* de la autoridad administrativa que solicita el mandamiento y un control, asimismo, *prima facie*, de la necesidad de la entrada para la finalidad de la medida a adoptar», sin que el juez deba oír al interesado antes de resolver, llegaremos a la conclusión de que siempre que la autoridad administrativa, «*prima facie*» competente, manifieste que cualquier actuación es preciso practicarla dentro del domicilio, estaremos en presencia del reprochable automatismo formal o acto debido del juez. En definitiva que, como afirmaba el Tribunal Supremo en aquella sentencia desautorizada por la ulterior del Tribunal Constitucional y la doctrina que criticó ésta por considerarla excesivamente dogmática, la situación sería la misma si se hubiese omitido la autorización judicial, ya que la Administración, según el principio de autotu-

tela, puede ejecutar sus propios actos y el interesado siempre tiene la posibilidad de impetrar el amparo jurisdiccional por cualquiera de las vías admisibles en derecho y muy singularmente por las previstas en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. La innecesariedad de la audiencia del interesado ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional en su auto 85/92 y en la sentencia ya citada 174/1993.

Entre los autores, Gómez Guillamón<sup>29</sup> llega a la conclusión de que «la potestad otorgada al Juez de Instrucción no se ejerce a través de un proceso con fase contradictoria, ni siquiera, en puridad, es imprescindible la audiencia al interesado ni la constancia previa de su oposición a la entrada». Sanz Gándasegui<sup>30</sup>, recogiendo el dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 27 de mayo de 1992, considera precisos, ante el silencio del artículo 87.2 LOPJ, los siguientes requisitos y trámites:

- a) Existencia de un acto que sirva de fundamento jurídico a la ejecución (artículo 93 LRJPAC).
- b) Notificación de tal acto al interesado, requiriendo su cumplimiento voluntario.
- c) En caso de negativa o silencio, apercibimiento de ejecución forzosa del acto, mediante la notificación correspondiente (artículo 95 LRJPAC).
- d) Actuaciones materiales de ejecución, si se reitera la negativa del interesado, habilitadas por la previa autorización judicial.

Al Juez de Instrucción le está vedado el control de la legalidad del acto, sin que pueda valorar siquiera la posible concurrencia de una nulidad de pleno derecho, como sería la falta de audiencia o el defecto de notificación al interesado en vía administrativa, y por otra parte no debe oír previamente al titular del domicilio, sino limitarse simplemente a controlar «*prima facie*» la competencia del órgano administrativo y la necesidad de la entrada para la finalidad de la medida a adoptar, con lo que ésta podría incluso provenir, dado ese examen superficial, de una autoridad manifiestamente incompetente, sin que la entrada sea, por la misma razón de mero examen a primera vista, inexcusable. De esta situación se puede concluir que si el Juez de Instrucción acierta con lo justo, al autorizar o denegar la entrada, será prácticamente pura casualidad. En definitiva, el quehacer judicial, singularizado por su imparcialidad, contradicción e inmediatez, se ha desnaturalizado, desapareciendo su genuino significado de garante de cualquier derecho, para convertirse en aparente cobertura de a inviolabilidad domiciliaria. De estas consideraciones hemos de deducir que el trámite de previa citación del interesado no es facultativo para el Juez de Instrucción, sino que debe hacerla en todo caso, dando posibilidad a aquél de ser oído para resolver en consecuencia.

Entre las conclusiones del aludido seminario de estudio del artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, organizado por el Consejo General del

<sup>29</sup> Obra citada, pág. 85.

<sup>30</sup> Obra citada, pág. 151.

Poder Judicial y celebrado en su sede en el mes de junio de 1991, se adoptaron las siguientes conclusiones en cuanto a normas mínimas de procedimiento ante el Juez de Instrucción:

- a) Constancia documental suficiente, bien con el expediente completo o con el acto concreto de la Administración que haya dado lugar a la solicitud de acceso al domicilio, así como observancia de si han existido o no irregularidades relevantes cuya omisión pueda generar flagrante vulneración constitucional. De no existir dicho expediente o acto, deberá reclamarse por el órgano jurisdiccional.
- b) Comparecencia o audiencia de las partes o interesados, con expresa tutela de los derechos constitucionales del artículo 24 de la Constitución.
- c) La resolución judicial sólo puede pronunciarse acerca de si procede autorizar o denegar el acceso al domicilio.
- d) Notificación de la resolución judicial conforme a las formas previstas en el ordenamiento jurídico.
- e) Ofrecimiento de los recursos que procedan (queja, reforma, apelación).
- f) Posterior remisión, a la autoridad judicial autorizante, del acta que refleje las incidencias de la ejecución del acto administrativo y del destino dado a los bienes que se hallaren en el domicilio (muebles, enseres, etc.).

Otra de las garantías inherentes a la jurisdiccionalidad de la autorización es la impugnabilidad de la decisión, bien por el titular del domicilio en el caso de acceder a la entrada, bien por la Administración en el supuesto de desestimar la petición de ingreso en aquél. También sobre la recurribilidad de la resolución judicial, prevista por el artículo comentado, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el ya referido Auto de fecha 18 de junio de 1990, al decir que «la queja relativa al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión formulada contra los Autos del Juzgado de Instrucción número 1 de Alicante de 6 y 24 de octubre, por no haber admitido a trámite los recursos de reforma y apelación, carece de fundamento porque, con independencia de ser ello cierto en el plano formal, el Juzgado entró en el fondo del recurso de reforma y admitió el de queja contra la inadmisión de la apelación. Contra lo que parece creer la recurrente, tal circunstancia le impide hablar de indefensión o denegación de tutela judicial, puesto que *de facto* ha contado con los recursos existentes, pese a su aparente denegación. Lo mismo y con mayor razón cabe decir, a este respecto, en relación con el Auto de la Audiencia, ya que, como reconoce la actora, en él se consideran pertinentes los citados recursos (y eso que la existencia del de apelación es sumamente discutible, puesto que no está expresamente contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, frente a lo que requiere el artículo 217 de este cuerpo legal). El que la Audiencia no se pronuncie al respecto con la claridad deseada por la actora carece de toda relevancia constitucional, no siendo un contenido de la tutela judicial efectiva

la mayor o menor contundencia de las resoluciones judiciales. En relación con la queja deducida contra el Auto de la Audiencia Provincial de 21 de noviembre de 1989 por supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, hay que señalar que frente a la alegada falta de respuesta a determinadas cuestiones que denuncia la actora, es palmario que el auto resuelve sobre el fondo de la cuestión planteada, la corrección del auto que autorizó la entrada, ya que verifica la regularidad formal del mismo, única competencia atribuida al juez penal en los supuestos del artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

En suma, el Tribunal Constitucional, en el caso sometido a su decisión, estima que se otorgó la tutela judicial efectiva sin que se produjese indefensión porque *de facto* el titular del domicilio contó con los recursos existentes, pese a su aparente denegación. No cabe duda alguna que frente a la concesión o denegación de la solicitud de la Administración quepan los recursos que ofrece la garantía propia del sistema judicial. Aunque el precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial se limite a atribuir la competencia al Juzgado de Instrucción sin fijar procedimiento al respecto, lo cierto es que tal atribución incardina su decisión en el sistema ordinario de recursos establecido por los artículos 216 a 238 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y de aquí que hayamos de concluir que la resolución del Juez de Instrucción es revisable en cuanto al fondo, bien por la vía de la apelación bien por la de la queja, por el Tribunal de la Audiencia, ya que entender que sólo cabe recurso de reforma sería equiparable a considerarla inimpugnabile, porque los recursos ante el propio órgano que resuelve tienen más la condición de requisitos de procedibilidad, que abren la vía para acudir al órgano superior, que la de auténticos recursos. Cuando las Leyes Procesales prevén sólo aquellos remedios es porque, en definitiva, en un momento ulterior, bien al recurrir sobre la decisión definitiva bien al enviar las actuaciones al órgano superior, éste tendrá la oportunidad de revisar la actuación del inferior. Es consustancial a cualquier sistema de garantías las diversas instancias, que permiten una más acertada decisión, de manera que cuando un asunto viene atribuido por la Ley al Juez de la primera, resulta inconcebible la no admisión de un recurso ordinario ante el Juez o Tribunal que funcionalmente tiene la competencia para revisar las decisiones de aquel. Aunque la Ley no lo establezca expresamente, la lógica de un sistema de garantías, cual es el judicial, induce a pensar que frente a la resolución del Juez de Instrucción cabe un recurso ordinario ante el Tribunal de la Audiencia, si bien en un solo efecto, ya que la regla procesal en cualquier orden jurisdiccional es que, salvo que la propia Ley lo determine, los recursos contra los Autos se admiten con efecto devolutivo y no suspensivo (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 383 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 93.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

En contra de la opinión expuesta, Gómez Guillamón<sup>31</sup> estima que no existe exigencia constitucional

<sup>31</sup> Obra citada, pág. 85.

de que frente al auto autorizando la entrada proceda recurso procesal, siendo esta cuestión de exclusiva legalidad, concluyendo que las características de la intervención del juez deben llevar a una solución negativa a la admisibilidad de recurso alguno. Del mismo criterio es García Torres<sup>32</sup> porque la función de garantía de los derechos que se atribuye al Juez no admite que el acto de autorización o denegación de la misma se convierta en un proceso contencioso y que la doctrina del Tribunal Constitucional no exige que toda decisión sea recurrible (Sentencia 197/88, de 24 de octubre).

A pesar de estos pareceres contrarios, de lo que anteriormente hemos expuesto deducimos que el procedimiento aplicable a las peticiones de la Administración, para que sea autorizada por el Juez de Instrucción la entrada en un domicilio o cualquier otro edificio o lugar de acceso dependiente del consentimiento del titular, sólo ofrecerá las garantías propias del sistema judicial en que se inserta si, además de la audiencia al Ministerio Fiscal, se cita previamente al interesado con el fin de que pueda ser oído, y frente a la decisión del juez se concede recurso ante el Tribunal de la Audiencia a fin de que pueda revisar el fondo de aquélla.

#### IV. DOCTRINA CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA SENTENCIA 160/1991, DE 18 DE JULIO, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional con su sentencia, de fecha 18 de julio de 1991, pronunciada en el Recurso de Amparo 831/1988, al resolver una cuestión relacionada con un hecho de tanta trascendencia pública cual fue el derribo de los edificios del casco urbano de Riaño, cuya localidad quedó anegada por las aguas de un pantano, y sus moradores habían seguido una serie de procedimientos relacionados con la expropiación forzosa de que fueron objeto sus bienes y derechos, justificó una desviación muy importante de su previa doctrina.

En el fundamento jurídico noveno de dicha sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce que se aparta de la doctrina sentada en la tantas veces citada Sentencia 22/84, en lo que constituía su *ratio decidendi*, acerca de la exigencia de una duplicidad de resoluciones judiciales.

En lugar de hacer comentarios de la referida sentencia, parece más útil transcribir literalmente sus mismos argumentos, no sin remarcar o resaltar previamente que, en esta resolución, el Tribunal Constitucional señala que si en la ejecución de una resolución judicial surgieran incidentes, éstos son competencia, según las normas procesales, del órgano jurisdiccional que hubiera dictado tal resolución. Este ha sido el criterio y opinión que, como hemos indicado anteriormente, siempre sostuvimos al respecto.

Dice el Tribunal Constitucional que: «...Corresponde al juez, según lo señalado, y de acuerdo con el artículo 18.2 de la 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. La introducción de una segunda resolución por un juez distinto, no tiene sentido en nuestro ordenamiento, una vez producida, en el caso que se trata, una Sentencia firme en la que se declara la conformidad a Derecho de una resolución expropiatoria que lleva anejo el correspondiente desalojo. Pues no cabe, una vez firme la resolución judicial, que otro órgano jurisdiccional entre de nuevo a revisar lo acordado, y a reexaminar la ponderación judicial efectuada por otras instancias, que pudieran ser incluso de órdenes jurisdiccionales distintos, o de superior rango en la jerarquía jurisdiccional, pues ello iría en contra de los más elementales principios de seguridad jurídica. Y, si no es posible una intervención judicial revisora, tampoco resulta admisible una segunda resolución judicial que no efectuara esa revisión, pues se convertiría en una actuación meramente automática o mecánica, confirmadora de la decisión judicial a ejecutar: lo que no constituye garantía jurisdiccional alguna, ni responde a lo dispuesto en el artículo 18.2 CE.

»En contra de lo que acaba de afirmarse podría argüirse que la intervención del órgano judicial no sería meramente ritual y mecánica ya que vendría a efectuar la correcta y debida individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa, y el cumplimiento de los elementales formalismos que deben preceder a la ejecución forzosa de todos los actos administrativos y, en particular, de aquéllos que pueden suponer la lesión de derechos fundamentales. Sin embargo, ello no es así en el presente caso, ya que se trata de una ejecución en línea directa o de continuidad, donde 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, ni sería sin duda huera y carente de significado, pues ninguna garantía añadiría a la protección del derecho fundamental de que se trata: ello sin perjuicio de que, si surgieran incidentes en la ejecución de una resolución judicial, fueran competencia, según las normas procesales (55 LEC y 4.1 LJCA) del órgano jurisdiccional que hubiera dictado tales resoluciones. Ha de concluirse pues, que, una vez recaída una resolución judicial que adquiera firmeza, y que dé lugar por su naturaleza y contenido a una entrada domiciliaria, tal resolución será título bastante para esa entrada, y se habría cumplido la garantía del art. 18 CE.»

Termina el Tribunal Constitucional, en el décimo fundamento jurídico de su referida sentencia, expresando que: «En el supuesto que ahora se contempla, no se discute que la demolición de las casas de que se trata fuera un acto de ejecución de sentencias judiciales firmes, ejecución material en línea directa con el título ejecutivo (Sentencia relativa a expropiación forzosa para la construcción de un pan-

<sup>32</sup> García Torres, Jesús: «El artículo 130 de la Ley General Tributaria a la luz de la Constitución». *Poder Judicial*, num. 18. Segunda Época. Junio 1990, págs. 46 a 48.

tano): ni se discute que las viviendas demolidas fueran precisamente las que fueron contempladas en ese título ejecutivo. Por ello, no aparece justificada la exigencia de una nueva autorización judicial, que resultaría un requisito hueco e inútil si no revisara el fondo de sentencias ya firmes, o que trastocaría, sin base constitucional, todo el orden de instancias jurisdiccionales si así lo hiciera. Los desalojos y derribos se realizaron en ejecución de lo dispuesto en resoluciones judiciales que adquirieron firmeza, cuyo cumplimiento es obligado (art. 117 CE), y que versaban precisamente sobre el objeto del recurso, esto es, el desalojo y derribo de edificios. Ha de concluirse, por todo ello, que se ha cumplido la garantía constitucional del artículo 18.2, y, por tanto, no se ha vulnerado el derecho de los recurrentes a la inviolabilidad del domicilio.»

Las precisiones introducidas por el Tribunal Constitucional con esta su última sentencia acerca de la inviolabilidad del domicilio modifican sustancialmente la interpretación que se realizaba precisamente con base en la anterior doctrina del Tribunal Constitucional, conforme a las sentencias antes recogidas en este trabajo, y cambian considerablemente la interpretación que se venía haciendo tanto del artículo 18.2 de la Constitución como del artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## V. HACIA UN MODELO GARANTISTA

Si se reflexiona acerca de la razón por la que el legislador encomendó al Juez de Instrucción la competencia para autorizar, en resolución motivada, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular, sólo aparecen dos explicaciones. La una, ya puesta de relieve por Alvarez-Linera y Uría<sup>33</sup>, la proximidad de estos jueces daba la distribución territorial de la Administración de Justicia; mientras que los Jueces de Instrucción están en todos los partidos judiciales y realizan funciones de guardia en servicio permanente por las necesidades de la investigación criminal, los Tribunales, y en su día Juzgados, de lo contencioso-administrativo tienen su sede en las capitales de provincia sin esa permanente dedicación. No obstante, a estas alturas, ni la mayor distancia ni la urgencia en obtener la resolución justifican, a mi entender, tan incongruente atribución competencial. La otra, la identificación de estas autorizaciones con los mandamientos de entrada y registro en los domicilios, previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los fines de la investigación penal. A pesar de que en ambos casos se está velando por la inviolabilidad del domicilio, nada más alejado de la razón de ser de la autorización en uno y otro supuesto; el de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la finalidad de facilitar las tareas de investigación criminal, mientras que el del artículo 87.2 de la LOPJ es la de permitir a la Admi-

nistración ejercer sus atribuciones de autotutela cuando para ello precise entrar en un domicilio sin o contra el consentimiento de su titular.

Cualquiera que sea la razón, lo cierto es que la elección del legislador no ha podido ser más desafortunada, propiciando la confusión reinante. Aunque no existe obstáculo alguno para un sistema de *universalidad competencial de los jueces*, ya que, en definitiva, la tarea de juzgar es idéntica aunque sea con procesos distintos, sin embargo nuestro sistema judicial ha evolucionado hacia una distribución en los cuatro diferentes órdenes existentes: civil, penal, contencioso-administrativo y social, de manera que esta realidad ha impuesto una práctica que dificulta, por no decir impide, el adecuado enjuiciamiento de una materia propia de una jurisdicción por otra diferente. Tan sólo existe una jurisdicción, que es la civil, a la que cabe atribuir una competencia residual para juzgar aquellas cuestiones no atribuidas expresamente por disposición legal a ninguna otra (artículo 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 11.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona) porque su propia naturaleza y los procesos que emplea, así como las garantías que ofrece, son adecuadas a tal fin. La atribución a cualquier otro orden jurisdiccional de materias reservadas, con carácter general, a uno específico, como sucede con la competencia de los Juzgados de Instrucción para autorizar la entrada en los domicilios a los fines de ejecución forzosa por la Administración, puede distorsionar absolutamente las garantías, como a mi entender viene sucediendo tanto si se contempla la situación desde la perspectiva de los derechos de los titulares del domicilio como desde el prisma de la Administración. Con el sistema elegido se posibilitan tanto las denegaciones indebidas como las concesiones gratuitas. Sigo, pues, afirmando que la competencia contemplada por el artículo 87.2 de la LOPJ, si se quiere lograr una verdadera garantía jurisdiccional, debería residenciarse en la jurisdicción del orden contencioso-administrativo<sup>34</sup>.

En una absoluta coherencia con el sistema de los órdenes jurisdiccionales, el legislador redactó el artículo 211 del Código Civil (Ley de 24 de octubre de 1983), atribuyendo al juez civil la previa autorización para el internamiento de un presunto incapaz, fijando un procedimiento sumario en el que se preservan las garantías de contradicción e inmediatez, con los recursos ordinarios propios de las resoluciones del juez de primera instancia. También en este caso se está atribuyendo al juez una función en garantía de un derecho fundamental, cual es la libertad, y aunque ésta, en cuanto a su posible privación, es tarea muy singular del juez penal, al legislador no se le ocurrió atribuirselo a éste, sino que incardinó la autorización para privar de libertad a un presunto incapaz entre las competencias del juez cuya función es determinar la incapacidad de una persona.

<sup>33</sup> Obra citada, pág. 2.

<sup>34</sup> En tal sentido, con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el magistrado Jose Diaz Delgado en su trabajo, ya citado, «La autotutela ejecutiva, la inviolabilidad del

domicilio y la intervención judicial». *Poder Judicial*, num. 16, septiembre 1985, págs. 17 a 24, y Jesus Peces Morate «La ejecución administrativa y la inviolabilidad del domicilio». *Poder Judicial*, núm. 13, diciembre 1984, págs. 85 a 88

En el caso de ejecución forzosa de actos de la Administración, no es congruente con el sistema de los órdenes jurisdiccionales que se sustraiga tal competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a la que la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 24, 58, 66, 74 y 91) y la ley de dicha Jurisdicción atribuyen la revisión de los actos de las Administraciones Públicas. Esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por su singular modo de operar, en virtud de las potestades que la ley otorga a los Tribunales de la misma, llevaría a cabo con mayores garantías y posibilidad de acierto la decisión de las peticiones de la Administración para entrar en un domicilio cuando ello fuese preciso a fin de ejecutar los actos de la Administración. Ya hemos expresado que el nuevo Borrador de Anteproyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo, con la consiguiente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuye la competencia que nos ocupa a los jueces de lo contencioso-administrativo.

Según expusimos anteriormente, en los casos de sentencias, o de resoluciones no accediendo a la suspensión del acto administrativo, la única competente para resolver sobre tales peticiones es la propia jurisdicción que dictó aquéllas y en los demás supuestos debería legalmente atribuírseles tal competencia. La doctrina de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Auto de fecha 20 de diciembre de 1990 —Sección Quinta—), sobre el derecho a una tutela judicial efectiva, «obliga a impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo que pueda el poder público parapetarse en él cuando en un supuesto de hecho concreto —y esto subraya la necesidad de examinar caso por caso y fallar en razón de la concreta individualidad de cada uno— lo que se advierte *prima facie*, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal, es una apariencia —apariencia, insistimos— de buen derecho». Ello ofrece un nuevo entendimiento de las autorizaciones judiciales para entrar en los domicilios a fin de ejecutar los actos de la Administración dentro de un verdadero modelo garantista, que sólo puede llevarse a cabo por la Jurisdicción que legalmente debe conocer del fondo de la cuestión, que no es otra, en definitiva, que la corrección jurídica del acto que se pretende ejecutar. Sustraer tal autorización al conocimiento de esta Jurisdicción es restar garantías tanto a los particulares como a la Administración.

Lo que no parece discutible cuando los actos a ejecutar son objeto de un recurso contencioso-administrativo, podría cuestionarse por los partidarios de la competencia del Juzgado de Instrucción cuando no se hubiere impugnado el acto administrativo. Sin embargo, a nuestro entender, la razón de fondo no cambia porque, en cualquier caso, la jurisdicción que está llamada legalmente, con carácter general,

a revisar los actos de la Administración Pública, es la contencioso-administrativa, lo que la inviste de singular autoridad e idoneidad para llevar a cabo tal cometido, valorando las circunstancias de cada caso, para conceder o denegar la autorización pedida por la Administración a través del procedimiento y con el sistema de recursos que las leyes procesales de tal orden jurisdiccional dispongan.

Fuera de los procesos en curso para la revisión de los actos administrativos, en los que la petición de autorización de entrada sería un simple incidente en relación con la ejecución de aquellos actos, el traslado que el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo daría de dicha petición al interesado, como mínima garantía de contradicción según expusimos anteriormente, permitiría una posible impugnación del propio acto de ejecución, pues, como ha declarado el Tribunal Supremo, en sentencias de fechas 4 de octubre de 1966, 6 de julio de 1981 y 7 de diciembre de 1982, «si bien la regla general es la inimpugnabilidad de los actos de ejecución, la jurisprudencia no cierra de modo tajante la posibilidad de que puedan ser revisados en vía jurisdiccional, cuando éstos incurran *per se* en algún vicio o infracción de ordenamiento jurídico», y, en consecuencia, al alegar el titular del domicilio la posible violación de éste por los actos de ejecución material de la Administración, aun desligados del acto causante o determinante de los mismos, éstos tienen sustantividad propia para ser enjuiciados por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, lo que nunca podría efectuar —por falta de competencia— el Juez de Instrucción.

Ni que decir tiene que, en cualquier caso, una vez llevada a cabo la ejecución forzosa por la Administración con la entrada en el domicilio, se podrá recabar por las personas legitimadas la protección jurisdiccional regulada por la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos de la persona, cuyas acciones, ante los diferentes órdenes jurisdiccionales: penal, contencioso-administrativo y civil, tendrán o no éxito según se haya o no respetado el contenido del artículo 18.2 de la Constitución, de manera que prosperarán cuando no haya habido consentimiento de titular o autorización judicial o bien no se trate de delito flagrante, mientras que serán desestimadas si concurren estos requisitos. Cuestión diferente es la valoración que los Juzgados y Tribunales efectúen para determinar si concurren o no aquellos presupuestos o condiciones. Parece prudente, en todo caso, huir de planteamientos dogmáticos, pues no se puede olvidar que así como la técnica normativa será tanto más razonable y eficaz cuanto sus formulaciones sean generales (de aquí los peligros y dificultades de las leyes de caso único), sin embargo las resoluciones de los jueces y Tribunales se desnaturalizan, y pierden efectividad, al aventurarse en pronunciamientos de carácter general<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Peces Morate, Jesús: «Técnica normativa y aplicación judicial del Derecho». Jornadas celebradas por la Comunidad de Madrid en colaboración con el Centro de Estudios Constitucionales los días 16 a 26 de abril de 1990 sobre «Técnica Normativa de las Comunidades Autónomas» Publicación Comunidad de Ma-

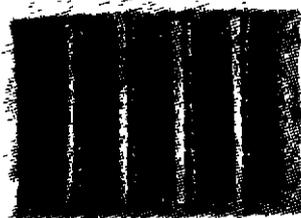
drid. Conejería de la Presidencia-Dirección General de Cooperación con el Estado y Asuntos Europeos, págs. 129 a 149.

«Las Normas y la Jurisdicción» I, II y III. *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 14, año 1991, págs. 63 a 58, núm. 15, año 1992, págs. 47 a 56, y 18, año 1993, págs. 53 a 62

## BIBLIOGRAFIA

- Gallegos Moreno, A: «La inviolabilidad del domicilio y la diligencia de entrada y registro en domicilios particulares» *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm.º 1, 1987.
- González Rivas, Juan José: «El artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones doctrinales y jurisprudenciales». En *Actualidad Administrativa*, núms. XLV y XLVI.
- Lafuente, Mercedes: «Reflexiones sobre la inviolabilidad del domicilio» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 73, págs. 79 a 87.
- López-Font, José F.: «El juez de instrucción como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la Administración». En *Revista de Administración Pública*, núm. 130, págs. 249 a 255.
- Sánchez Isac, Jaime: «La ejecución forzosa de los actos de la Administración y la inviolabilidad de domicilio en la doctrina del Tribunal Constitucional». Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo. Instituto de Administración Local. Madrid, 1985.
- Suárez Robledano, José Manuel: «La salvaguarda y el control judicial de la inviolabilidad del domicilio, del control de la intervención de las comunicaciones y del secuestro de publicaciones». *Revista Actualidad Penal*, núm. 36, 1987.
- De Toledo y Ubieta, Emilio Octavio: «Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (art. 191 del Código Penal)». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Mayo-agosto 1987. Tomo XL, fascículo II.

**ALGUNAS PERSONAS  
LLEVAN ESTE CÓDIGO  
DE BARRAS POR EL  
PRODUCTO DE SUS IDEAS.**



**Colabora.  
Estás en libertad**

**AMNISTÍA  INTERNACIONAL**

Apdo. Correos 50.318 - 28080 MADRID