

ACTOS ADMINISTRATIVOS CUYA EJECUCION PRECISA UNA ENTRADA DOMICILIARIA

POR

ALEJANDRO NIETO

Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ARTÍCULO 18.2 DE LA CONSTITUCIÓN: 1. *Rigidez del texto constitucional*. 2. *Interpretación posterior*. 3. *La buena fe y el abuso de derecho*.—III. TITULARES DEL DERECHO: LAS PERSONAS JURÍDICAS.—IV. DOMICILIO: 1. *Domicilio constitucional y domicilios legales*. 2. *Pluralismo de domicilios legales*: 2.1. El domicilio en la legislación privada. 2.2. Domicilio administrativo. 2.3. Domicilio penal. 3. *Constitución y legislación domiciliaria penal*. 4. *Domicilio a efectos constitucionales*: 4.1. Intimidación. 4.2. Protección diferenciada del derecho. 4.3. Conclusiones.—V. RESOLUCIÓN JUDICIAL: 1. *Entrada o registro*. 2. *La Ley de Enjuiciamiento Criminal*. 3. *Leyes preconstitucionales no penales*. 4. *La innovación constitucional*: 4.1. La sentencia del Tribunal Constitucional de 17-2-1984. 4.2. Juez competente. 4.3. Facultades del juez. 4.4. Un problema teórico: acto administrativo resolutorio, acto administrativo de ejecución y ejecución material. 4.5. Reacción legislativa. 5. *Efectos de la nueva regulación constitucional*.

I. INTRODUCCIÓN

Durante muchos años ni siquiera se ha planteado en España la posibilidad de que la ejecución de un acto administrativo pudiera implicar la violación de un domicilio. La Ley de Procedimiento Administrativo desconoce el problema, y no por razones constitucionales —como pudiera sospecharse desde la perspectiva democrática actual—, sino como consecuencia natural de un «sistema administrativo» pacíficamente admitido. El contenido del artículo 15 del Fuero de los Españoles reconocía el derecho a la inviolabilidad de domicilio (1), y en el propio capítulo que la Ley dedica a la ejecución de los actos administrativos, al referirse a las «obligaciones personalísimas», declara el artículo 108 que la *compulsión directa* sobre las personas se realizará «dentro siempre del respeto debido a la dignidad de la persona humana y a los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles». Y sin olvidar tampoco la vigencia

(1) «Nadie podrá entrar en el domicilio de un español ni efectuar registros en él sin su consentimiento, a no ser con mandato de la Autoridad competente y en los casos y en las formas que establezcan las leyes.»

durante aquellos años del franquismo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la legislación de recaudación, que imponían —y así se practicaba realmente— la exigencia de un mandato judicial para las entradas domiciliarias.

La postura de la Ley de Procedimiento Administrativo se debe, por tanto, a otras razones. Su régimen se inspira en el criterio de que entre el acto administrativo y su ejecución media una unidad y que sobre todo el proceso tiene la Administración facultades completas de disposición. El principio de la presunción de legalidad de los actos administrativos cubre, por tanto, también su ejecución. Los actos se ejecutan por la Administración cabalmente porque se presumen legales. Sin que los derechos de los ciudadanos se vean por ello quebrantados, desde el momento en que la presunción puede ser deshecha por los Tribunales. En otras palabras: todo el sistema administrativo descansa sobre la base de la decisión y de la ejecución administrativa inmediata, con el contrapeso del control posterior de los Tribunales. En su consecuencia, hasta que los Tribunales no resuelven, la Administración puede tanto decidir como ejecutar, que son fases inseparables de un mismo procedimiento. La ejecución no es un acto nuevo ni añade nada al acto resolutivo inicial.

Así se explica la ausencia de los Tribunales en la fase de ejecución: la mera presencia del juez durante la fase de ejecución perturbaría todo el sistema administrativo. La Ley de Procedimiento Administrativo es, en definitiva, congruente consigo misma y refleja los principios del sistema administrativo con mayor fidelidad que la legislación de recaudación, cuando da una intervención al juez en la ejecución.

La Constitución de 1978 ha respetado el sistema administrativo tradicional, aunque la ambigüedad de algunos de sus artículos pueda dar pie a interpretaciones radicales que, llevadas a sus últimos extremos, impliquen unas transformaciones radicales posiblemente no deseadas por los constituyentes y que, desde luego, éstos ni siquiera imaginaron.

Tal es el caso de la intervención judicial en la ejecución de los actos administrativos cuando sea preciso para ella una entrada domiciliaria. La letra de la Constitución no es, aparentemente, revolucionaria; pero la primera interpretación que de ella ha hecho el Tribunal Constitucional ha conmovido los cimientos del sistema administrativo (la autotutela de la Administración, la ejecución de los

actos administrativos), provocando una alarma doctrinal muy justificada y un desconcierto absoluto en la práctica administrativa.

La Ley Orgánica del Poder Judicial —al determinar, al menos, el juez competente para dictar la resolución autorizante de la entrada domiciliaria— ha solucionado uno de los problemas más urgentes que había provocado la postura del Tribunal; pero la cuestión de fondo sigue viva, agravada incluso por la rotunda actitud de otras normas posteriores, como el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1986.

El Derecho no gusta de actitudes radicales, cuyo extremismo suele traducirse en la inoperancia o en la confusión. El curso del Derecho es, más bien, lento y sinuoso; por lo que quizás sea tiempo aún para que el Tribunal Constitucional matice esta decisión primera con gradaciones que alivien la brusquedad del anunciado cambio de rumbo. El Derecho, en fin, es un compromiso cotidiano entre intereses y poderes contrapuestos, que en él se equilibran. Al cabo de muchos años de prevalencia de una Administración, formalmente autoritaria, sobre los derechos individuales, no parece feliz el bascular ahora, de manera igualmente extremada, sobre los derechos individuales el énfasis de la protección jurídica con detrimento de la razonable eficacia administrativa.

II. EL ARTÍCULO 18.2 DE LA CONSTITUCIÓN

1. *Rigidez del vigente texto constitucional*

El artículo 18.2 de la Constitución (2) está redactado en unos términos singularmente rígidos, que contrastan de forma notoria no sólo con los antecedentes históricos del Derecho español, sino con las modernas Constituciones de otros países. El derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio es, ciertamente, un patrimonio común de todos los países inspirados en el Estado de Derecho; pero únicamente la Constitución española de 1978 (junto con la portuguesa de 1976) ha expresado este derecho de forma tan rigurosa e inflexible, tanto en lo que se refiere al contenido de la «violación» como a las posibles excepciones de la inviolabilidad.

(2) «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.»

La letra de la Constitución española vigente refleja una mentalidad que, en desacuerdo con los Derechos modernos, recuerda instituciones obsoletas como la del «lugar sagrado», que brindaban las iglesias a los fugitivos de la justicia en la Edad Media y en el Antiguo Régimen, secularizada luego en Inglaterra en una conocida formulación de Lord Chatham pronunciada en 1764: «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.»

Es muy probable que la actitud de los constituyentes se debiera al doloroso recuerdo de los años anteriores, cuando el domicilio —pese a declaración formal del Fuero de los Españoles— no ofrecía protección alguna frente a los abusos del poder público; pero el caso es que, en contraste con el tenor de otras Constituciones europeas que se manejaron durante la elaboración del texto, para nada se tuvieron en cuenta las exigencias de una sociedad moderna ni las puertas que así podían abrirse a eventuales abusos no ya sólo frente a los intereses de la Administración, sino, sobre todo, frente a los intereses públicos y generales, por los que aquélla debe velar.

A) La inviolabilidad del domicilio es un derecho reconocido por las Constituciones españolas a partir de la de 1812. Ahora bien, la exigencia de un mandamiento judicial para penetrar en él sólo aparece en las de 1869 (y con numerosas excepciones) y 1931, ambas de breve vigencia.

B) En el Derecho comparado moderno se consagra igualmente este derecho, incluso con el requisito del mandamiento judicial; pero, a diferencia de lo que sucede hoy en España, se establecen abundantes precisiones de carácter finalista y, además, se posibilita una regulación concreta del tema por parte de la legislación ordinaria:

— Artículo 14 de la Constitución italiana de 1947: «El domicilio es inviolable. No podrán efectuarse inspecciones, registros o secuestros *a no ser en los casos y en las formas establecidos por ley* con arreglo a las garantías prescritas para la tutela de la libertad personal. Las averiguaciones y las inspecciones por motivos de sanidad y de inmunidad pública o con fines económicos y fiscales *se regularán por leyes especiales.*»

— Artículo 13 de la Ley Fundamental de Bonn: «1. El domicilio es inviolable. 2. Los registros y allanamientos no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro, también por los demás órganos *previstos en las leyes* y únicamente en la forma estipulada en ellas. 3. Sin embargo, sólo podrán tomarse medidas que afecten a esta inviolabilidad, o la restrinjan, con motivo de defensa ante un peligro común o de la vida humana; *en virtud de una ley*, tales medidas también podrán ser tomadas con el fin de prevenir peligros inminentes para la seguridad o el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro.»

— Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia *esté prevista en la ley* y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.»

Citas que, conviene advertirlo, no son de mera erudición, puesto que nuestros Tribunales, y muy en particular el Tribunal Constitucional, suelen acudir a la hora de interpretar este derecho a argumentos tomados del Derecho extranjero, y muy particularmente del alemán. Para comprobarlo basta leer la sentencia del Tribunal Constitucional de 17-10-1985, en la que se dedica un fundamento jurídico completo (el tercero) a la exposición del Derecho alemán, cuya doctrina aplica sin reservas a la exégesis del artículo 18.2 de la Constitución española.

C) En cualquier caso, la correcta inteligencia del artículo 18.2 exige ponerlo en conexión sistemática con otros preceptos de la Constitución, y concretamente con:

a) El número 1 del mismo artículo, que dice así: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.» Conexión que ha sido afirmada ya por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sus sentencias de 17-2-1984 y 17-10-1985.

b) El artículo 55.1: «Los derechos reconocidos en los artículos 17.2... podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución.»

c) El artículo 53, cuyos dos primeros números dicen lo siguiente: «1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.» Ahora bien, dicha ley deberá tener el carácter de orgánica, según determina el artículo 81.1: «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas.»

En su consecuencia, las diferencias más importantes, en lo que ahora interesa, entre el régimen constitucional español y los europeos estriban en lo siguiente: aunque en todo caso se admite la posibilidad de una regulación de desarrollo a través de ley, 1.º) en el Derecho europeo se admite la posibilidad de que dicha ley, en determinados supuestos, prevenga la intervención de una autoridad no judicial, lo que no es lícito en España, dado que entre nosotros la ausencia de la autoridad judicial sólo es posible cuando se trata de flagrante delito o media consentimiento del afectado; 2.º) en España la regulación del ejercicio de este derecho —y por ende la intervención judicial— exige una ley orgánica.

D) Conste, por lo demás, que la inflexibilidad del texto constitucional no fue fruto de la improvisación o de un error técnico. Los autores de la Constitución fueron perfectamente conscientes de ello, como se deduce de las discusiones parlamentarias. Así, en el Congreso se endureció la expresión inicial («investigación domiciliaria») sustituyéndola por la de «entrada y registro», que luego —por razones que no constan— terminó convirtiéndose en entrada «o» registro, todavía más significativa.

Y en el Senado fue rechazado un intento patrocinado por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO de ampliar las causas justificadoras de la

penetración en el domicilio. Y es que, como dijo entonces el portavoz socialista, forzoso era rechazar todas las enmiendas «aparentemente aperturistas» porque «la constitucionalización de las excepciones a los derechos individuales nos parece *por sistema* un criterio regresivo» (3).

2. Interpretación posterior

Llegado el caso de aplicar el artículo 18.2 de la Constitución, 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 (4), asustada —por así decirlo— de las consecuencias prácticas de esta desmesurada protección de un derecho individual tan fácilmente susceptible de desviaciones abusivas, insistiendo así en la postura realista del Tribunal Supremo.

Y, por otro lado, el propio legislador se ha preocupado de intentar dar una salida a los problemas prácticos que plantea la rotundidad de la citada sentencia. Criterio en el que se inspiran algunos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la legislación local.

De todo ello habrá ocasión de ocuparse luego; pero convendrá advertirlo ya con objeto de aclarar el ambiente provocado por la sentencia citada (a la que suelen acudir indefectiblemente los defensores a ultranza de los derechos individuales), habida cuenta de que la misma no constituye aún jurisprudencia, de que hay otras

(3) La historia de la elaboración de este precepto y de la formulación de esta rigidez constitucional ha sido contada por el propio LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, en *Materiales para una Constitución*, 1984, págs. 100 y ss., y por FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, en «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», inserto en el libro colectivo *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 1985, págs. 478-484.

(4) Cfr., por todos, LÓPEZ RAMÓN, en el trabajo citado en la nota anterior.

posteriores de sentido muy diferente y de que también hay que tener presente las últimas modificaciones legislativas.

3. *La buena fe y el abuso de derecho*

Tal como se ha apuntado más arriba, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria es susceptible, como ninguno, de ser ejercido abusivamente y en contra de la buena fe.

Esto no es una afirmación gratuita, sino que así se deduce de la experiencia cotidiana y ha sido denunciado ya por la doctrina y constatado reiteradas veces por los Tribunales. Con mucha frecuencia, quienes pretenden ampararse en el artículo 18.2 de la Constitución no están defendiendo la inviolabilidad de su domicilio, sino intentando proteger otros intereses que, cuando no son ilícitos, al menos nada tienen que ver con el expresado derecho fundamental. Lo que está en juego en tales casos no es, en efecto, la inviolabilidad del domicilio, sino un mero interés patrimonial, que fraudulentamente busca una buena cobertura constitucional. Así pudo constatarlo el auto del Tribunal Supremo de 17-12-1981 (Ar. 4808), a propósito del desalojo de las tiendas de un aeropuerto, para cuya evitación pretendía involucrarse el artículo 18.2 de la Constitución. Y el mismo criterio inspira la sentencia del Tribunal Constitucional de 2-12-1983, que se niega a aplicar este derecho constitucional, cuando de lo que de veras se trataba era de condicionar el cierre e intervención de unas sedes bancarias expropiadas. Pretextos que también suelen ser utilizados, incluso sin intereses patrimoniales, para lograr la cobertura de actividades ilícitas.

La sentencia de 17-10-1985 (también del Tribunal Constitucional) no puede ser, a tal propósito, más explícita. En ella se desestima un recurso de amparo, basado en el artículo 18.2 de la Constitución, advirtiendo literalmente que «la *causa petendi* del recurso se encuentra muy distante de cualquier evocación de un derecho fundamental, apreciándose con toda claridad que la referencia al domicilio y la evocación del artículo 18 son pretextos de la demanda para conseguir un fin ajeno a la proyección natural de aquellos derechos».

Cautela que, por lo demás, es perfectamente conocida ya desde antiguo en el Derecho comparado. Así, en Alemania, MAUNZ ha po-

dido escribir (5) 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. Si en una casa se ha establecido sin la debida autorización una actividad comercial, industrial o profesional, pueden igualmente clausurarse estas actividades sin afectar por ello el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio. Por otro lado, el ejercicio del derecho en cuestión no puede ser utilizado para legalizar una actividad que, de acuerdo con la legislación, sea considerada ilegal, con independencia de la indicada circunstancia domiciliaria».

En definitiva, todas estas declaraciones no son sino la aplicación concreta de unos principios jurídicos que, en España, aparecen formulados en el artículo 7 del Código civil: «1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.»

El artículo 6 del mismo Código civil emplea el término de «fraude de ley», que en su caso puede convertirse en un «fraude de la Constitución». La Constitución está para la defensa de los ciudadanos y no para que los ciudadanos, amparándose en ella, pretendan burlar los intereses públicos. Ya hemos visto que así están actuando nuestros Tribunales de todo orden. Actitud que en la actualidad se encuentra sancionada por el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que se establece que «los Juzgados y Tribuna-

(5) En sus comentarios al artículo 13 de la Ley Fundamental de Bonn, en *Grundgesetz Kommentar*, 13.III.10.

les rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal». Con todos estos principios y preceptos debe quedar muy claro que los Tribunales están cerrados para las astucias y maquinaciones de ciudadanos y de leguleyos, que pretendan amparar sus ilícitos intereses en la letra de una Ley e incluso de la Constitución.

III. TITULARES DEL DERECHO: LAS PERSONAS JURÍDICAS

Los supuestos fácticos de la actuación administración «domiciliaria» se refieren con frecuencia a locales de personas jurídicas, predominantemente de naturaleza asociativa. Circunstancia que exige dilucidar con carácter previo hasta qué punto pueden ser estas personas jurídicas titulares de los derechos fundamentales que garantiza la Constitución.

Este punto —dogmáticamente muy discutido (6), como veremos luego— ha sido abordado y resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional de 17-10-1985 en términos rotundos:

«Ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables, lo que ha permitido que la jurisprudencia aplicativa de tal norma entienda que el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las Entidades mercantiles, parece claro que nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el artículo 24 de la misma

(6) Con anterioridad a los pronunciamientos expresos del Tribunal Constitucional ya se había inclinado GARCÍA MACHO por una respuesta positiva, en *La inviolabilidad del domicilio*, «REDA», 32, 1982, pág. 857.

Constitución sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas.

Este es también el criterio aceptado por la doctrina generalizada en otros países, como pueden ser, dentro de Europa, Alemania, Italia y Austria, donde se sigue un criterio que puede reputarse extensivo, llegado el momento de resolver esta misma cuestión, pudiendo entenderse que este derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene también justificación en el supuesto de personas jurídicas, y posee una naturaleza que en modo alguno repugna la posibilidad de aplicación a estas últimas, las que —suele ponerse de relieve— también pueden ser titulares legítimos de viviendas, las que no pueden perder su carácter por el hecho de que el titular sea uno u otra, derecho fundamental que cumple su sentido y su fin también en el caso de que se incluyan en el círculo de los titulares de este derecho fundamental a personas jurídicas u otras colectividades. En suma, la libertad de domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional y en todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines de ente colectivo.»

Aquí tenemos, pues, una vez más, un ejemplo de la apoyatura doctrinal que nuestro Tribunal busca en el Derecho comparado, y muy singularmente en el alemán. Ahora bien, si acudimos a este Derecho alemán, podemos comprobar que la cuestión no es tan sencilla como se describe —en términos inequívocamente reduccionistas— en la sentencia citada. El desarrollo que del tema hacen BLECKMANN (7) o DÜRIG (8) nos demuestra que la doctrina alemana sólo reconoce, en general, este derecho a las personas jurídicas por

(7) *Allgemeine Grundrechtslehren*, 1979, págs. 68-72.

(8) En los comentarios al artículo 19.3 en la obra, antes citada, dirigida por MAUNZ.

causa de que así lo declara su Constitución, es decir, que cuando (o si) la Constitución no dice nada hay que entender que las personas jurídicas no son titulares de tales derechos, como fue la opinión dominante durante la vigencia de la Constitución de Weimar, en la que, efectivamente, nada se decía.

Es decir, que si hubiera que seguir la doctrina alemana —a la que de forma expresa y minuciosa se remite nuestro Tribunal Constitucional—, habría que llegar a una solución exactamente contraria a la que él propone. No obstante, como la sentencia española no deja lugar a dudas, hay que aceptar tal interpretación extensiva.

Lo cual no significa, sin embargo, que todas las personas jurídicas puedan ser titulares de todos los derechos fundamentales, habida cuenta de que algunos de ellos están vinculados por naturaleza a una existencia humana (sexo, edad, parentesco, raza, etc.), tal como apunta el propio artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn y ha sido desarrollado teóricamente por MASER (9). Una salvedad que ciertamente no precisa de argumentos de autoridad, puesto que es obvia por su propio peso.

Así lo ha observado ya el Tribunal Constitucional en su sentencia de 10-3-1983:

«El recurrente sostiene que la titularidad de los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo sólo corresponden a los ciudadanos, a cuyo efecto cita el artículo 53.2 de la Constitución. La Sala, sin embargo, no puede compartir esta interpretación del mencionado precepto, ya que basta leer los artículos 14 a 29 para deducir el sentido del artículo 53.2, que es el de afirmar que cualquier ciudadano puede recabar la tutela de tales libertades y derechos, es decir, que todos los ciudadanos son titulares de los mismos, pero sin que ello limite la posible titularidad de otras personas.

La cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos. La mera lectura de los artículos 14 a 29, a que antes nos referíamos, acredita que existen derechos fundamentales cuya

(9) *Die Geltung der Grundrechte für juristische Personen und teilrechtsfähige Verbände*, 1964.

titularidad se reconoce expresamente a quienes no pueden calificarse como ciudadanos, como las comunidades —art. 16—, las personas jurídicas —art. 27.6— y los sindicatos —art. 28.2—; que hay otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas —art. 17— y el derecho a la intimidad familiar —art. 18—.»

De todo lo cual se deduce que, a tenor de nuestro Tribunal Constitucional, las personas jurídicas: *a)* pueden ser titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2); pero *b)* no pueden ser titulares del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1). Afirmación extraordinariamente importante a nuestros efectos, puesto que, como ya sabemos, el domicilio se encuentra conectado con la intimidad.

Adelantando entonces lo que va a desarrollarse con detalle en el epígrafe siguiente, tenemos que la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas tiene un alcance diferente a la que corresponde al domicilio de las personas físicas, dado que en aquel supuesto no es posible tener en cuenta los aspectos de la intimidad, de la «privacidad», que es propia del domicilio de las personas físicas. En otras palabras: tratándose del domicilio de las personas jurídicas, no es lícito conectar el número 2 del artículo 18 con el número 1 del mismo precepto, tal como, para el supuesto ordinario, ha hecho el Tribunal Constitucional, según vamos a ver inmediatamente (10).

(10) QUINTANA LÓPEZ ha puesto 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 inviolables sino con autorización judicial, puesto que remite a una serie de criterios ajenos, o cuando menos exorbitantes, a la esencia de la protección domiciliar que depara nuestra Constitución». En su consecuencia entiende que habrá que «decidirse en sentido negativo cuando lo que se pretende salvaguardar son otros derechos, cuya legitimidad encuentra protección a través de otros cauces previstos 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 espúreos, 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» (*Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho*, «Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica», 229, 1986).

IV. DOMICILIO

Las consideraciones anteriores nos obligan a proceder, en primer término, a un análisis minucioso del concepto de domicilio a efectos constitucionales.

1. *Domicilio constitucional y domicilios legales*

La Constitución establece, como es sabido, la última garantía del domicilio y de los derechos que de él se derivan. Así lo declara en el artículo 18.2, al declarar su inviolabilidad; pero con la desgraciada circunstancia de que ni en este precepto ni en ningún otro nos define lo que es un domicilio a estos efectos, introduciendo así una primera, y muy grave, dificultad hermenéutica.

En definitiva, el silencio de la Constitución implica, a primera vista, una remisión a las definiciones del concepto que nos den otras normas legales. Esta es una técnica habitual en la Constitución, que, por razones obvias, no se preocupa de definir todos y cada uno de los términos que utiliza. Así tenemos, por ejemplo, que en el número tercero del mismo artículo 18 habla de las comunicaciones postales y de telecomunicaciones, sin preocuparse de indicar qué es lo que debe entenderse por tales. Pues bien, para saberlo basta con acudir a las definiciones que de las mismas se hacen en la legislación sectorial de Correos y Telecomunicaciones, llenando de esta forma, por remisión, el vacío constitucional. Tal habría de ser, por tanto, el método interpretativo del operador jurídico: buscar en la legislación sectorial (civil, administrativa, penal) el concepto normativo de domicilio para, a través de él, precisar el alcance de la garantía constitucional.

Metodología habitual que en el presente caso tropieza, sin embargo, con dos dificultades adicionales: en primer término, la circunstancia de que esta legislación sectorial no nos proporciona un solo criterio de determinación domiciliaria, sino muchos, con la consecuencia de que ya no sabemos si el domicilio a que se refiere la Constitución es el civil, el administrativo o el penal, o todos ellos; y, en segundo lugar, porque sucede que el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de advertir que no es siempre correcto interpretar la Constitución a través de las leyes; antes al contrario,

son las leyes las que deben ser interpretadas a la luz de la Constitución:

«En el razonamiento que se acaba de mencionar se produce una inversión en el orden de utilización de los cánones hermenéuticos y en los resultados de los mismos, pues no se impone —como sería lógico— un reajuste en la interpretación de los preceptos de la legalidad ordinaria para acordarlos con los preceptos de la Constitución, sino que por el contrario, según entiende dicha sentencia [la del Tribunal Supremo que el Constitucional está criticando], es la Constitución la que debe ser interpretada de acuerdo con el resto del ordenamiento jurídico. *Sin negar que en algunos casos esta vía interpretativa pueda ser útil, no es la que primariamente deba seguirse.* Por el contrario, es la legalidad ordinaria la que debe ajustarse en su inteligencia y en su aplicación al orden constitucional» (SS. 20-7-1981 y 6-5-1983).

El Tribunal Constitucional niega, por tanto, que exista una remisión normativa auténtica; antes bien concibe al domicilio como un concepto jurídico indeterminado, que no debe ser determinado por las leyes sectoriales ordinarias, sino por la interpretación del propio Tribunal. Ahora bien, para desesperación de los juristas, sucede que el Tribunal, después de haber cerrado el camino de la remisión legal y de haberse atribuido la facultad de definir el concepto con su propia doctrina, en realidad no lo ha hecho todavía con la concreción suficiente, provocando con ello el vacío y la inseguridad jurídica en la que ahora nos encontramos.

A este propósito, lo único indiscutible es que no pueden utilizarse los conceptos domiciliarios del Código civil ni de las leyes administrativas. Tal como dice la sentencia de 17-2-1984:

«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... Todo ello obliga a mantener, por lo menos *prima facie*, un concepto constitucional de domicilio en mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo.»

Lo cual no significa, sin embargo, que haya que descartar radicalmente el análisis de los conceptos que del domicilio nos ofrece la legalidad ordinaria, al menos mientras el Tribunal Constitucional no haya sentado su propia doctrina. De momento, no hay otra solución posible. Y, además, también hemos visto que este método no ha sido totalmente rechazado por el Tribunal, quien admite que en casos «puede ser útil». A lo que hay que añadir —como veremos luego— la conexión directa que media entre la legislación penal y la Constitución.

A falta, pues, de otros criterios genuinamente constitucionales, va a procederse a continuación al examen del concepto de domicilio que nos ofrece la legislación ordinaria.

2. *Pluralidad de domicilios legales*

Entrando en ello, la primera dificultad con que nos encontramos es la de que, como ya se ha anunciado, no existe en nuestro Derecho un concepto único de domicilio, sino que hay tantos domicilios como sectores del ordenamiento. Dato que explica, quizás, las cautelas del Tribunal Constitucional, puesto que no existe ninguna razón para creer que la Constitución esté manejando uno sólo de estos conceptos (el civil, por ejemplo), marginando a los demás.

2.1. *El domicilio en la legislación privada.*

Dejando a un lado la legislación mercantil y canónica, es decir, limitándonos, para no alargar inútilmente la exposición, al Derecho civil, es de recordar que la vieja sabiduría del Código civil le ha impulsado a definir por su cuenta lo que es el domicilio, evitando con ello —en su ámbito— las dificultades que, como estamos viendo, surgen en el Derecho constitucional. En el Derecho civil no hay dificultades a la hora de determinar lo que es el domicilio, puesto que lo define con absoluta precisión en su artículo 40: «Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Añadiendo luego para las personas jurídicas que «cuando ni la ley que las haya creado o reconocido, ni los estatutos o las reglas

de fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto».

2.2. *Domicilio administrativo.*

Desde la perspectiva del Derecho administrativo existen otros conceptos del domicilio, distintos del civil, que aparecen, particularmente, en la legislación local y en la electoral. Pero tampoco vale la pena detenerse en ellos, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional ha declarado ya de forma expresa que no es éste tampoco el concepto aplicado por la Constitución en su artículo 18.

2.3. *Domicilio penal.*

Distinto es el caso, no obstante, de la legislación penal. El domicilio con efectos penales tampoco es, desde luego, el que maneja la Constitución; pero, a diferencia de los casos anteriores, tiene una incidencia muy directa en el tema. Circunstancia que aconseja un examen más pormenorizado del mismo.

Ahora bien, el panorama con que aquí vamos a encontrarnos no resulta particularmente esclarecedor. Porque el Derecho penal (o, más concretamente todavía, el Código penal) no se ha preocupado de determinar qué entiende por domicilio, olvidando la prudente cautela del Código civil, e incluso introduce una dicotomía perturbadora entre «domicilio» y «morada», cuya violación produce efectos punitivos desiguales.

En cualquier caso, conviene analizar por separado sus dos normas básicas: la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código penal.

A) *La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.*

Esta Ley centenaria reguló con singular acierto uno de los aspectos capitales de nuestro tema —la protección domiciliaria penal—, definiendo con precisión los puntos que ahora nos interesan. En ella se desarrolla sustancialmente:

a) Una inicial declaración constitucional en su artículo 54, que es reproducción del artículo 6 de la Constitución, entonces vigente,

de 1876, y que supone un principio programático, cuyo desarrollo minucioso se encuentra en los siguientes artículos: «Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes.»

b) Una regulación detallada de estos «casos y formas» en los que se puede entrar, tanto por decisión de la autoridad judicial como de los agentes de la policía.

c) Una definición del «domicilio particular», con su correspondiente régimen de entrada. A tal efecto dice el artículo 554 que «se reputan domicilio para los efectos de los artículos anteriores: 2. El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español residente en España y de su familia».

d) Una definición de «edificios y lugares públicos», que constituyen una segunda variante del domicilio, cubiertos también, por tanto, por la garantía genérica de la inviolabilidad, pero con un régimen de protección distinto, más atenuado: «Los que estuvieren destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo, fueren o no lícitos» (art. 547.2).

B) *El Código penal.*

La claridad indicada se entenebrece, no obstante, con la lectura del Código penal, que no sólo no es del todo coherente consigo mismo, sino que, además, deja en el aire sus conexiones con la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por lo pronto introduce una distinción, poco inteligible, entre «morada» y «domicilio», base de una tipificación delictiva distinta: el allanamiento de morada (art. 490) y la entrada ilegal de funcionario en domicilio (art. 191).

Esta diferenciación —original y propia del sistema español— ha provocado no pocos quebraderos de cabeza a la doctrina, puesto que para algunos autores se trata de conceptos inequívocamente desiguales (RODRÍGUEZ DEVESA), mientras que para otros (*Enciclopedia Jurídica Seix*) se trata de conceptos idénticos. Con unas consecuencias evidentes: si los conceptos —es decir, los bienes jurídicos protegidos— fueren iguales, ambos delitos se diferenciarían únicamente por el autor o sujeto activo; mientras que si fueren distintos,

lo decisivo no sería ya sólo el autor, sino también el objeto material de la entrada.

C) *Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código penal.*

El problema anterior no tiene, sin embargo, relevancia a nuestros efectos. Lo que aquí interesa más es precisar las conexiones entre ambos textos legales. Para CÓRDOBA RODA, la eventual discordancia debe resolverse en beneficio del Código penal, es decir, que existe delito, si así lo determina el tipo penal de Código, aunque el domicilio en cuestión no encaje en las conceptualizaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tesis que en modo alguno puede aceptarse, por la sencilla razón de que es inimaginable que un funcionario que ha cumplido escrupulosamente los requisitos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda luego ser castigado por ello; máxime si tenemos en cuenta que el Código penal no ha definido el concepto de domicilio.

D) *Conclusiones.*

La literatura penal ha dedicado muchas páginas a intentar precisar el alcance concreto de lo que es el domicilio penal (11); pero con escasa fortuna, puesto que no se ha llegado a resultados mínimamente comunes: para unos, el domicilio debe ser entendido en un sentido muy amplio, mientras que para otros su alcance es muy restringido, a cuyo efecto se acumulan criterios diferenciadores absolutamente heterogéneos.

La jurisprudencia penal del Tribunal Supremo se ha encargado, por su parte, de precisar esta figura a través de una casuística ciertamente reducida y antigua, pero que denota una postura extensiva:

- Para las sentencias de 13-5-1886 y 20-12-1905, son inviolables los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas cuando no estén abiertas.
- Y, por lo que se refiere a los «casinos», la sentencia de 11-4-1887 tiene declarado que están penalmente protegidos «cuan-

(11) Cfr., por ejemplo, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, 2.ª ed., I-II, 1972, págs. 955 y ss.; CÓRDOBA, *Comentarios al Código Penal*, III, 1978, págs. 344 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, II, 1966, págs. 621 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 5.ª ed., 1983, págs. 135 y ss., y, en fin, con carácter monográfico, SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento de morada*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1968.

do sólo está permitida la entrada a los socios», puesto que constituyen una «prolongación de la morada de sus socios» (12).

3. *Constitución y legislación domiciliaria penal*

Tal como hemos indicado antes, la legislación domiciliaria penal tiene para nosotros una singular relevancia en razón a las conexiones que guarda con la Constitución.

Por lo pronto, y según sabemos, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha transcrito literalmente un precepto constitucional. Y no sólo es esto: la importante sentencia del Tribunal Supremo de 18-12-1888 sentó una doctrina —sorprendente para la época, e incluso para ahora— conforme a la cual se entiende que la protección penal que asegura dicha Ley no debe entenderse conectada sólo con la Constitución de 1876, que reproduce, sino también con principios generales del Derecho constitucional, como los formulados en la más amplia dicción de la Constitución de 1869, a la sazón ya derogada:

«Considerando que la inviolabilidad del domicilio está sancionada y garantizada en el artículo 6 de la vigente Constitución del Estado, como antes lo estaba por el artículo 5.º de la de 1869 [aunque fuera con algunas diferencias]... Considerando la *necesaria armonía en que ha de estar la ley fundamental del Estado, que declara y sanciona los derechos individuales y los artículos del Código que castigan las infracciones de aquéllos*, exige que el artículo 215 del Código [penal], que se refiere a los delitos cometidos contra el artículo 6 de la vigente Constitución, se entienda que comete el delito el funcionario público que no siendo autoridad judicial ejecute los hechos que en el mismo se determinan...»

En sustancia, los textos constitucionales y penales expresan dos manifestaciones —la constitucional y la penal— de una misma garantía básica: la inviolabilidad del domicilio. Dicho de otra manera: la protección penal del bien jurídico del domicilio es un

(12) Interpretación jurisprudencial extensiva criticada por QUINTANO RIPOLLÉS (*ob. cit.*, págs. 959-960), con cita de otra sentencia idéntica de 18-5-1916.

efecto reflejo derivado de la Constitución, puesto que su intención expresa es la de proteger, con técnicas propias, los derechos constitucionales. Así se ha entendido siempre por la doctrina y por la jurisprudencia, tal como acabamos de ver con un texto literal del Tribunal Supremo. Y, por poner un ejemplo moderno, RODRÍGUEZ DEVESA, en su *Derecho Penal español* (escrito antes de 1978), encaja este delito entre los que denomina, con todo acierto, «delitos contra la Constitución».

Lo que sucede es que la indicada protección penal se articula a través de dos instrumentos: en la Ley de Enjuiciamiento Criminal es una orden dirigida a las autoridades judiciales y policiales indicándoles cómo deben actuar y cuáles son los límites de su actuación; mientras que el Código penal establece unos tipos y sanciones para todo el mundo.

La conexión a la que nos estamos refiriendo es, pues, indiscutible, y de ella se deducen los siguientes corolarios, que son consecuencia del principio de que, sin perjuicio de tal conexión, nos encontramos ante dos figuras o conceptos distintos de domicilio, que en parte coinciden y en parte no coinciden:

- Si hay violación del domicilio constitucional no penal, habrá una mera infracción constitucional y no un delito.
- Si hay violación del domicilio penal no recogido en la Constitución, habrá una mera infracción penal, un delito, y no una infracción constitucional.

Las consecuencias de todo ello, en lo que afecta a nuestro tema, son las siguientes:

1.^a Puede existir una sanción penal independiente de la regulación constitucional, habida cuenta de que ésta no anula a la legislación penal, incluso en el supuesto de que en la Constitución no se haya asumido íntegramente el concepto de domicilio penal.

2.^a Esta sanción penal es la comprendida en los tipos de los artículos 191 y 490 del Código penal vigente. No hay delito si se cumplen los requisitos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pero si se quebranta la Ley de Enjuiciamiento Criminal surge el delito, cuyo tipo, en último extremo, ha sido construido sobre la configuración domiciliaria que del domicilio hace la Ley de Enjuiciamiento, así como sobre los elementos de la acción punible en ella descritos.

3.^a Respetando el contenido esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 53 de la Constitución), el domicilio y el tipo penales pueden ser alterados por la legislación penal que en cada momento los regule.

4.^a Cualquiera que sea la definición constitucional del domicilio (que examinaremos de inmediato), rige la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con los siguientes efectos y precisiones:

a) Para los domicilios habitados por particulares son de aplicación, fundamentalmente, los artículos 553 y 570. Artículo 553: «Los agentes de policía podrán proceder de propia autoridad al registro de un lugar habitado, cuando haya mandamiento de prisión contra una persona y traten de llevar a efecto su captura, cuando un individuo sea sorprendido en flagrante delito, o cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa.»

b) Para los edificios y lugares públicos, incluidos en el artículo 547 («establecimiento de reunión o recreo»), son de aplicación fundamentalmente los artículos 546, 550 y 565. Artículo 546: «El Juez o Tribunal que conociere de la causa, podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros o papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación.»

En resumidas cuentas: salvo los casos de flagrante delito, la Administración no puede ordenar a sus agentes que penetren ni en los domicilios particulares habitados ni en los casinos y lugares de reunión y recreo. En uno y otro caso (aunque con peculiaridades, como la nocturnidad) se precisa de resolución judicial previa. La responsabilidad penal surge —como podemos comprobar una vez más— con independencia del concepto que del domicilio tenga la Constitución.

4. *Domicilio a efectos constitucionales*

Aclarada la responsabilidad deducida del domicilio penal, pasemos ahora al anunciado tema de la determinación del domicilio constitucional y de sus efectos propios.

Hasta ahora hemos visto *lo que no es* el domicilio constitucional, es decir, ni el domicilio civil, ni el jurídico-administrativo, ni el canónico, ni el penal.

4.1. *Intimidad.*

El Tribunal Constitucional no se ha contentado con hacer una delimitación negativa del concepto, sino que ha apuntado también, aunque sea de manera insuficiente, a su conceptualización positiva.

Tal como dice la sentencia de 17-2-1984, «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 (art. 18.2) y la que impone la defensa y garantía del *ámbito de privacidad* (art. 18.1)». Idea que se reproduce en la sentencia de 26-11-1984: «La inviolabilidad del domicilio... tiene como finalidad principal el *respeto al ámbito de la vida personal y familiar*, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado.»

El Tribunal Constitucional, a la hora de definir positivamente el concepto de domicilio, lo hace por remisión a un nuevo concepto: el de la privacidad o, en términos literales del artículo 18.1 de la Constitución, el de la intimidad personal y familiar.

La remisión del número 2 al número 1 del artículo 18 de la Constitución apareja una consecuencia gravísima, a saber: la de que, siendo la intimidad personal y familiar algo ajeno, por naturaleza, a las personas jurídicas, tendríamos que excluir del domicilio constitucional a aquellos lugares cuyos titulares no son personas físicas (únicas que pueden tener una vida personal y familiar), sino jurídicas.

Tal es la consecuencia rigurosa de la interpretación del Tribunal Constitucional. Pero admitirlo así, en términos rotundos, sería ir demasiado lejos, puesto que es muy dudoso que el Tribunal haya querido asumir tal consecuencia y se trata, probablemente, de un desliz técnico, que algún día será corregido. Pero, con todo, resulta indudable que el domicilio de las personas jurídicas ofrece unas inequívocas peculiaridades, que han de distinguirle siempre del de las personas físicas. A estas alturas ya sabemos que esto es realmente

lo que sucede en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y lo único que el Tribunal Constitucional ha hecho es abundar en esta idea, aunque sea con otras técnicas jurídicas. Sobre ello seguiremos insistiendo más adelante.

a) En lo que se refiere a la *privacidad*, se trata de una técnica jurídica inequívocamente inspirada en el Derecho norteamericano, en el que ya hace muchos años se ha afirmado *the right of privacy*.

Pues bien, a lo largo del tiempo la jurisprudencia norteamericana ha elaborado ya con mucho detalle el alcance de tal derecho, que comprende los siguientes elementos: 1) el derecho a estar solo; 2) el derecho al anonimato dentro de asociaciones y comunidades; 3) el derecho a la intimidad familiar; 4) el derecho a tomar solo las decisiones que afecten a la esfera de la intimidad personal (anti-conceptivos, abortos), y 5) el secreto de las comunicaciones (13).

Planteamiento que, desde esta perspectiva doctrinal comparada, confirma nuestra tesis: la privacidad personal y familiar sólo atañe a las personas físicas.

b) Por lo que se refiere a la *intimidad personal y familiar* en nuestro Derecho positivo, es de recordar que se encuentra ya desarrollada en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de la que interesa recoger sus perfiles más sobresalientes:

— Se trata, como dice, efectivamente, su Exposición de Motivos, de un desarrollo de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que aparecen en el artículo 18.1 de la Constitución.

— La Ley se encuentra en íntima conexión con la correlativa legislación penal, tanto la existente como la que ha de dictarse en el futuro (Exposición de Motivos, párrafos 3 y 4).

— El ejercicio de estos derechos no es ilimitado: «Los derechos protegidos en esta Ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados» (Exposición de Motivos, párrafo 7); «No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones realizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante» (art. 8.1).

(13) Cfr. RIGAUD, *L'elaboration d'un right of privacy par la jurisprudence américaine*, 1980; citado por SERRANO ALBERCA en los comentarios al artículo 18, en los *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por GARRIDO FALLA, 2.ª ed., 1985, pág. 357.

— El contenido concreto de los bienes constitucionalmente protegidos, que la Constitución, obviamente, no define, quedará delimitado tanto por la ley como por los usos sociales: «La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para *sí mismo y para su familia*» (art. 2.1).

Baste con esta mera alusión para comprobar la corrección de nuestra tesis: la intimidad se refiere exclusivamente a las personas físicas y a sus familiares, también personas físicas.

4.2. *Protección diferenciada del derecho.*

Si el análisis de la privacidad y de la intimidad nos ha llevado a la constatación de que el domicilio de las personas jurídicas, aun sin llegar a estar absolutamente desprotegido, lo está, desde luego, en términos mucho más débiles que el de las personas privadas, en cuanto que en él no concurre el dato esencial de la intimidad que al efecto exige el Tribunal Constitucional, ahora, partiendo de una perspectiva completamente distinta, podemos llegar a la misma conclusión.

Con ello se está haciendo referencia a la doctrina alemana de la gradualidad de la intensidad de la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. La jurisprudencia de este país ha constatado, en efecto, que no todos los domicilios están protegidos de la misma manera, como consecuencia de la concepción amplia que de los mismos se tiene. En otras palabras: si el domicilio constitucional fuera únicamente el domicilio familiar, sería claro que la protección del mismo sería siempre idéntica. Pero desde el momento en que para la Constitución también es domicilio el lugar del trabajo (donde no se mora) y la sede de las personas jurídicas, resulta igualmente claro que tales domicilios han de tener una protección menos intensa, puesto que no media la intimidad o privacidad y, además, porque las actividades que en ellos se realizan no son ajenas a los intereses públicos, de cuya custodia no puede inhibirse la Administración.

Quiere esto decir que el domicilio se expresa en realidad en círculos concéntricos: en el núcleo está el domicilio familiar, el alcázar del ciudadano y de su intimidad, que se encuentra rigurosamente

protegido. Pero luego existe un círculo exterior que también es domicilio, pero en el que no aparece intimidad personal alguna y, por ello, se encuentra menos protegido.

La idea fue ya expuesta por MAUNZ (14) y ha sido hecha suya por la jurisprudencia, que PAPPERMAN (15) resume en los siguientes términos: «Las intervenciones y limitaciones a la inviolabilidad del domicilio deben interpretarse de manera diferente en atención a la distinta necesidad de protección que tienen, de una parte, los domicilios particulares y, de otra, los locales de negocio, industriales y de trabajo. En las viviendas hay que rechazar, de acuerdo con una interpretación rigurosa, cualquier derecho a la intromisión, puesto que el objetivo de la Constitución es proteger al individuo en su derecho a que le dejen tranquilo. Pero en los locales empresariales esta necesidad de protección se encuentra debilitada, dado que en ellos se desarrollan actividades que operan hacia el exterior y que afectan a los intereses de la colectividad. En su consecuencia (y aunque sea con determinadas limitaciones) hay que admitir la posibilidad de que las autoridades administrativas competentes puedan entrar en los mismos con objeto de comprobar que, efectivamente, tales intereses generales son respetados dentro de ellos.» Tal es el caso, tan frecuente, de las inspecciones sanitarias, de seguridad en el trabajo y tantas otras, frente a las que en Alemania no pueden oponerse los titulares de las empresas, escudándose en un derecho fundamental cuyos objetivos históricos y teleológicos son muy otros. Esta es la doctrina hoy dominante tanto en la literatura como en la jurisprudencia.

4.3. Conclusiones.

Nuestro Tribunal Constitucional, al sentar el principio de que el domicilio constitucional debe configurarse desde el punto de vista de la intimidad, está admitiendo que no todos los domicilios se encuentran igualmente protegidos, habida cuenta de que los domicilios de las personas jurídicas no pueden ampararse en dicha intimidad del artículo 18.1 de la Constitución, que en ellos, por su propia naturaleza, no puede darse.

Más aún: incluso los derechos del artículo 18.1, es decir, los de-

(14) *Grundgesetz Kommentar*, art. 13.III.3.

(15) En el *Grundgesetz Kommentar* dirigido por VON MÜNCH, art. 13.2.7.

rechos a la intimidad, no son absolutos, como ha declarado el Tribunal de forma expresa en varias sentencias a partir de la de 26 de noviembre de 1984.

La protección constitucional de ambos tipos de domicilios ha de ser, por tanto, diferente: más intensa en las viviendas que en los locales de las personas jurídicas, incluidos los casinos y sedes de asociaciones privadas.

V. RESOLUCIÓN JUDICIAL

En la hipótesis de que exista un domicilio cuya inviolabilidad esté constitucionalmente protegida y no concurren las circunstancias de un flagrante delito o del consentimiento del titular, sólo procede la entrada o registro en el mismo mediando una resolución judicial. La Constitución emplea correctamente el término «resolución», más amplio que los de «mandamiento» u «orden», que también son usuales.

1. *Entrada o registro*

A) En el epígrafe segundo ya se ha hecho alusión al origen de esta dicción, que fue el resultado de una enmienda propuesta por los socialistas (y aceptada por Alianza Popular y Unión de Centro Democrático) al texto del Anteproyecto, en el que se hablaba —en términos mucho más restringidos— de «investigación domiciliaria». La razón de la enmienda era, aparentemente, terminológica:

«Es evidente que la expresión investigación domiciliaria no es la tradicional para esta clase de actuaciones en toda nuestra legislación, y se puede prestar a una enorme cantidad de confusiones por su ambigüedad. Si en un momento determinado se ha de proceder a entrar en el domicilio de cualquier ciudadano, ello no puede tener otro objeto por parte de una acción investigadora y judicial que el registro y ocupación de determinadas piezas de convicción y la inspección ocular, y esto se encuentra perfectamente regulado ya en toda nuestra legislación procesal ritual criminal. En conse-

cuencia, creemos que es mucho más lógico que la expresión investigación domiciliaria, que no tiene ninguna tradición en nuestro Derecho, se sustituya por la que es habitual en nuestra terminología: orden de entrada y registro.»

Ahora bien, esta simple «precisión terminológica» había de introducir un sesgo importante (y probablemente no querido) en el texto, puesto que estableció una conexión directa con la legislación penal, siendo así que el alcance del precepto constitucional desbordaba con mucho el ámbito de lo penal. Dicho con otras palabras: al establecerse esta conexión entre lo penal y lo constitucional se dejaba al descubierto el enorme campo de las entradas y registros de naturaleza no penal; lo que dio lugar —como vamos a ver— a un vacío normativo y procedimental que ha producido no pocas dificultades interpretativas.

En otro orden de consideraciones conviene insistir en el hecho de que la conjunción «y» fue sustituida, sin darse explicación alguna, por la de «o», desconectando, contra toda lógica y tradición, ambos conceptos, ampliando así la figura de la prohibición y añadiendo nuevas dudas interpretativas.

B) Porque entrada y registro, que son cosas muy diferentes, se encuentran vinculadas en una relación cronológica. Es decir, que se puede entrar y no registrar; pero para registrar hay que entrar primero: sin una entrada domiciliaria previa es imposible proceder a registro alguno. Lo que significa que el registro es una actividad que exige la previa entrada en el domicilio.

Por entrada y registro en lugar cerrado se entiende, según nuestros procesalistas (FENECH, GÓMEZ ORBANEJA), el acto procesal que tiene por objeto limitar las garantías normales de la libertad individual mediante el empleo de medios coercitivos, con el fin de obtener el conocimiento del delito, la obtención de medios de prueba o el hallazgo de la persona misma del imputado para los fines del proceso penal. Tal como advierte la sentencia del Tribunal Constitucional de 17-2-1984, «registro domiciliario, entendido como inquisición o pesquisa para la cual la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental».

En los sistemas jurídicos en los que la entrada y registro están condicionados a una resolución judicial, el acto de voluntad sólo

puede emanar de un órgano judicial; pero los actos materiales subsiguientes a la resolución, y que van encaminados al cumplimiento de lo en ella ordenado, pueden ser realizados o bien por el titular del propio órgano judicial o bien por los agentes de la policía a los que se les encomiende.

2. *La Ley de Enjuiciamiento Criminal*

En el momento de aprobarse la Constitución existía una legislación procesal-penal en la que aparecía regulada esta cuestión de forma minuciosa: ésta fue, según sabemos, la que inspiró el nuevo texto y la que está sirviendo de pauta a las actuaciones administrativas y judiciales posteriores.

A) Lo que la legislación rituarial penal dice al respecto sobre el domicilio ya ha sido expuesto en el epígrafe anterior, al que nos remitimos.

B) En cuanto al *tiempo*, el artículo 570 dispone que cuando se trate del domicilio de un particular, los registros sólo podrán efectuarse durante el día, a menos que el interesado o su representante, si estuviere presente, permita la continuación durante la noche.

C) Por lo que se refiere a la *forma*, y a falta de consentimiento del interesado, la entrada y registro han de ir precedidos de auto motivado, que se notificará a la persona interesada inmediatamente o, lo más tarde, dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado (art. 550), y el juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la autoridad o funcionario que lo haya de practicar (art. 558). Si no fuere habido el particular interesado a la primera diligencia en su busca, se notificará al encargado. Si no fuere tampoco habido, se hará la notificación a cualquier otra persona mayor de edad que se hallare en el domicilio, prefiriendo para ello los individuos de la familia del interesado. Si no se hallare a nadie, se hará constar por diligencia, que se extenderá con la asistencia de dos vecinos, los cuales deberán firmarla (art. 566).

D) En cuánto a la *práctica* de la diligencia de entrada y registro, se hará en presencia del interesado o de su legítimo representante; si aquél no fuera habido o no quisiere concurrir ni nombrar

representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia, mayor de edad; si no lo hubiere, se hará a presencia de dos testigos vecinos del mismo pueblo (art. 569).

Para la entrada y registro se empleará, si fuere necesario, el auxilio de la fuerza (art. 568). La resistencia a presenciarse el registro produce la responsabilidad declarada en el Código penal en cuanto a los reos de delito de desobediencia grave a la autoridad, sin perjuicio de que la diligencia se practique (art. 569.5).

Todos están obligados a exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa. Si el que los retenga se negare a su exhibición será corregido con multa y, de insistir en su negativa, si el objeto o papel fuera de importancia y el delito grave, será procesado como autor de desobediencia a la autoridad, salvo que mereciere la calificación legal de encubridor (art. 575).

E) La simple lectura de todos estos preceptos nos demuestra ya, por sí misma, la grave distorsión que supone el que la Constitución se haya inspirado en la legislación procesal penal, así como las disfunciones —e incluso la imposibilidad— que acarrearía el pretender aplicar estas reglas a supuestos exclusivamente administrativos, o sea, en los que no haya un sumario o no sean delictivos. Pensemos en las intervenciones policiales; los actos cuya realización se pretende constatar o reprimir pueden ser realizados por la noche, y, por otro lado, tratándose de personas jurídicas, es inútil hablar de familiares, por citar sólo las dos circunstancias más llamativas. Y sin olvidar tampoco algo mucho más importante, a saber: que el anuncio de la entrada ha de alertar a los presuntos infractores, frustrando por completo los objetivos de la investigación. En definitiva, que la actuación policial ha de resultar rigurosamente inútil si se realiza en estos términos rigurosos, y la Administración está indefensa a la hora de vigilar por el cumplimiento de las leyes que se le han encomendado.

3. *Leyes preconstitucionales no penales*

Cuanto acaba de decirse nos demuestra que la legislación procesal-penal —norte de la tradición jurídica española, según los constituyentes— no sirve para regular los supuestos de intervención administrativa —preventiva, represiva o de ejecución— que llevan consigo, por naturaleza, una entrada domiciliaria. Ahora bien, junto a

la Ley de Enjuiciamiento Criminal existían también en nuestro ordenamiento otras leyes más adecuadas a la realidad. De entre ellas, la fundamental es la Ley de Procedimiento Administrativo, en cuyo artículo 102 se determina que «la Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrá proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo cuando por Ley se exija la intervención de los Tribunales».

El sistema español se regía, por tanto, en 1978 por los siguientes principios: 1.º) En materia penal eran de aplicación los preceptos citados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 2.º) En materia administrativa, la Administración podía ejecutar directamente sus acuerdos al amparo de la llamada autotutela administrativa. 3.º) Esta autotutela administrativa podía ser excepcionada por una Ley que impusiese la intervención de los Tribunales a la hora de la ejecución de los actos administrativos. 4.º) En el procedimiento de ejecución judicial excepcional no eran de aplicación las normas procesales penales, pero no se creaba de ordinario ningún vacío normativo, desde el momento en que la Ley excepcionante determinaba el juez competente para ordenar la entrada domiciliaria.

Un buen ejemplo de lo que acaba de decirse se encuentra en el artículo 130 de la Ley General Tributaria de 28-12-1963, en el que se advierte que «previa exhibición del documento acreditativo del crédito tributario o, en su caso, de la relación de deudores debidamente providenciados de apremio, los Jueces de Paz, comarcales o municipales, según sea el que exista en cada localidad, autorizarán dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud la entrada del Recaudador en el domicilio de los deudores responsables». Aquí —como se ve— la misma Ley que excepciona la autotutela administrativa se encarga de precisar quiénes son los jueces que han de autorizar la entrada domiciliaria. No hay, pues, problema en este punto.

Mecanismo que, por cierto, ha sido admitido por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 17-10-1985, en la que se declara que «si bien algunos de tales preceptos son preconstitucionales, los de mayor rango contenidos en la Ley General Tributaria, como su artículo 130, que establece la posibilidad de que los Jueces —incluso los de Paz— autoricen la entrada del Recaudador en el domicilio de los deudores responsables, han permanecido inalterables tras la reciente reforma operada en la antedicha Ley por la de 10/1985, de 26 de abril».

Otro ejemplo que puede citarse —y, desde luego, no hay muchos más en nuestro Derecho— es el de la Ley de Contrabando, aprobada por Decreto de 16 de julio de 1964, cuyo artículo 40.3 determina que «son autoridades competentes para decretar la entrada y reconocimiento de edificios: 1.º Los Delegados y Subdelegados de Hacienda en el territorio de su competencia, cuando la entrada y registro hayan de efectuarse en lugares que no constituyan morada o domicilio particular. 2.º Los jueces de instrucción y, en su defecto, los municipales, comarcales y de paz, cuando la entrada y registro hayan de verificarse en moradas o domicilios particulares o en aquellos lugares aludidos en el párrafo precedente, cuando, por razones de urgencia, les fuera solicitado el mandamiento pertinente». Con la advertencia, además, de que en el siguiente artículo 41 se precisan con cierto detalle las peculiaridades del procedimiento de solicitud del mandamiento judicial y el contenido de éste.

4. *La innovación constitucional*

En 1978 la situación era, por tanto, muy clara: la propia Administración ejecutaba de ordinario sus propios actos —incluida la entrada en los domicilios particulares—, y cuando esto no era posible porque una Ley así lo excepcionaba, la Ley excepcionante se encargaba de determinar cuál era el juez competente para ordenar dicha entrada.

Todo ello, sin embargo, parece haber cambiado por completo con la entrada en vigor de la Constitución, habida cuenta de que, como sabemos, su artículo 18.2 ya no deja margen a la Administración para que ordene por sí misma la entrada de sus agentes, que (salvo los casos de flagrante delito o consentimiento del interesado) únicamente puede proceder de una resolución judicial.

De esta forma —y tal como se ha puesto ya de relieve en el epígrafe II—, la Constitución española de 1978 no sólo ha roto con la tradición anterior, sino que se distancia de los demás modelos europeos: en Alemania (por citar un ejemplo reiteradamente invocado por los constituyentes y, luego, por el Tribunal Constitucional), la Ley Fundamental de Bonn permite que en determinados supuestos una Ley ordinaria habilite a los órganos administrativos para que procedan por sí mismos a las entradas domiciliarias (16); mientras

(16) El Derecho alemán ha sido, entre nosotros, cuidadosamente examinado en el citado artículo de GARCÍA MACHO.

que el artículo 18.2 de la Constitución española cierra por completo esta posibilidad. O, mejor dicho: restringe rigurosamente esta posibilidad, puesto que sólo admite la de los supuestos excepcionales de suspensión del derecho cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio (art. 55.1) y, en su caso, por la legislación antiterrorista (art. 55.2) y, en fin —con una interpretación amplia—, en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública (art. 30.4).

En cualquier caso, el precepto constitucional ha sido aplicado e interpretado ya por una jurisprudencia constitucional relativamente abundante, que — pese a las críticas que ha levantado— vamos ahora a tener a la vista.

4.1. *La sentencia del Tribunal Constitucional de 17-2-1984.*

El Fundamento Jurídico tercero de esta sentencia aborda directamente el nudo central de la cuestión, o sea, el de la supervivencia de las potestades administrativas para proceder a las entradas y registros domiciliarios:

«La singularidad más llamativa del asunto que resolvemos consiste en que, por lo menos aparentemente, en él entra en colisión el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 18 de la Constitución y los actos de ejecución llevados a cabo en un procedimiento administrativo por la Administración municipal en virtud de la llamada potestad de autotutela o de ejecución de sus propias decisiones.

El párrafo segundo del artículo 18 concreta la inviolabilidad del domicilio en la interdicción de entrada en él y en la interdicción del registro. Estos términos, no obstante su aparente concreción, deben considerarse comprensivos de toda invasión que rompa el bien jurídico protegido.

En el texto constitucional la norma de interdicción de entrada y de registro sólo admite unas excepciones muy determinadas: el consentimiento del titular, que según el texto del precepto no necesita ser expreso;

la existencia de una resolución judicial que lo autorice y la producción de un delito flagrante, caso en el cual los perseguidores pueden continuar la persecución en el domicilio de la persona afectada.»

Pero para poder afirmar su radical postura el Tribunal se considera en la obligación de refutar los argumentos esgrimidos no ya por la Administración, sino por el Ministerio Fiscal y por el Tribunal Supremo, que la sentencia no toma en consideración:

a) El Fiscal General del Estado había argumentado, en efecto, que «el ejercicio de un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social que, como general, es de rango superior». Tesis que la sentencia rechaza en los siguientes términos:

«Una afirmación como la anterior, realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Así, por ejemplo, el artículo 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social. No ocurre esto en materia de inviolabilidad del domicilio, donde la Constitución no dice que deba sacrificarse a cualquier fin social, que, en general, sería de rango superior por serlo, y únicamente menciona de modo expreso la presunción de un delito flagrante como causa bastante para el sacrificio del derecho, aunque esta norma sea susceptible de desarrollos diferentes.»

b) Pero no se trata tan sólo de refutar la postura del Ministerio Fiscal. La sentencia tiene también que salir al paso de las declaraciones que previamente había hecho el Tribunal Supremo, que rechaza en un razonamiento prolijo:

«La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 7-12-1982... señala, entre otras cosas, que la interpretación del precepto de la Constitución que se había adoptado es la “acorde con el conjunto del ordenamiento jurídico”, que ha de ser —en opinión del Tribunal— “armónica entre sus normas” para posibilitar “el juego de todas sus respectivas esferas de actuación sin interferencias esterilizantes”. En el razonamiento que se acaba de mencionar se produce una inversión en el orden de utilización de los cánones hermenéuticos y en los resultados de los mismos, pues no se impone —como sería lógico— un reajuste en la interpretación de los preceptos de la legalidad ordinaria para acordarlos con los preceptos de la Constitución, sino que, por el contrario, según entiende dicha sentencia, es la Constitución la que debe ser interpretada de acuerdo con el resto del ordenamiento jurídico. Sin negar que en algunas ocasiones esta vía interpretativa pueda ser útil, no es la que primeramente debe seguirse. Por el contrario, es la legalidad ordinaria la que debe ajustarse en su inteligencia y en su aplicación al orden constitucional.»

Esta rectificación del Tribunal Constitucional a los criterios manejados por el Tribunal Supremo es muy grave. Porque, en definitiva, lo que con ella se impone es una radicalización del derecho a la inviolabilidad del domicilio tanto respecto de otros valores superiores del ordenamiento jurídico como frente a una hermenéutica integradora. El Tribunal Supremo se había percatado que en el caso de autos no se ventilaba la intimidad de la persona, que constituye el bien jurídico protegido por el artículo 18 de la Constitución, sino, pura y simplemente, el derecho a la propiedad. El recurrente estaba, en suma, distorsionando la teleología del derecho constitucional invocado, y, a pesar de ello, la sentencia estima su pretensión, dando por buena su actitud.

Sea como fuere, aclarados estos puntos, pasa el Tribunal Constitucional a desarrollar en términos positivos su doctrina, que formula en sus Fundamentos Jurídicos cuarto y quinto, cuya cita —aunque sea larga— resulta imprescindible reproducir, por cuanto afecta al núcleo de la cuestión planteada en la consulta:

«Cuarto. La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de la eficacia con sometimiento pleno de la Ley y al Derecho. Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública.

Una vez admitida la conformidad con la Constitución de la potestad administrativa de autotutela, en virtud de la cual se permite que la Administración emane actos declaratorios de la existencia y límites de sus propios derechos con eficacia ejecutiva inmediata, hay en seguida que señalar que la Administración, que a través de sus órganos competentes procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución [pues] la regla de respeto de los derechos fundamentales del artículo 108 de la Ley de Procedimiento Administrativo, anterior a la Constitución, debe generalizarse a todos los casos de ejecución forzosa por la Administración, con mayor motivo después de la entrada en vigor de la Constitución.»

Planteada así la cuestión, la sentencia formula el problema en los siguientes términos precisos: «De esta manera, el objeto central de nuestro asunto se reduce a constatar si cuando la ejecución forzosa realizada en un procedimiento administrativo 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 de la Constitución.»

Pregunta que el Tribunal responde en sentido afirmativo y con alcance que no puede ser más riguroso:

«El artículo 18.2 de la Constitución contiene dos reglas distintas: una tiene carácter genérico o principal, mientras 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, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de la privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública...

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... Contempladas desde esta perspectiva las cosas, puede extraerse la conclusión de que en toda actividad de ejecución de sentencias o decisiones llevada a cabo por los órganos públicos en que se produce, bien que necesariamente, el ingreso de los órganos ejecutores en un domicilio privado, se realiza en mayor o menor medida una inquisición de éste. 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 y la 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.»

Como puede observarse, el radicalismo de la sentencia llega a exigir una «nueva resolución judicial» no sólo para la ejecución de los actos administrativos, sino incluso para la ejecución de las mismas sentencias. El rigor de esta tesis parece tan extremado que el Tribunal considera oportuno dejarlo muy claro a través de posteriores razonamientos:

«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, como ocurre en el presente caso. A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una resolución de la jurisdicción ordinaria en materia civil. Si los agentes judiciales encargados de llevar, por ejemplo, a cabo un desahucio o un embargo encuentran cerrada la puerta o el acceso de un domicilio, 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.»

Resumiendo: la sentencia del Tribunal Constitucional de 17-2-1984 impone una aplicación literal del artículo 18.2 de la Constitución, cerrando el paso a las interpretaciones sistemática (que había seguido el Tribunal Supremo) y de valores (que había sido invocada por el Ministerio Fiscal) y anula en este punto las facultades de autotutela o de ejecución propia de los actos administrativos, tradicional en nuestro ordenamiento. Y, por otra parte, extiende la defensa de la inviolabilidad del domicilio incluso frente a las resoluciones judiciales generales, exigiendo, al efecto, una resolución judicial *específicamente* dirigida a la autorización de la entrada y registro. Lo cual significa una desconfianza radical tanto frente a la Administración como frente a los mismos órganos jurisdiccionales.

Ante tal rigor —que excede incluso al rigor propio del texto constitucional—, nada tiene de particular que los comentaristas hayan enjuiciado con dureza la actitud del Tribunal; pero, abundando

en ellas, también interesa poner de relieve cómo las dogmáticas de claraciones de la sentencia analizada han provocado la aparición de unos problemas prácticos, difícilmente resolubles, que han levantado un enorme desconcierto tanto en la Administración como en los Tribunales y que han exigido la intervención posterior del legislador para intentar darlos una salida.

4.2. *Juez competente.*

El primero de estos problemas aludidos estriba en la determinación del juez competente para dictar esa resolución específica, que inexcusablemente exige la sentencia en cuestión. Porque es el caso que el Tribunal Constitucional afirma categóricamente que debe haber un juez competente para dictar el mandamiento de entrada y registro; pero en 1984 resultaba difícil determinar quién era ese juez competente. Con la consecuencia de que cuando la Administración se dirigía a un juez ordinario corría el riesgo (y tal es lo que está sucediendo todavía) de que éste se inhibiese por falta de competencia, dejando inerte a la Administración y convirtiendo en ilusorio al acto administrativo.

Esta dificultad fue ya advertida por el Ministerio Fiscal y por la Audiencia Territorial en los autos de referencia a través de unos argumentos, que la sentencia rechaza:

«El carácter taxativo de las excepciones hace que no se puedan compartir algunas de las afirmaciones que en el presente proceso han sido hechas por el Fiscal General del Estado y las que en el previo proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales hizo la Audiencia Territorial de Albacete. Es la primera la de que, según el artículo 546 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo el Juez que conoce de una causa criminal puede expedir un mandamiento de entrada y registro, y que el artículo 117.3 y 4 de la Constitución impide al Poder Judicial ejercitar otras funciones que no sean las de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado. Por ello se entiende que fuera de los casos del artículo 546 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de aquellos otros en que tal medida se encuentra

expresamente establecida por una Ley, como es el caso del artículo 130 de la Ley General Tributaria, el Juez no puede expedir un mandamiento de entrada y registro. Esta tesis no puede ser compartida. De conformidad con una larga y ya tradicional doctrina de este Tribunal, la Constitución no es sólo la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos. Ello es, además, indiscutible respecto de los preceptos contenidos en los artículos 14 a 30, por ser objeto del proceso de amparo. Por consiguiente, *la autoridad judicial está investida de la suficiente potestad para otorgar las autorizaciones de entrada y registro* de la misma manera que ocurre en el apartado tercero del artículo 18, donde se inviste a los jueces de potestad para permitir el levantamiento parcial del secreto de las comunicaciones.»

Para el Tribunal Constitucional, lo importante era, pues, sentar la competencia genérica de los jueces para dictar la resolución específica de entrada y registro, y las realistas objeciones del fiscal no le conmueven, como tampoco las que, insistiendo sobre lo mismo, había expuesto el Tribunal contencioso-administrativo:

«Se dice (en la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa) que si en el ejercicio de la facultad ejecutiva reconocida a la Administración en la Ley de Procedimiento Administrativo, relacionada en el presente caso con la observancia del artículo 184 de la Ley del Suelo y el artículo 51 del Reglamento de Disciplina Urbanística, se requiere autorización judicial para la entrada de la Policía Municipal en el domicilio de una persona, sería tanto como someter la valoración normativa a un Juez carente de jurisdicción para ello. La sentencia dice que repugna la actuación judicial, porque se convertiría en un automatismo formal que, además, tampoco serviría para la finalidad de garantizar los derechos individuales afectados y que ello significaría desplazar al Juez de su natural campo de

indagación sumarial con las facultades que le conceden a tal fin los artículos 546 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal... 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 la instrucción sumarial, el cual sólo tiene que intervenir cuando la entrada en domicilio guarde relación directa con la investigación sumarial que llevan a cabo. *Nada permite inferir que ningún orden jurisdiccional —fuera del juez penal— puede intervenir cuando se le solicite la autorización para la entrada en el domicilio de una persona.* 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.»

Como se está viendo, el Tribunal Constitucional, desde las alturas de las declaraciones dogmáticas, rechaza las objeciones que se le habían presentado, pero no da una respuesta positiva concreta. Todas las partes que habían intervenido en el recurso habían insistido en lo mismo: en nuestro Derecho no existe una norma general atributiva de competencia judicial para estos casos, puesto que —como ya se ha expuesto— hasta entonces las escasas normas excepcionantes de la autotutela administrativa se habían encargado de atribuir esta competencia, *pero únicamente para los casos excepcionados*. En palabras de la sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete, «al no existir en la actualidad ninguna ley que, por regla general, confiera a los Juzgados la función de otorgar autorizaciones para la entrada en domicilios particulares cuando la Administración pretenda ejecutar sus propias decisiones, como ocurre en el caso de autos, no es posible encomendar a la autoridad judicial funciones como la pretendida».

Objeción que, según hemos visto, no es resuelta claramente por el Tribunal Constitucional, quien se limita a afirmar que sí que

existe tal competencia y que incluso puede corresponder a un juez no penal, pero sin decirnos exactamente cuál sea este juez competente.

La trascendencia práctica de esta duda puede imaginarse: cuando la Administración se dirige a un juez solicitando el mandamiento en cuestión puede recibir —y, de hecho, recibe— una respuesta negativa: el juez se niega a dar la autorización por considerarse incompetente para hacerlo y, con ello, la Administración queda bloqueada.

Así las cosas, la doctrina se ha esforzado desesperadamente durante unos años por encontrar a ese evanescente y teórico juez competente, que no aparecía por ninguna parte (17): de ordinario, y con muchas variantes y matizaciones, se rechazaba la presencia del juez penal, habida cuenta de que no se trata de delito alguno, pero ningún argumento decisivo podía aportarse a la hora de decidirse por el juez civil o por el contencioso-administrativo.

Habiéndose producido de esta manera una situación inadmisiblemente, ha tenido que cerrar el vacío el propio legislador, aprovechando la coyuntura de la publicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, en cuyo artículo 87.2 se dispone que «corresponde también a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, *cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración*».

Contra todo pronóstico doctrinal, el legislador se ha inclinado, por tanto, en favor del juez penal: solución que sesga o distorsiona el planteamiento del tema, que de ordinario nada tiene que ver con la jurisdicción criminal; pero que, al menos, ofrece una solución a la interrogante planteada —y no resuelta— por el Tribunal Constitucional.

En su consecuencia, y a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, ya no pueden los jueces de Instrucción inhibirse a la hora de otorgar los mandamientos de entrada o registro que se les soliciten, puesto que, al fin, ya existe en nuestro Derecho una norma atributiva de competencia judicial de carácter genérico; si bien es verdad

(17) Cfr., por ejemplo, las hipótesis de COLOM PASTOR, en *Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio*, en el núm. 40-41, 1984, de la «Revista Española de Derecho Administrativo», o PLAZA ARRIMADAS, en *La inviolabilidad del domicilio*, «Revista de Estudios de la Vida Local», 216, 1982.

que todavía quedan pendientes otras cuestiones, como, por ejemplo, quién es el juez competente a la hora de ejecutar sentencias de la jurisdicción civil o contencioso-administrativa.

4.3. *Facultades del juez.*

Resuelta la cuestión anterior, surge de inmediato otra segunda no menos importante: la de precisar las facultades del juez instado para que dicte el mandamiento de entrada o registro domiciliario.

El planteamiento práctico de este tema es muy sencillo: un órgano administrativo acude al juez competente (ahora ya sabemos que es el de Instrucción) con un acto administrativo, cuya ejecución desea llevar a la práctica y no puede hacerlo por sí mismo, dado que se trata de un domicilio. El juez de Instrucción ya no puede declararse incompetente, pero puede adoptar dos tipos de resoluciones: dictar la resolución solicitada o denegarla. Pero ¿con qué criterios?

Porque si, para dictar o para denegar, va a dar por bueno el acto administrativo que se le ha presentado, su función es meramente «automática» y el mandamiento se convierte en un mero trámite, con el que lo único que se consigue es retrasar la ejecución administrativa. Pero si, por el contrario, analiza y enjuicia el acto administrativo que se le ha presentado, entonces nos encontraríamos con un juez penal que entra a conocer cuestiones reservadas a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y si de lo que se trata es de un acto administrativo que ya ha sido revisado por los Tribunales contencioso-administrativos (como era el supuesto de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1984), entonces nos encontraríamos con una situación todavía más pintoresca: un juez de Instrucción que no sólo enjuicia un acto administrativo, sino que enjuicia las decisiones del Tribunal Supremo.

La alternativa, en suma, no puede ser más desoladora: o se convierte la intervención del juez de Instrucción en un trámite automático y ritualista, burla de la justicia, o se produce un quebrantamiento frontal del orden de jurisdicciones. Por ello, nada tiene de extraño que, en el repetido caso de autos, tanto la Audiencia Territorial de Albacete como el Tribunal Supremo terminaran negando la existencia de esa intervención judicial intermedia, que luego el Tribunal Constitucional declarararía inexcusable.

Todas estas dificultades no son, desde luego, ignoradas por el Tribunal Constitucional, dado que los recurrentes se han encargado de plantearse las una y otra vez, forzándole a pronunciarse sobre el particular.

La sentencia de 17-10-1985 aborda la cuestión en términos minuciosos, aunque poco convincentes: «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 mandamiento de entrada en un domicilio. Quiérese decir que, no obstante permitir la dicción legal y reglamentaria entender que la autoridad judicial actúa de un modo que podría calificarse como automático, ello no puede ser así, línea por la que discurre una norma contenida en la ya vigente Ley Orgánica del Poder Judicial».

Lo cual no resulta demasiado esclarecedor, a decir verdad; pero, aun así, el tema no es irresoluble, ni mucho menos, puesto que puede encontrarse con relativa facilidad una solución intermedia que supere la (falsa) alternativa que hasta ahora ha venido planteándose.

Si partimos de la base de que el juez de Instrucción, a la hora de otorgar o conceder el mandamiento de entrada o registro, no puede limitarse a conducirse como un autómatas, puesto que ello convertiría el trámite en un rito carente de significado, ni tampoco puede enjuiciar el acto administrativo que se le ha presentado, puesto que ello rompería el orden legal de jurisdicciones, la conclusión no puede ser sino ésta: *a él corresponde valorar si lo que se le solicita (es decir, la orden de entrada) está en consonancia y se ajusta a los fines del acto cuya ejecución se pretende*. Nada más, pero, desde luego, nada menos.

Con lo cual se consigue evitarle el desairado e inadmisibles papel de autómatas, sin que tampoco pueda decirse que ha entrado a revisar el acto administrativo exhibido. Más todavía: con esta función se responde exactamente a la teleología del precepto constitucional, que no es otra que la de velar por que no se produzcan entradas do-

miciliarias arbitrarias. Esto es cabalmente lo que quiere la Constitución. Porque la Constitución no prohíbe las entradas domiciliarias. Bien mirado, lo que prohíbe son las entradas domiciliarias arbitrarias, entendiendo por tales las practicadas directamente por la Administración. En palabras muy simples: la Constitución no se fía de la Administración, pero sí de los jueces, aunque nunca ha pretendido romper con este control judicial el orden de jurisdicciones. Por ello, el control ha de limitarse a la comprobación de la funcionalidad de la entrada que se solicita.

Con unos ejemplos podrá entenderse mejor lo que se está diciendo. Decretado administrativamente el embargo de unos bienes y solicitado el mandamiento de entrada, el juez de Instrucción puede, y debe, comprobar si la entrada domiciliaria está justificada por la presencia de los bienes embargables en el domicilio del deudor: si es así, accederá a ello, y si los bienes se encuentran en otra parte, deberá rechazar la petición, por considerarla no ajustada a los fines del acto y, por ende, arbitraria.

Otro ejemplo: ordenada administrativamente la demolición de un edificio y solicitado el correspondiente mandamiento, el juez de Instrucción valorará si el edificio que ha de derribarse coincide o no con el domicilio del afectado, resolviendo en consecuencia.

Nótese, en consecuencia, que en ambos supuestos el juez de Instrucción no valora el acto administrativo que va a impugnarse, pero tampoco es un autómatas, puesto que ha de velar por la *relación necesaria* que ha de mediar entre el acto en cuestión y la entrada en el domicilio del particular. Esto es lo que la doctrina administrativa denomina «línea directa de continuación del acto», es decir, que la ejecución de los actos administrativos ha de suponer una continuación directa del acto ejecutado, en cuanto que no puede añadir ni quitar nada de lo en él previsto ni alterar su contenido (18).

Conviene advertir, por último, que la tesis que aquí se sostiene no es original del firmante, sino que se encuentra avalada por la autoridad del Tribunal Constitucional, quien en el último párrafo del Fundamento Jurídico tercero de su sentencia, tantas veces citada, de 17-2-1984 ha declarado lo siguiente: «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 some-*

(18) Cfr., a tal propósito, SAINZ MORENO, *Sobre la ejecución en línea directa de continuación del acto y otros principios de la coacción administrativa*, en el núm. 13, 1977, de la «Revista Española de Derecho Administrativo».

te a su juicio, ciertamente, una valoración de la acción de la Administración, pero si la necesidad justificada de la penetración en el domicilio de la persona.»

Tal es, en sustancia, la facultad del juez de Instrucción requerido: comprobar si la entrada cuya autorización se le ha solicitado se encuentra necesariamente justificada para lograr la ejecución del acto administrativo, cuyo contenido él no enjuicia.

4.4. *Un problema teórico: acto administrativo resolutorio, acto administrativo de ejecución y ejecución material.*

Antes de seguir adelante conviene que nos detengamos para analizar un problema aparentemente teórico, pero que en la sentencia tiene una desmesurada importancia, habida cuenta de que sirve de presupuesto a toda su fundamentación y que, además, ha dado pie a un voto particular disidente suscrito por el Magistrado señor RUBIO LLORENTE. Tal como se ha dicho antes, la sentencia del Tribunal Constitucional de 17-2-1984 ha encontrado una fuerte crítica doctrinal; pero no se trata sólo de eso: es que la misma no fue dictada por unanimidad, sino que viene acompañada de un voto disidente, centrado cabalmente en el punto que ahora pasamos a analizar.

La argumentación del Tribunal parte de una distinción tajante entre el acto administrativo resolutorio, el acto administrativo ordenando la ejecución del mismo y los actos materiales de tal ejecución. El Tribunal Constitucional confirma la legalidad de los dos primeros, pero declara la inconstitucionalidad de las medidas materiales a través de las cuales se llevó a efecto la ejecución indicada. Distinción que no acepta el Magistrado disidente, quien así lo hizo constar de forma prolija:

«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.

El juicio negativo que en la sentencia se hace sobre la ejecución del desalojo se alcanza sólo merced a esta artificial desvinculación entre ella y el acuerdo que la ordena, pues sólo así es posible considerarla como una entrada en el domicilio de la recurrente sin autorización de ésta y sin mandamiento judicial. No es discutible que la acción de oficio de la Administración no legitima ninguna violación de los derechos constitucionalmente garantizados y que la acomodación de este privilegio en el orden constitucional plantea problemas delicados. En el presente caso, no obstante, no hay, en mi opinión, sombra de tal problema. La Administración no acordó la entrada en el domicilio de la recurrente, sino que la requirió para que lo desalojase. Frente a tal requerimiento, la recurrente pudo solicitar el amparo judicial, como efectivamente hizo, e impetrar del Juez la suspensión del acto que consideraba lesivo. Si no efectuó tal solicitud o habiéndola efectuado no le fue otorgada, no había obstáculo alguno a la ejecución del acto; el derecho a la inviolabilidad del domicilio quedó suficientemente asegurado y no se adivina qué protección adicional de sus derechos habría obtenido si hubiera logrado de la Administración la exhibición de un mandamiento expedido por otro Juez carente de competencia para controlar la legalidad de la actuación administrativa. La ejecutoriedad del acuerdo administrativo de desalojo no implica contradicción alguna con el derecho a la inviolabilidad del domicilio de quien, como en el presente caso sucede, fue notificado de tal acuerdo y tuvo la posibilidad de buscar y obtener frente a él el amparo judicial.»

Esta misma postura es la que ha adoptado luego LÓPEZ RAMÓN (19), para quien la distinción entre el acto ordenando la ejecución y la realización material de ésta únicamente tiene sentido si la ejecución material se desvía del acto ordenador de ella, pero no si se mantiene dentro de los límites de lo ordenado. En resumen: «no se alcanza a comprender por qué siendo inconstitucional la medida fáctica, no lo es el acto que la ampara... Creo que resulta

(19) *Ob. cit.*, págs. 498-504.

sorprendente afirmar, como hace el Tribunal Constitucional, la legitimidad de una orden de desalojo y la ilegitimidad del desalojo llevado a efecto en cumplimiento de la orden. Si existía una violación del domicilio, debió imputarse a todo acto que directamente negara el derecho de la recurrente a mantener su domicilio. Sólo cuando el contenido de la decisión intelectual haya sido innovado por la actuación material tiene sentido imputar a ésta una infracción jurídica no advertible en aquélla». Tesis que el autor reafirma a la vista de la jurisprudencia constitucional italiana, que transcribe.

De acuerdo, entonces, con esta interpretación, habría que entender que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio queda satisfecho cuando se ofrece al particular la posibilidad de que acuda al juez para que intervenga e impida una entrada en su domicilio ordenada por la Administración. Pero si el particular hace dejación de sus derechos o si el juez, al intervenir, confirma la legalidad de la entrada, con ello se cumplen las garantías establecidas en el artículo 18.2 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, no ha compartido estos razonamientos, utilizando otros no menos convincentes. 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 fáctica en el domicilio de un particular, y el Tribunal Constitucional se ha limitado a ser consecuente con el precepto constitucional. Repetidas veces se ha criticado la dureza y el rigor de la sentencia, pero no hay que olvidar que es una mera consecuencia de la letra de la Constitución. El rigorismo no viene, por tanto, apurando las cosas, del Tribunal Constitucional, sino de la Constitución, que a todos resulta forzoso aceptar. Lo criticable es, en definitiva, la letra del artículo 18.2, en el que no se establecen distingos ni salvedades de ninguna clase, y así se puso de relieve en las discusiones parlamentarias de su elaboración, como se ha recordado en el epígrafe II. Pero, una vez que las críticas fueron rechazadas en el Parlamento y que se aprobó el texto vigente, no queda más remedio que aceptar la distinción impuesta luego por el Tribunal Constitucional.

Así las cosas, podría encontrarse una salida al problema con el siguiente razonamiento: existen actos administrativos cuya ejecución presupone necesariamente una entrada domiciliaria (por ejemplo, la orden de demolición de una vivienda o la orden de inspección de unos ascensores); circunstancia que no se da en otros actos (como sucede con una multa). En el primer caso, y dado que la entrada está ya prevista en el acto, la realización de la misma, en fase de ejecución, está en «línea directa» con el acto, o sea, que entre uno y otra no hay solución de continuidad. En el segundo caso, en cambio, la entrada domiciliaria no es consecuencia necesaria del acto, de cuyo contenido no forma parte (la efectividad de la multa no lleva consigo siempre el apremio sobre el patrimonio, e incluso, caso de tener éste lugar, pueden trabarse bienes ajenos al domicilio); la entrada domiciliaria tiene aquí, por tanto, un significado muy distinto, por lo que puede entenderse que supone una «desviación», aunque sea legítima, del acto. Entre éste y su ejecución no hay, pues, «línea directa», sino solamente indirecta o no necesaria. Si esta conjetura fuera acertada, habría que llegar a la conclusión de que los supuestos descritos precisarían de un tratamiento jurídico distinto en lo que se refiere al punto que estamos examinando. Y, por lo mismo, el error de esta jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional consistiría en no haberse percatado de la desigualdad de figuras, pasando por alto que el acto de orden de derribo —adoptado con todas las garantías administrativas y jurisdiccionales imaginables— llevaba consigo por naturaleza una entrada domiciliaria en fase de ejecución.

Concluyendo: el orden lógico de un procedimiento supone una conexión indisoluble entre el acto administrativo resolutorio, el acto administrativo de ejecución y la realización material de ésta; conexión necesaria que justifica incluso el que el juez pueda intervenir para restablecerla, cuando la orden de ejecución se desvía del acto resolutorio previo o cuando la realización material se desvía de la orden de ejecución. Tal es el supuesto ordinario. Ahora bien, cuando la ejecución material implica la entrada en un domicilio particular, entonces, *y por imperativo expreso de la Constitución*, ya no opera el principio anterior y, aunque parezca ilógico, se produce una desconexión en la cadena procedimental y se exige la presencia del juez para legalizar —o, mejor dicho, para constitucionalizar— esa ejecución material que afecta a un derecho fundamental de los ciudadanos. En otras palabras: cuando se trata de la entrada en

un domicilio, el acto administrativo ordenando la ejecución es un acto de efectos incompletos, puesto que para su realización material precisa del complemento de la resolución judicial adicional. Este mecanismo no está libre, desde luego, de críticas personales; pero resulta de aceptación inexcusable al haber sido impuesto por la propia Constitución.

4.5. *Reacción legislativa.*

Sin necesidad de volver a insistir en la crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional, el hecho es que la doctrina en ella sentada ha producido efectos devastadores en la práctica administrativa, puesto que los particulares, atrincherados en su derecho, suelen bloquear con éxito la acción de la Administración incluso en aquellas áreas que más afectan al interés público.

Entre unas cosas y otras, la Administración se encuentra «asediada», en la acertada expresión de MARTÍN DEL BURGO (20): una Administración a la que, por un lado, se le encomienda la defensa de los intereses públicos y, por otro, se le imponen toda clase de cortapisas.

El tema es preocupante. Porque, aun admitiendo la corrección y la autoridad del Tribunal Constitucional, el hecho es que la Administración se encuentra indefensa, hasta tal punto que la alarma ha llegado al propio legislador. De aquí que estén apareciendo últimamente determinadas normas con objeto de dar salida a una situación insostenible.

Antes se ha aludido al trascendental artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que tanto ha de contribuir al esclarecimiento del panorama presente. Pero no se trata sólo de eso: la legislación local ha reaccionado también vivamente con la intención de dotar a los entes locales de medios jurídicos de efectividad. Una reacción que, como veremos inmediatamente, quizás haya sido excesiva; pero no hay que olvidar que la sentencia de 17-2-1984 ha colocado a los Ayuntamientos en un estado de indefensión real absoluta.

El reciente Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, es una buena

(20) *La Administración asediada*, en el núm. 100-102, I, 1983, de esta REVISTA; cfr., igualmente y por extenso, NIETO, *La organización del desgobierno*, 1985.

prueba de lo que estamos diciendo. En él, desarrollando el artículo 71 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, se establecen unos enérgicos mecanismos de autotutela, cuya reiteración —que llega a la machaconería— delata la sensibilidad que provoca el tema y la irritación que ha levantado la sentencia del Tribunal Constitucional. Para comprobarlo —y limitándonos al desahucio administrativo, en el que la entrada del domicilio es más que probable— basta recordar los siguientes preceptos:

«La extinción de derechos sobre bienes... se efectuará por las Corporaciones, *en todo caso, por vía administrativa, mediante el ejercicio de sus facultades coercitivas*» (art. 120).

«La competencia y el procedimiento para disponer el desahucio y llevar a cabo el lanzamiento, tendrán carácter administrativo y sumario, y la competencia *exclusiva de las Corporaciones locales impedirá la intervención de otros Organismos* que no fueren los previstos en el presente título, *así como la admisión de acciones o recursos por los Tribunales ordinarios*» (artículo 122).

«1. Si a pesar del requerimiento que se dirigiere a quienes ocuparen el inmueble expropiado, con título o sin él, no lo desalojaren dentro de los respectivos plazos, la Corporación procederá, por sí, a ejecutar el desahucio por vía administrativa. 2. Dentro de los ocho días siguientes a la expiración del plazo concedido, según el artículo anterior, sin que el interesado hubiere desalojado el predio, *vivienda* o local de negocio, el Presidente de la Corporación le apercibirá de lanzamiento en el término de otros cinco. 3. *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*» (art. 130).

5. *Efectos de la nueva regulación constitucional*

No vamos a referirnos aquí —por sobradamente conocidos— a los efectos generales de la norma constitucional ni a los específicos de los derechos fundamentales, tal como aparecen en el artículo 53, sino a los propios de la regulación constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que es lo que en concreto nos interesa:

A) Por lo pronto, subsisten en nuestro ordenamiento jurídico los tradicionales efectos penales que se derivan de este tema en la doble vertiente del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo original del momento presente estriba, con todo, en que la inviolabilidad del domicilio, conservando su naturaleza penal, ha desbordado ya este ámbito al haberse constitucionalizado. El derecho a la inviolabilidad del domicilio, que antes estaba protegido por la legislación penal, ahora se encuentra protegido, además, por la Constitución de manera sustantiva y, en cierto modo, independiente de lo anterior. Y si bien es cierto que la Constitución no ha podido desprenderse de una indudable coloración penalista (ratificada en el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), es claro que se trata de mecanismos jurídicos perfectamente diferenciados.

B) La consecuencia más llamativa de esta constitucionalización del tema consiste en la vinculación del legislador al respeto a tal derecho. El respeto a la inviolabilidad del domicilio vincula al legislador —y, por supuesto, a las normas reglamentarias—, de tal manera que ya no cabe dictar leyes que desconozcan o restrinjan este derecho, y se han convertido en inconstitucionales las normas preconstitucionales que así lo hacían. La trascendencia práctica de este principio nos es conocida: a su amparo, el Tribunal Constitucional ha vaciado parcialmente de contenido a una Ley tan firmemente arraigada entre nosotros como es la de Procedimiento Administrativo, deteriorando una de las columnas más firmes del Derecho administrativo tradicional, es decir, el principio de la autotutela y de la autoejecución de los actos administrativos. Y también es posible que, amparándose en lo mismo, pueda algún día anular el Tribunal Constitucional normas reglamentarias futuras que afecten al derecho constitucional indicado.

C) Por otro lado, la Constitución vincula también a la Administración. O sea, que la Administración ya no puede proceder a la

entrada o registros domiciliarios sin necesidad de que haya una norma que se lo prohíba y sin que pueda basarse para ello en una norma, cualquiera que sea su rango, que se lo autorice. Nótese bien que este efecto es distinto al penal. El Código penal no prohíbe nada: sencillamente se limita a punir al transgresor de sus normas. La Constitución, en cambio, está prohibiendo determinadas conductas a la Administración y a sus funcionarios. Una entrada domiciliaria sin ajustarse a los requisitos de la Constitución será siempre inconstitucional, pero no necesariamente penalmente antijurídica: la conocida sentencia de 17-2-1984 nos ofrece un ejemplo expreso de ello. Además, y desde esta perspectiva, el Código penal se refiere a los funcionarios, mientras que la Constitución tiene aquí como destinatarios a los órganos administrativos. Los efectos de la transgresión penal recaen sobre los agentes materiales de la acción, a los que personalmente se condena. Los efectos de la transgresión constitucional superpuesta producen la anulación de los efectos jurídicos, la reposición material de los hechos (al menos cuando esto sea posible por la naturaleza de lo sucedido), en su caso la responsabilidad de la Administración y, en último extremo y en determinadas circunstancias, la responsabilidad civil de los agentes. La distinción de niveles no puede ser, pues, más clara.

D) Existe, por último, otro efecto que suele ser pasado por alto y sobre el que conviene insistir por su trascendencia práctica en los registros de índole policial: las pruebas ilícitamente obtenidas (es decir, a través de un registro domiciliario inconstitucional) pueden carecer de valor —como si no existieran— en un subsiguiente proceso penal o procedimiento administrativo sancionador. Así lo ha advertido el Tribunal Constitucional en su sentencia de 29-11-1984, que, por las razones indicadas, conviene transcribir en lo sustancial:

«Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico... En realidad, el problema de la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía —por el ordenamiento en su conjunto— de las situaciones jurídicas

subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.»

En definitiva, todo esto significa que si, impulsados por su celo, los agentes administrativos penetran en un domicilio, sin cumplir los requisitos constitucionales, con objeto de lograr pruebas concluyentes de una infracción administrativa, corren el riesgo cierto de: *a)* incurrir en responsabilidad penal personal; *b)* provocar una sentencia condenatoria de la Administración, que anule lo ejecutado, y *c)* la inutilidad de las pruebas así obtenidas.