

**LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ
PARA LA DEFENSA DEL DOMICILIO
¿Y TAMBIÉN DE LA PROPIEDAD?**

Francisco López Menudo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO

- I. JUSTIFICACIÓN DEL PRESENTE ESTUDIO
- II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.
- III. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL PROBLEMA:
 - A. SENTENCIAS QUE SE CIÑEN A LA PROTECCIÓN DEL DOMICILIO.
 - B. SENTENCIAS QUE EXTIENDEN LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ A LUGARES DISTINTOS DEL DOMICILIO.
 - C. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES “ACRÍTICAS”
- IV. EL ARTÍCULO 87.2 DE LA LOPJ. NECESIDAD DE RECONSTRUIR LOS ORÍGENES DEL PRECEPTO Y SU SENTIDO.
 - A. EL DERECHO A LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO. LAS BASES ESTABLECIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
 - 1. Los pronunciamientos iniciales sobre el artículo 18.2 CE.
 - 2. El fundamento de la inviolabilidad del domicilio.
 - 3. El *criterium* determinativo del “domicilio constitucional”.
 - a) Edificios o lugares que se encuadran en el concepto de domicilio constitucional
 - b) Lugares y espacios no calificables como domicilio
 - B. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 87.2 DE LA LOPJ.
- V. EL DESCONCIERTO SOBREVENIDO: SUS CAUSAS:
 - A. LA CHOCANTE AMBIGÜEDAD DEL ARTÍCULO 87.2 LOPJ. CONCLUSIONES SOBRE SU ALCANCE
 - B. LOS BANDAZOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.
 - 1. Jurisprudencia que se atiene estrictamente al concepto de domicilio constitucional
 - 2. Jurisprudencia que admite la existencia de dos ámbitos distintos precisados de la autorización judicial
 - 3. Las sentencias que eluden el problema.
 - C. LA DIVISIÓN DE LAS POSTURAS DOCTRINALES
- VI. ELEMENTOS MUY A TENER EN CUENTA A LA HORA DE SENTAR CONCLUSIONES SOBRE EL PROBLEMA
 - A. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
 - B. RESPUESTA DE LA LEGISLACIÓN POSTERIOR A LA LOPJ.
- VII. REFLEXIONES FINALES.

I. JUSTIFICACIÓN DEL PRESENTE ESTUDIO

Desde que el Tribunal Constitucional dictara la Sentencia 22/1984 de 17 febrero, en la que más adelante nos detendremos, han sido muy numerosos los estudios doctrinales y los comentarios jurisprudenciales que se han venido produciendo, muy especialmente sobre las sentencias del Tribunal Constitucional, decisivas en este caso para definir los contornos de la garantía de la inviolabilidad del domicilio y perfilarla en lo que atañe a la necesaria autorización judicial cuando la Administración pretende acceder al domicilio por la fuerza. El artículo 87.2 de la LOPJ – actualmente 91.2 desde la reforma de 1998- que es el correlato del artículo 18.2 CE donde se proclama la inviolabilidad del domicilio, ha sido uno de los preceptos del ordenamiento jurídico más presentes en la doctrina y en las resoluciones judiciales de los últimos años.

Así, junto a los estudios que los especialistas del Derecho civil han dedicado desde siempre al concepto de domicilio de los artículos 40 y 41 del Código, los que la doctrina penalista ha debido realizar necesariamente en todo tiempo sobre el delito de allanamiento de morada y su violación por los funcionarios públicos, y los que los autores del Derecho procesal han referido a los no pocos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que versan sobre las entradas y registros domiciliarios ordenados por los órganos judiciales, han venido a sumarse, desde el momento de la

irrupción de la Constitución de 1978 y muy especialmente desde la sentencia constitucional antes referida, infinidad de trabajos enfocados desde ramas del derecho muy distintas. Como es lógico, han irrumpido en el estudio de la garantía los constitucionalistas y particularmente la doctrina del Derecho Administrativo, dada la incidencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio en las “entradas administrativas” en edificios o lugares que tengan la consideración de domicilio.

Así, lo publicado al respecto en los últimos años (dejando al margen los abundantes estudios de siempre sobre el allanamiento de morada y las entradas y registros ordenadas por el juez penal), pueden citarse estudios referidos al domicilio mismo como objeto de la garantía¹ y la extensión de este derecho al domicilio de las personas jurídicas²; a la evolución histórica de la garantía desde la perspectiva del constitucionalismo o desde su tratamiento por los sucesivos Códigos penales³; a la

¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “El concepto de domicilio en relación con los requerimientos y las notificaciones notariales: un estudio histórico”, *Revista jurídica del notariado*, nº 59, 2006, págs. 9-90. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “Perspectiva constitucional del domicilio”, *Estudios de derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García* / coord. por Teodora Felipa Torres García. Valladolid: Universidad, Derecho. 2004, págs. 369-390. FAIREN GUILLEN, Víctor: “Algunas ideas básicas sobre la ‘entrada y registro en domicilio’ (del artículo 21 de la Ley 1/1992 de protección de la seguridad ciudadana de 21 de febrero)”, *Revista de derecho procesal*, nº 1, 1993, págs. 11-60. GARCÍA MACHO, Ricardo: “La inviolabilidad del domicilio”, *Civitas, REDA*, nº 32, 1982, págs. 855-866. LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda de: “Entrada y registro en domicilio: concepto de domicilio y de delito flagrante (TS 2ª S 824/1999, de 19 mayo)”, *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, nº 3, 2000, págs. 387-390. MAGRO SERVET, Vicente: “Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 2002, págs. 1764-1771. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio: “Delitos contra la inviolabilidad del domicilio”, *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Profesor Doctor Enrique Casas Barquero*, direc. Juan J. González Rus. Córdoba: Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones, 1997. SÁNCHEZ MELGAR, Julián: “La entrada y registro en domicilio de particulares: análisis doctrinal y jurisprudencial”, *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. 2, direc. Miguel Zugaldia Espinar, págs. 1433-1460.

² BENAVIDES VELASCO, Patricia: “Las sociedades mercantiles como titulares del derecho a la inviolabilidad de domicilio”, *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, nº 216, 2006, págs. 1-22. COLLADO GARCÍA LAJARA, E.: “Los derechos fundamentales de las personas jurídico privadas a la inviolabilidad del domicilio y a la defensa en la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Revista de Estudios e Investigación de las Comunidades Europeas*, nº 14, 1990, pág. 166. GÓMEZ AMIGO, Luís: “Derecho a la inviolabilidad del domicilio: Concepto constitucional de domicilio de las personas jurídicas (TC 2ª S 69/1999, de 26 abril)”, *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, nº 2, 2000, págs. 231-239. PRETEL SERRANO, Juan José: “Nacionalidad y domicilio de la sociedad anónima”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 30, 1, 1991, págs. 179-224. PULIDO QUECEDO, Manuel: “La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas (nota sobre la STC 69/1999, de 26 de abril)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 1, 1999, págs. 1701-1738. QUINTANA LÓPEZ, Tomás Alberto: “Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 229, 1986, págs. 145-152.

³ ARIAS EIBE, Manuel José: “La inviolabilidad del domicilio: dimensión constitucional y protección penal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 2001, págs. 1643-1668. CABEZUDO BAJO, María José: *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*. Madrid: Iustel, 2004. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, Esther: “Antecedentes históricos de la violación de domicilio”, *El derecho penal: de Roma al derecho actual: VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho Romano, celebrados en Alicante, en 2004* / coord. por M. Aránzazu Calzada González, Fermín Camacho de los Ríos, 2005, págs. 201-214. PASCUAL LÓPEZ, Silvia: *La inviolabilidad del domicilio en el derecho español*, Madrid: Dykinson, 2001, pág. 193. “La inviolabilidad del domicilio en la revolución iusnaturalista de 1869”, en *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luís García San Miguel* / coord. por Virgilio Zapatero Gómez, Vol. 2, 2002, págs. 609-620. “La inviolabilidad de domicilio en la Constitución de 1869”, *Revista de derecho político*, nº 55-56, 2002 (Ejemplar dedicado a: El sexenio revolucionario. La constitución española de 1869), págs. 453-472. “El domicilio como garantía de la libertad en la Constitución de 1812 y como expresión de la seguridad en la Constitución de 1837”, BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, nº 24, 2004, págs. 61-78. SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén: “El delito contra la inviolabilidad del domicilio: rasgos característicos de su evolución histórica”. *Studia Carande: Revista de ciencias sociales y jurídicas*, nº 4, 1, 1999, págs. 293-327.

influencia de las normas europeas sobre derechos humanos y su jurisprudencia⁴; al estudio del fundamento ínsito en el artículo 18.2 CE, es decir, de los valores que dicho precepto protege o garantiza⁵; al impacto que tal garantía ha producido en la regla de la ejecutoriedad de los actos administrativos⁶; al difícil problema de compatibilizar la garantía constitucionalizada con los poderes de inspección y vigilancia inherentes a la función administrativa de velar por los intereses generales⁷; y, desde luego, a la cuestión del juez competente para otorgar la autorización preceptiva –cuestión que en la actualidad se encuentra ya superada-⁸; a la extensión y límites de su poder de cognición, como tal juez defensor del domicilio, frente a lo que es objeto de la *litis* o asunto principal y a sus facultades y deberes a la hora de fiscalizar la procedencia o no de la entrada y fijar las condiciones de la eventual autorización⁹. Ocioso es decir que muchos estudios o comentarios

⁴ BARRENECHEA DE CASTRO, Juan José: “El derecho a la vida privada y familiar, respeto al domicilio y al secreto de la correspondencia”, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, nº 5, 2000 (Ejemplar dedicado a: Especialización en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos. Presente y futuro del Ministerio Fiscal: apuntes para la reforma de su estatuto), págs. 95-118. CATALÀ I BAS, Alexandre H.: “El derecho al respeto del domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista General de Derecho*, nº 631, 1997, págs. 3619-3636. GEUS, Jean-Claude: “La protección del derecho al respeto de la vida privada, de la vida familiar, del domicilio y la correspondencia”, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 1993, págs. 249-306. LÓPEZ BASAGUREN, Alberto: “La interpretación divergente entre el TEDH y el TJCE sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas (a propósito de la jurisprudencia reciente)”, *Civitas. Revista española de derecho europeo*, nº 5, 2003, págs. 183-210.

⁵ ARAGÓN REYES, Manuel: “La inviolabilidad del domicilio (Comentario al libro de Francisco Javier Matia Portilla: El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio)”, *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 18, nº 54, 1998, págs. 349-355. ESPÍN TEMPLADO, Eduardo: “Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 8, 1991, págs. 39-53.

⁶ DÍAZ DELGADO, José: “La autotutela ejecutiva; la inviolabilidad del domicilio y la intervención judicial”, *Poder Judicial*, nº 16. LÓPEZ RAMÓN, Fernando: “Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 225, 1985, págs. 31-78. LÓPEZ RAMÓN, Fernando: “Límites constitucionales de la autotutela administrativa”, *RAP*, nº 115, enero-abril 1988, págs. 57-97. MACÍAS CASTAÑO, José María: El desahucio administrativo: la problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional”, *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, nº 127, 2005, págs. 489-517. NIETO GARCÍA, Alejandro: “Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria”, *RAP*, nº 112, enero-abril, 1987, págs. 7-60. PLAZA ARRIMADAS, Lorenzo: “La inviolabilidad del domicilio”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 216, 1982, págs. 687-706. QUINTANA LÓPEZ, Tomás Alberto: “La autorización judicial: garantía de la inviolabilidad del domicilio y límite de la ejecución forzosa de los actos administrativos”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 224, 1984, págs. 543-548. SOSA WAGNER, Francisco: “Ejecución forzosa e inviolabilidad del domicilio: sentencia de la Audiencia territorial de Burgos de 23 de octubre de 1975”, *Civitas, REDA*, nº 14, 1977, págs. 481-487.

⁷ AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: “La coacción administrativa directa en el ámbito de la inspección de consumo. Límites en el acceso a los locales a inspeccionar”, *REDA* nº 69, 1991. FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: “El derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la actuación inspectora”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 17, 2000, págs. 219-256. GÓMEZ OREA, Manuel: “El derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 1991, págs. 1387-1395. ROJÍ BUQUERAS, José María: “El derecho a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de los órganos de la Inspección de los Tributos (Un estudio a propósito de la nueva Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio). *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Año nº 16, nº 1, 2000, págs. 607-664.

⁸ ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María: “La ejecución forzosa de los actos de la Administración pública y la autorización judicial para la entrada en el domicilio, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 386, 1999, págs. 1-11. LÓPEZ FONT MÁRQUEZ, José Francisco: “El juez de instrucción como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la Administración”, *RAP*, nº 130, 1993, págs. 249-256. PECES MORATE, Jesús Ernesto: “La ejecución administrativa y la inviolabilidad del domicilio”, *Poder Judicial*, nº 13, 1984.

⁹ ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, César: “La autorización judicial para la entrada en domicilios particulares en ejecución de actos administrativos”, *La Ley*, nº 2173, 1989-1, págs. 1037 y ss. FRÍAS LÓPEZ, Alejandra: “Las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio”, en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 6, 2000, págs. 29-64. GIÓN SUÁREZ, Carlos: “La protección de la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución administrativa: artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *La Constitución y la práctica del derecho* / coord. por Julián Martínez-

doctrinales, aunque surgidos al hilo de la aparición de alguna sentencia relevante¹⁰, suelen tratar varios o incluso todos los aspectos antes enunciados así como otras facetas añadidas, tales como el procedimiento para la obtención de la autorización o el análisis de los distintos supuestos en que la Administración se puede ver precisada de acceder a un domicilio por la fuerza, o a otros lugares distintos del domicilio. Y, por supuesto, no faltan monografías dedicadas al estudio de la garantía en todas sus vertientes¹¹.

A la vista de tan prolija dedicación doctrinal al tema, lógico será preguntarse qué sentido y utilidad tenga un trabajo como el presente, qué pueda tener de interés o de novedad sobre asunto tan trillado. Pues bien, creemos que hay dos buenas razones para ello.

La primera de ellas es estrictamente objetiva. La situación actual de la institución es absolutamente incierta al menos en uno de sus aspectos: el del ámbito material sobre el que recae el deber de la Administración de proveerse de autorización judicial para acceder a aquél contra la

Simancas Sánchez, Manuel Aragón Reyes, Vol. 2. Pamplona: Aranzadi, 1998, págs. 999-1014. GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: “El artículo 87.2 de la LOPJ: Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales”, *Actualidad Administrativa*, nº 44-45, diciembre, 1991. LÓPEZ AZCONA, María Aurora: “La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo”, *Aranzadi civil*, nº 1, 2001, págs. 1913-1944. SÁNCHEZ ISAC, Jaime: “La ejecución forzosa de los actos de la Administración y la inviolabilidad del domicilio en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo* / coord. por Manuel Aragón Reyes, 1985, págs. 561-576. SANZ GANDASEGUI, Francisco: “La ejecución de los actos administrativos que requieren la entrada en domicilio”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1688, 1993, 5 noviembre, págs. 5130-5140. VEGA TORRES, Jaime: “Autorización judicial para entrada en domicilio en procedimiento de recaudación de la Seguridad Social; límites de la Ley de Presupuestos: inconstitucionalidad del artículo 130 de la Ley General Tributaria”, *Civitas, Revista española de derecho del trabajo*, nº 61, 1993, págs. 789-800.

¹⁰ COLOM I PASTOR, Bartoméu: “Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio”, *Civitas, REDA*, nº 40-41, 1984, págs. 249-256. CHACÓN ORTEGA, Luís: “Recuperación de oficio de los bienes de las entidades locales y la entrada en el domicilio a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991 de 18 de julio”, *Revista de Estudios de la Administración local y autonómica*, nº 253, 1992, págs. 105-118. HAZA DÍAZ, Pilar de la: “Observaciones a una Sentencia del tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 1988, págs. 811-819. LAFUENTE BENACHES, Mercedes: “Reflexiones sobre la inviolabilidad del domicilio (a propósito de la STC 160/1991 de 18 de julio)”, *Civitas, REDA*, nº 73, 1992, págs. 79-88. MARCO MARCO, Joaquín J.: “La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas: la sentencia del Tribunal Constitucional 69/1999, de 26 de abril de 1999”, *Revista General de Derecho*, nº 664-665, 2000, págs. 117-124. MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “Delito flagrante e inviolabilidad del domicilio (Comentario a la STC 341/1993)”, *Revista Española de Derecho constitucional*, año nº 14, nº 42, 1994, págs. 197-217. MORILLO VELARDE DEL PESO, José Antonio y SÁNCHEZ DE LAMADRID Y AGUILAR, Carlos: “La garantía judicial de derechos concretos: la Administración, el domicilio y los interdictos”, *La Ley*, nº 1, 1989, págs. 1028-1036. PARDO FALCÓN, J.: “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española y la jurisprudencia del TC”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 34 enero-abril, 1972, págs. 172-173. VAQUER ALOY, Antoni: “Reclamación de cantidad. Domicilio: concepto; derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Colisión entre derechos fundamentales”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 31, 1993, págs. 157-164.

¹¹ ALONSO DE ANTONIO, A.: El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978, Madrid: Colex. 1993. BARCELONA LLOP, Javier: Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos, Santander: Universidad de Cantabria, Servicio de Publicaciones, 1995. CABEZUDO BAJO, María José: La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal. Madrid: Iustel, 2004. FUERTES SUÁREZ, J.L.: “Límites constitucionales de la autotutela administrativa”, Estudios en Homenaje al Prof. García de Enterría, Vol. III, págs. 2483 y ss. Madrid: Civitas, 1991. GARCÍA URETA, Agustín: El domicilio y su régimen jurídico, Bilbao: LETE, 2007. GÓMEZ GUILLAMÓN, Rogelio: “El artículo 87.2 de la LOPJ y la jurisprudencia del TC”, *Poder Judicial*, nº 23, 1991, págs. 73-85. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, 4ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2007, vol. II, págs. 2368 y ss. GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro: La inviolabilidad del domicilio. Madrid: Tecnos, 1992. LAFUENTE BENACHES, Mercedes: La ejecución de los actos administrativos por la Administración Pública. Madrid: Tecnos, 1991. MATIA PORTILLA, Francisco Javier: *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid: McGraw-Hill, 1997.

voluntad de su titular. Nótese que no nos estamos refiriendo al “domicilio”, o mejor dicho, no nos planteamos la cuestión de los límites del llamado “domicilio constitucional”. La cuestión relativa a dichos límites ha sido profusamente tratada y hoy día no tiene más complicación que la que pueda ofrecer en la práctica la incardinación o no de un determinado supuesto en dicho concepto. El problema verdadero e inquietante que en la actualidad se plantea es el de si, *de lege data*, existen edificios o lugares, además del domicilio, para cuya entrada la Administración precise de autorización judicial, como si de un domicilio se tratase. A nuestro juicio, esta cuestión no está ni mucho menos clara, como demostraremos seguidamente y, desde luego, se trata de un asunto al que la doctrina, a pesar de su abundancia, no le ha prestado una atención proporcionada a su gravedad.

Para calibrar la importancia del problema, bueno será recordar en primer término la garantía proclamada en el artículo 18.2 CE:

“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 dicción del precepto ha sido calificada como sumamente rígida en comparación con otros textos fundamentales tanto españoles como extranjeros, al petrificar en la propia Constitución las excepciones a la regla de la inviolabilidad y carecer de elasticidad alguna para hacer compatible la garantía con el principio de autotutela de la Administración que es propio del sistema administrativo que rige en España y se encuentra ínsito en el propio texto constitucional. Es obligado remitirse en este punto a las reflexiones formuladas en su día por los profesores LÓPEZ RAMÓN, F.¹² y NIETO GARCÍA¹³.

Ciertamente, la aparición del texto constitucional y sobre todo la emisión de la STC 22/1984 de 17 febrero, produjo una tormenta en la doctrina, enfrentando las posturas de quienes, de una parte, se lamentaban –como los autores más arriba citados– por la pérdida de las esencias del “sistema administrativo” con todas sus negativas secuelas; y de otra parte, los que apostaban por la plenitud de la garantía, es decir, por la intervención del juez en todo caso, incluidas las entradas en domicilio necesarias para la ejecución de actos administrativos. Algunos autores de este sector de opinión ya propugnaron el cumplimiento de esta garantía nada más aparecer la Constitución e

¹² Aparte de resaltar cumplidamente el papel central ocupado por el principio de autotutela en nuestro sistema administrativo, LÓPEZ RAMÓN discrepaba sobre la absoluta necesidad de autorización judicial para las entradas administrativas en domicilios, abogando por una interpretación flexible del artículo 18.2 CE que no cercenara de raíz las potestades administrativas, salvo cuando realmente estuviera en peligro la intimidad. Asimismo denunciaba la complicación a que se veía abocada la actuación administrativa, señalando que la generalización de la necesidad de obtener autorización para entrar en domicilio, convertiría al juez en “una máquina libradora de despachos rutinariamente”. El escaso entusiasmo que al autor le despertaba la nueva garantía se justificaba en buena medida a la luz de los casos hasta entonces resueltos por el Tribunal Constitucional: “en la STC 22/1984 el recurrente alegaba la inviolabilidad del domicilio para defender su propiedad; en el de la Sentencia 135/1985 para mantener ciertos intereses económicos en una suspensión de pagos; en el de la Sentencia 144/1987 para defender la libertad de información de una radio ilegal”. (“Inviolabilidad del domicilio...” cit. pág. 198 y “Límites constitucionales...” cit. pág. 97).

¹³ En la misma línea, Alejandro NIETO expone con viveza las disfunciones que puede generar la situación referida, la susceptibilidad de que el derecho a la inviolabilidad domiciliar sea ejercido abusivamente y en contra de la buena fe, demostrando la experiencia que 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; y 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. “Actos administrativos cuya ejecución...”, cit. pág. 14

incluso antes de su promulgación. Por tanto, los trabajos de algunos de estos son anteriores a la STC 22/1984 y otros posteriores a ella¹⁴.

Hay que destacar dos rasgos de esta primera etapa en la que tiene lugar la controversia señalada (década 1977-1986). El primero es que la discordia versa exclusivamente sobre el acceso al “domicilio”, esto es, que la pérdida de poder que la Administración sufriría y que se hallaba en discusión se contraía al domicilio y no a cualquier otro lugar que no fuera el domicilio. La hipótesis de que a la Administración le estuviera vedado entrar en la mera propiedad para ejecutar actos administrativos resultaba entonces inconcebible por los autores anteriormente citados, incluidos los más decididos defensores de la intervención del juez defensor del domicilio, como lo demuestra el hecho de que ninguno de ellos se refiriese a esta hipótesis, aun estando ya en vigor la LOPJ y su famoso artículo 87.2., con toda su equívocidad al respecto. Ciertamente, hay que situarse mentalmente en el tiempo preconstitucional para comprender que exigirle entonces a la Administración una autorización judicial para acceder a un domicilio era poco menos que una extravagancia¹⁵.

El segundo rasgo de esta etapa es que la citada polémica se produce sobre el telón de fondo del artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, entonces vigente; precepto potente, expresivo del privilegio de la ejecutoriedad, de eficacia prácticamente universal¹⁶.

Lo anterior significa que la promulgación de la LOPJ abre una nueva etapa y con ella un problema insospechado, pues la duda que sembrará el artículo 87.2 no será ya, como en la década anterior, si el principio de autotutela de la Administración prevalecía o no sobre el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, sino si además del domicilio, la Administración está obligada a proveerse de la oportuna autorización judicial para la entrada en cualquier otro edificio o lugar cuyo acceso dependa del consentimiento de su titular. Dicho en pocas palabras: si el poder ejecutorio de la Administración se vería frenado no sólo ante el derecho a la intimidad inherente al domicilio sino además, genéricamente, frente al derecho de propiedad. Esto quiere decir que el salto cualitativo que ha dado el problema que inicialmente se planteó ha sido espectacular, tanto como la paradoja de que este cambio no haya sido objeto de una atención doctrinal proporcionada a su envergadura.

La segunda buena razón para abordar este problema relativo al alcance del artículo 18.2 CE es de índole subjetiva. Este nuestro modesto trabajo está realizado en homenaje a Lorenzo MARTÍN RETORTILLO y está muy estrechamente vinculado a los desvelos de nuestro querido y

¹⁴ SOSA WAGNER, Francisco: “Ejecución forzosa e inviolabilidad del domicilio: sentencia de la Audiencia territorial de Burgos de 23 de octubre de 1975”, *Civitas, REDA*, nº 14, 1977, págs. 481-487. PLAZA ARRIMADAS, Lorenzo: “La inviolabilidad del domicilio”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 216, 1982, pág. 695. QUINTANA LÓPEZ, Tomás Alberto: “La autorización judicial: garantía de la inviolabilidad del domicilio y límite de la ejecución forzosa de los actos administrativos”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 224, 1984, págs. 543-548. QUINTANA LÓPEZ, Tomás Alberto: “Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 229, 1986, págs. 145-152. COLOM I PASTOR, Bartoméu: “Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio”, *Civitas, REDA*, nº 40-41, 1984, págs. 240-241.

¹⁵ Vid especialmente la experiencia contada al respecto por ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, C. “La autorización judicial para la entrada...”, cit. pág. 1037. Asimismo, GIÓN SUAREZ, C., “La protección de la inviolabilidad...”, cit. pág. 1005; BARCELONA LLOP, J., “Ejecutividad, ejecutoriedad...”, cit. pág. 508 y ss.

¹⁶ “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”

admirado profesor cuando en su papel de Senador, en el momento clave de la redacción del artículo 18.2. CE, puso a contribución su saber en aras de una redacción ponderada del precepto constitucional, cuya historia de su elaboración nos fue contada por él mismo, ya en 1984, en su obra “Materiales para una Constitución”¹⁷. Como podrá comprobarse en las páginas que siguen, el equilibrio por el que luchó entonces Lorenzo MARTÍN RETORTILLO se ha deshecho con el paso del tiempo, ya que en lo que toca al asunto que ahora nos ocupa hemos pasado del cero al infinito, o sea, desde estar la Administración excusada de solicitar del juez la entrada en los domicilios, a tener que proveerse de tal autorización para poder entrar prácticamente en cualquier parte, bandazo éste que habla por sí solo de una cierta desmesura, de un vuelco rotundo de la situación, que sólo podría aceptarse si así resultara categóricamente del ordenamiento jurídico; pero no parece que esto sea así, como veremos enseguida.

II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.

El artículo 18.2 CE, cuando irrumpió en nuestro ordenamiento jurídico, llevaba de la mano la posibilidad de que el concepto de domicilio fuese reformulado en consonancia con los valores que la Constitución consagra, y que fuese reconsiderado también ese privilegio administrativo, casi indiscutido por aquel entonces, de entrar en los domicilios coactivamente sin la venia o auxilio de un juez. Y todo ello se cumplió pocos años después con la aparición de la Sentencia 22/1984 de 17 febrero, objeto de mil y un comentarios doctrinales.

Como ya hemos apuntado más arriba, la Sentencia produce una fuerte reacción y tal suceso se produce precisamente cuando se elaboraba por el Gobierno el Proyecto de la LOPJ. Obvio es decir que sus redactores conocían la Sentencia y toda la polémica entonces existente sobre cuál debía ser el juez competente para autorizar las entradas administrativas, cosa que el Proyecto resolvió optando por los juzgados de instrucción. Lógico es suponer también que los redactores conocían el nuevo concepto –amplio- de domicilio acuñado por el Tribunal Constitucional y, por tanto, la imposibilidad de que la futura Ley manejase un concepto distinto. Pues bien, sin perjuicio de lo que más abajo diremos sobre el proceso parlamentario seguido por el precepto que nos ocupa, su texto final contenido en el artículo 87.2, fue el siguiente:

“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”.

Resulta chocante que un precepto de tanta importancia tenga una redacción tan presta a la controversia. Ciertamente, la norma es susceptible de dos interpretaciones básicas. Así, lo expuso en su día SANZ GANDESEGUI¹⁸ y lo exponemos aquí: “a) La primera postura que cabe adoptar es la de considerar que el artículo 87.2 LOPJ utiliza la palabra ‘domicilio’ con el mismo sentido y alcance que el artículo 18.2 de la Constitución, de manera que la expresión ‘los restantes edificios o

¹⁷ Edit. Akal, Madrid, págs. 100 y ss.

¹⁸ SANZ GANDESEGUI, Francisco: “La ejecución de los actos administrativos...”, cit., pág. 149. El pasaje transcrito procede del dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 30 julio 1990 (ref.: A.G. Servicios Jurídicos Periféricosn 9/90)

lugares' sería un plus añadido por la LOPJ que habría de entenderse referido a lugares que no tienen la condición de domicilio a efectos constitucionales; b) La segunda opinión estimaría que la palabra 'domicilio' se emplea por la LOPJ en un sentido mucho más restringido que en la Constitución y, por ello, ha sido necesaria la adición de la expresión 'restantes edificios, etc.' con el fin de ajustarse al amplio concepto constitucional".

Por tanto, en la primera de las hipótesis –a la que se adscribió dicho autor y con no poco éxito, a juzgar por el terreno que ha ido ganando su postura- “se trataría de proteger dos bienes jurídicos distintos: en el caso del domicilio, lo que se protege fundamentalmente es el derecho a la privacidad o intimidad de su titular; en el segundo caso lo que se protege más bien es el derecho de propiedad”. Como se ve la tesis está inscrita en un garantismo que no es preciso resaltar por evidente.

Hay una tercera vía interpretativa y es la de considerar que el artículo 87.2 LOPJ (actualmente 91.2) es una norma procesal y como tal sólo regula un aspecto adjetivo: la determinación del juez competente para otorgar la autorización. Tal es la opinión de MACÍAS CASTAÑO quien sostiene que dicho precepto no regula el régimen de la actividad de ejecución de los actos administrativos; o sea, que no establece que para entrar en un domicilio o en otros lugares sea necesaria una autorización judicial, sino que cuando esa autorización sea necesaria, el competente para conocer de ello será el juez de lo contencioso, antes el de instrucción. Por tanto, -añade el autor- los *restantes edificios o lugares...*“constituyen una previsión competencial hueca, vacía y meramente suponen la previsión de que ‘cuando ello proceda’, -como dice literalmente el precepto-, esto es, cuando se prevea por la Ley como necesario, el competente será el juez de lo contencioso¹⁹. Sin duda, se trata de una ingeniosa salida interpretativa para evitar que el artículo 91.2 se imponga con todo su peso de una manera general y automática, pero nos parece difícil de sostener que el precepto carezca de alcance sustantivo, como MACÍAS CASTAÑO propugna. Además la práctica lo desmiente²⁰.

Queda centrado el problema, pues, entre las dos posturas inicialmente expuestas, a las que volveremos más abajo para examinar las opiniones doctrinales sobre ellas. Antes que nada urge demostrar que la divergencia en la interpretación del artículo 91.2 es algo real en el ámbito de los órganos judiciales que aplican cotidianamente el precepto.

¹⁹ MACÍAS CASTAÑO, José María: “El desahucio administrativo...,” cit., págs. 502 y 506-507. Añade el autor que, hoy por hoy, “ello no procede porque ninguna Ley impone esa restricción al margen del domicilio, con alguna excepción, como la de reciente incorporación a la Ley de Expropiación Forzosa”.

²⁰ La propuesta de MACÍAS CASTAÑO es bien expresiva de que éste rechaza la enorme restricción que el artículo 87.2 (91.2 actual) supone para la autotutela administrativa al extender la garantía al derecho de propiedad, exceso que imputa a la confusión introducida por el Tribunal Constitucional (id., pág. 504). Aunque compartamos la crítica de fondo, sin embargo no creemos, a diferencia del autor, que haya que rendirse ante la idea, como si fuera una evidencia, de que dicho precepto abarque la propiedad además y con independencia del domicilio, pues igualmente el precepto da pie para sostener que habla de una sola cosa, el domicilio constitucional, aunque con fórmula poco afortunada. Por otra parte las resoluciones de los jueces y tribunales no se plantean siquiera la hipótesis de que el precepto en cuestión carezca de contenido sustantivo, o sea, que lo que dice no tenga eficacia directa alguna. No obstante el argumento es utilizado por el Abogado del Estado en sus alegaciones, STC 69/1999.

III. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL PROBLEMA

El estado de la cuestión puede deducirse de un atento análisis de las sentencias que se producen de ordinario sobre estas “entradas administrativas”, que son las dictadas por las salas de lo contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia²¹. Pero antes de descender al examen de resoluciones concretas, cabe inducir del conjunto de ellas las siguientes apreciaciones:

a) La primera apreciación que se percibe del examen de ese cúmulo de conflictos es la tipicidad de los sitios o lugares a los que suele acceder la Administración para la ejecución de actos administrativos o la realización de actividades inspectoras, lo que contrasta con la abundante casuística que nos ofrece la jurisprudencia del orden penal y, al hilo de ésta, la doctrina penalista. Constituye esto una nueva razón para tener siempre en cuenta la diferencia existente entre las entradas domiciliarias que tienen que ver con la investigación y reprensión de actividades delictivas de la exclusiva competencia del orden penal, y las “entradas administrativas” necesarias para el ejercicio de potestades de la Administración referentes a la expropiación forzosa, recaudación de tributos, recuperación de bienes, etc.

La poca variedad de los tipos de lugares a los que la Administración trata de acceder de ordinario sin el consentimiento de su titular se explica en que mayormente tales lugares son precisamente la vivienda, o el domicilio social en el caso de las personas jurídicas. Por tanto, en términos generales puede decirse que en este orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo no suele debatirse el tema de los confines del concepto de domicilio ya que en la mayoría de los pleitos que se sustancian esto ni se cuestiona, por no ser necesario. Aquí el problema que se suscita no es el de delimitar el concepto de domicilio constitucional -esto suele definirse de ordinario en el ámbito penal-, sino el tratamiento que deba darse a esos “restantes edificios o lugares cuyo acceso requiere el consentimiento de su titular”, que sí es una fórmula expresamente prevista por el legislador para la ejecución de actos por la Administración Pública; por tanto, no perteneciente al orden penal.

La razón de esta cierta tipicidad de los lugares donde se producen “entradas administrativas” hay que encontrarla en la propia peculiaridad de las relaciones Administración-administrado, caracterizadas por lo general por su estabilidad, por su duración y por la preexistencia de un procedimiento formalizado, todo lo cual conduce a la consecuencia de que la variedad de los tipos de sitios o lugares a los que la Administración suele acceder sea incomparablemente menor que la existente en el ámbito penal, donde sí ha habido que hacer el esfuerzo de construir y delimitar, desde los cimientos de los clásicos conceptos de “habitación” o “morada”, un concepto de nuevo cuño y más amplio: el domicilio constitucional. En esta esfera de la criminalidad, por sus propias características, sí se abre una casuística prácticamente sin límites de lo que puede llegar a constituir un domicilio y, por consiguiente, de los lugares, incluso raros o insólitos, a los que los agentes de la autoridad pueden verse obligados a acceder para la realización de una pesquisa o registro o la

²¹ Para valorar la situación actual respecto al punto concreto que aquí nos ocupa hemos estimado suficiente el análisis de las Sentencias recaídas en los últimos años, fase temporal prácticamente coincidente con el período que inaugura la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1998 y la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 julio, en cuyo artículo 8.6 quedó recogido el designio del legislador de la reforma de aquella Ley Orgánica -art. 91.2- de que sean los Juzgados de lo Contencioso administrativo -y no los jueces de Instrucción del Orden Penal- los competentes para autorizar la entrada en los “domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración”

detención de un delincuente. Es ésa la causa por la que los penalistas y procesalistas se han preocupado de elaborar catálogos de supuestos constitutivos o no de “domicilio”, unos extraídos de las propias Sentencias del Tribunal Supremo y otros añadidos por la propia imaginación de los autores. Más adelante ofrecemos una impronta de esa casuística a título meramente ilustrativo.

En razón a lo expuesto, no deja de sorprender que la doctrina administrativa, a través de la abundante bibliografía aparecida en los últimos veinte años no haya resistido a la tentación de enfrascarse en el juego de especular sobre si constituye o no “domicilio constitucional” la habitación de un hotel, una *roulotte*, una cueva natural, un “zulo” o un cobijo hecho con cartones; supuestos todos ellos de posible juego en el ámbito penal, pero hartamente improbables en el campo de las relaciones jurídico-administrativas, como la propia realidad demuestra. Como ya hemos indicado, la realidad de lo que acontece en la esfera de estas relaciones no exige ese esfuerzo en el que tanta tinta se ha vertido. El esfuerzo debe polarizarse en lo que verdaderamente plantea problemas en este ámbito: si la Administración puede o no acceder, sin intervención del Juez, a edificios, lugares, fincas, construcciones, etc., que no constituyen domicilio propiamente dicho, esto es, en ningún sentido, ni en sentido estricto (morada), ni en amplio o constitucional. Esos espacios a los que acabamos de hacer mención sí son objeto del “giro o tráfico” administrativo en cuanto relacionados con los sectores de la actividad de la Administración (urbanismo, policía demanial, potestad tributaria, etc.) que ésta tiene confiados por la ley. Y estos son los que demandan especial atención.

Pues bien, volviendo a lo anteriormente apuntado, quede debidamente claro que el grueso de los supuestos de “entrada administrativa” lo absorbe la *vivienda* del administrado, bien por encontrarse en estado ruinoso, o para desalojar a sus ocupantes por carencia o pérdida del título habilitante, para demoler obras o edificaciones realizadas sin licencia, para la ejecución de Planes urbanísticos y Proyectos de reparcelación, por causa de expropiación forzosa, para realizar obras por ejecución subsidiaria, para proceder al embargo de bienes, para retirar basuras e inmundicias, para rescatar a menores en situación de desamparo..., supuestos todos ellos que, obviamente, no plantean problema alguno sobre la delimitación del concepto de domicilio, contrariamente a lo que sucede en el ámbito penal con toda su variopinta casuística.

Junto a la vivienda no faltan aquí tampoco otros supuestos o lugares que pueden *prima facie* plantear la duda de si constituyen o no “domicilio constitucional” (entrada administrativa en locales de negocio, talleres, emisoras, bares...), casos estos que han de resolverse aplicando el criterio acuñado por la jurisprudencia constitucional, en el que más adelante nos detendremos, para delimitar cuándo un espacio tiene la consideración de domicilio a efecto de la protección que brinda el artículo 18.2 CE. Se trata, pues, de una cuestión meramente interpretativa sobre si un determinado supuesto entra o no en el círculo del domicilio.

Lo que verdaderamente constituye un *novum* a examinar con gran atención no es el domicilio en sentido estricto ni los sitios asimilados a él, sino un tercer bloque de sitios o lugares que, de entrada, no pueden ser calificados de manera alguna como domicilio (salvo que eventualmente y en algún caso en concreto se desarrolle de hecho en ellos alguna forma de vida privada). Son los supuestos de entrada en obras e instalaciones, en fincas rústicas, en naves industriales, en casetas o cuartos de máquinas, cuerdas, canteras...), es decir, lugares susceptibles de requerir la entrada de funcionarios o agentes administrativos para realizar actos de inspección o

de ejecución forzosa. Ese tercer bloque es el que aquí nos interesa, por cuanto es el que dará la medida de cuál sea la interpretación y el uso que los aplicadores jurídicos le estén dando a la fórmula “edificios y otros lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular” del artículo 91.2 LOPJ, que es el objeto principal de estas reflexiones.

b) Otro rasgo caracterizador que puede inducirse del conjunto de Sentencias examinadas es el hecho de que normalmente el recurso contencioso se plantea contra entradas administrativas que fueron autorizadas previamente por el juez de lo contencioso, siendo por consiguiente muy escasos los recursos cuyo objeto consiste precisamente en denunciar la ausencia de autorización. Así, las decisiones judiciales manejadas aquí son en su mayoría resolutorias de recursos planteados precisamente en asuntos donde los jueces otorgaron autorizaciones de entrada, siendo impugnadas por los recurrentes, bien porque no consideraban necesaria dicha entrada, o bien por defectos formales o por considerar que concedían a la Administración cobertura excesiva.

c) La anterior apreciación conduce derechamente a otras conclusiones que cabe sentar con bastante seguridad, sin mucho temor a equivocarse. La primera es que parece que las Administraciones se hubieran habituado a solicitar la autorización judicial para la entrada, abstracción hecha del tipo de sitio o lugar al que pretendan acceder, abdicando por tanto de defender una suerte de fuero propio, inherente al principio de autotutela, que les permitiera prescindir de la intervención del juez cuando se trate de entrar en lugares que nada tengan que ver con el domicilio constitucionalmente protegido. La segunda afirmación que puede hacerse, concatenada a la anterior, es que los jueces suelen otorgar las autorizaciones de entrada, siendo raros los Autos que las deniegan, como se desprende fácilmente del panorama ofrecido por las resoluciones judiciales examinadas. Ambos fenómenos –solicitudes administrativas sistemáticas y autorizaciones judiciales positivas como regla- generan un inequívoco “fumus” de que la institución se ha acabado impregnando de automatismo con la consiguiente merma de garantías que ello conlleva. Es posible presumir que las Administraciones no tienen reparos en solicitar autorizaciones, cualquiera que sea el lugar o la función a realizar, desde la cierta convicción de que no será difícil obtenerlas. Y también cabe pensar que esos Autos favorables a las entradas administrativas vengan en buena medida propiciados por la pericia adquirida por los órganos administrativos en la preparación de solicitudes exitosas al respecto, máxime habida cuenta de que en la inmensa mayoría de los casos los jueces dictan estos Autos *inaudita parte*²², lo cual les priva de elementos de juicio que puedan aportar los administrados y demás datos nuevos –por ejemplo, una medida cautelar de supresión solicitada pendiente de resolución-, que en muchos casos pudieran hacer desaconsejable e incluso ilegítima la entrada en el domicilio pretendida.

Por otra parte, es del todo frecuente que los Autos en cuestión se basen en fundamentos rutinarios de carácter formal que dan pie a soluciones tan socorridas como superficiales. Es cierto que el juez que ha de autorizar la entrada en domicilios no puede enjuiciar cuestiones que corresponden a los órganos judiciales competentes para resolver el asunto principal, pero de ahí a

²² Sin que podamos entrar a fondo en esta cuestión, baste decir que la falta de esa audiencia al interesado no está justificada en la mayoría de los casos. Sí puede estarlo normalmente en el ámbito penal ya que por la propia naturaleza de las cosas la previa audiencia en este ámbito es incompatible con la eficacia que debe alcanzar una entrada y registro domiciliario; pero claro es que esta buena razón no es extrapolable al campo de la ejecución de los actos administrativos donde casi siempre cabrá oír a la parte sin merma de esa eficacia. No es razonable que al interesado se le hurte la posibilidad de ser oído mientras que la Administración suele disfrutar de plazos dilatados concedidos por el juez para que irrumpa en el domicilio a su comodidad.

que su papel quede reducido a verificar si el órgano administrativo que solicita la entrada es el competente o si se ha seguido o no un procedimiento, va un abismo. La garantía de la inviolabilidad del domicilio sólo puede quedar satisfecha cuando el juez que ha de autorizar la entrada, sin invadir competencia judicial alguna, y sin prejuzgar sobre la suerte final del pleito, fiscaliza los referidos elementos formales y además realiza una indagación, siquiera sea mínima o *prima facie*, sobre el fondo que le permita dictaminar no solamente sobre si la entrada es *necesaria* o no para ejecutar el acto, sino además si es *legítima*. De no proceder así, la garantía de la inviolabilidad del domicilio quedará vacía de contenido pues el control se quedaría en la corteza del asunto, prendido en las apariencias procedimentales.

d) Las sentencias examinadas son clasificables en dos grupos básicos, las que entienden que el artículo 87.2 sólo se refiere a una garantía y las que consideran que son dos los ámbitos protegidos (el domicilio y otros bienes patrimoniales distintos). A continuación nos referimos a ellas y también a un tercer grupo de sentencias que no toman partido, es decir, “acríticas”. Pues bien, la contemplación de ese panorama divergente permite concluir que las posturas más definidas de uno y otro signo presentan una cierta focalización territorial, de tal manera que no puede decirse que la confrontación sea universal, sino que son Salas concretas e incluso ponentes determinados los que mantienen reiteradamente su línea respectiva propia y, por tanto, los que marcan los puntos extremos de la divergencia.

A. SENTENCIAS QUE SE CIÑEN A LA PROTECCIÓN DEL DOMICILIO

La sentencia de 11 febrero 1999 del TSJ de Madrid²³ resuelve sobre la demolición por agentes municipales de un vallado circundante a una casa familiar dentro del cual se encontraban “instalaciones privadas de recreo, tales como pista de tenis o un jardín con cenador” que deben considerarse, según admite la propia Sentencia, como prolongación de la propia casa. No obstante, la Sala toma en cuenta el dato de que el vallado, por sus características, tenía por finalidad demarcar la propiedad más que defender la intimidad; y así, dice:

“no consta que el vallado tuviera por función (dadas sus características y lo fácil de su demolición, desmontaje o ulterior instalación) la de proteger la libertad íntima que al domicilio corresponde, sino la de afirmar la propiedad de los terrenos incluidos en su perímetro, es por lo que ha de llegarse a la conclusión de que la actuación ejecutiva municipal no vulneró la citada norma constitucional”.

Es cierto que la Sentencia se mueve dentro del concepto de domicilio –no del de “otros lugares” distintos- y se enfrenta a un problema, ciertamente límite, relativo a la extensión física de aquél. Pero se comparta o no su solución²⁴ lo verdaderamente relevante para nuestro orden de reflexiones es que el juzgador no concibe que la Administración pueda necesitar una autorización judicial para penetrar en la mera propiedad privada. E igualmente hay que destacar que en ningún

²³ Núm. 187/1999 (Sala de lo Contencioso administrativo, Sección 2ª). Ponente, Méndez Canseco, Ar. 2364/1999.

²⁴ Resulta llamativa la diferencia de las soluciones de esta Sentencia y la ofrecida por la de 10 de noviembre de 2001 del TSJ Cataluña (Ar. 108176/2002) ésta relativa a la irrupción de maquinaria en jardín circundante al domicilio familiar arrasando la valla que lo protegía, valla que se asentaba –y presumiblemente también el jardín- sobre terrenos de dominio público, no obstante lo cual la Sentencia declara que ello supuso la “inmisión en aquel ámbito de propiedad, en aquel espacio en que se desenvolvía también la vida privada de la dicha señora y de su familia, y que en cuanto destinado al esparcimiento doméstico, es vicario del hogar y ha de quedar protegido de intromisiones ajenas y amparado por el artículo 18.2 de la Constitución”.

momento la Sentencia trae a colación el artículo 91.2 de la LOPJ ni, por tanto, su fórmula “otros edificios o lugares de acceso dependientes del consentimiento de su titular” para proteger al interesado de aquella irrupción administrativa que aunque no calificada como domiciliaria sí suponía la entrada en un lugar cerrado. En suma, la tesis que se desprende de la Sentencia es muy clara: la autorización judicial sirve para proteger la inviolabilidad del domicilio *ex* artículo 18.2 CE –con toda su carga de dificultad en cuanto a la extensión material que pueda darse a este, como ocurrió en el caso examinado- pero en modo alguno está llamada a mediatizar la entrada de la Administración en otros lugares.

Tanta o mayor significación que la anterior tiene la STSJ de Andalucía de 2 de diciembre 2000²⁵, plausible de todo punto, ya que aun encontrándose ante los hechos consumados de que la Administración había solicitado la entrada y el juez la había concedido, la Sala se vuelve contra esta situación²⁶ y advierte que “el desalojo ordenado por el Ayuntamiento se refiere a un local que no constituye el domicilio del apelante, ni por tanto se encuentran afectados los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar ni la correlativa inviolabilidad del domicilio”, sin que por otra parte aparezca en el cuerpo de la Sentencia mención alguna al artículo 91.2 LOPJ como supuesta norma protectora de la entrada administrativa en espacios distintos al domicilio.

Tampoco hacen la menor alusión al citado precepto, circunscribiéndose al domicilio protegido por el artículo 18.2 CE, sentencias tales como la de 27 de febrero 2002, TSJ Andalucía²⁷, (“el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales en obligaciones relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros”); 29 diciembre 2003, TSJ Andalucía²⁸ que habla, dentro del contexto del artículo 18.2 CE del “domicilio o lugares asimilados a él”, lo que parece estar definiendo con dicha fórmula la idea del “domicilio constitucional” con la amplitud que le es propia; Sentencia 28 enero 2005, TSJ Castilla-León²⁹, respecto de la entrada administrativa en inmueble para desinstalar una estación de telefonía móvil ubicada en la cubierta del edificio; 4 febrero 2005, TSJ Madrid³⁰, expresiva de que el artículo 8.5 de la LJCA “se refiere a las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, mas dicha titularidad no es la del derecho de propiedad sino la titularidad del derecho a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio” (Fto. 4º). Puede cerrar este muestrario de sentencias que manejan sólo el concepto de domicilio constitucional en orden a la exigencia de la autorización judicial la de 15 febrero 2005, TSJ Asturias³¹.

B. SENTENCIAS QUE EXTIENDEN LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ A LUGARES DISTINTOS DEL DOMICILIO

²⁵ Sala de lo c.a. de Sevilla. Ponente, Herrero Casanova. Ar. 93510/2001.

²⁶ La Sentencia es en este sentido la antítesis de ese numeroso grupo de resoluciones judiciales que hemos rotulado más arriba como acriticas. Se comparta o no su decisión hay que aplaudir en todo caso la actitud crítica del juzgador por lo que supone de contribución al perfilamiento de la institución.

²⁷ Sala de lo c. a. de Málaga. Ponente, Cardenal Gómez, Ar 436/2003.

²⁸ Sala de lo c. a. de Málaga. Ponente, Cardenal Gómez, Ar 68462/2004.

²⁹ Sala de lo c. a. de Burgos. Ponente, Revilla Revilla, Ar. 63014/2005.

³⁰ Sala de lo c. a. Sección Segunda. Ponente, López de Hontanar Sánchez, Ar. 85769/2005

³¹ Sala de lo c. a., Sección Primera. Ponente, Salto Villén, Ar. 230520/2005.

Las resoluciones judiciales que siguen ofrecen razonamientos y soluciones diametralmente opuestas a las anteriores lo que prueba la enorme inseguridad en la que se mueve la cuestión que nos ocupa.

Así, la Sentencia de 18 enero 2000 del TSJ Extremadura³² da por buena, acriticamente, la solicitud de entrada en domicilio y otorgada por el juez, para el acceso a una finca rústica cuyo propietario había rodeado con una valla metálica, cerrando con ella el paso a un camino de uso público. Más representativa aún de la línea que ahora estamos exponiendo es la Sentencia de 21 enero 2000, TSJ País Vasco³³, que en relación con la entrada administrativa en unos locales destinados a guarda y alquiler de ganado, reconoce paladinamente, de entrada, que no constituyen domicilio y, por tanto, que se encuentran en el ámbito de protección del artículo 18.2 CE, a lo que añade:

“Ahora bien, aun no siendo domicilio en dicho sentido no por ello queda siempre descartada la necesidad de autorización judicial en tanto sean tales espacios no obstante lugares cuyo acceso dependa del consentimiento del titular [...]. Ya hemos visto que tanto el artículo 87.2 de la LOPJ como la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa amplían este ámbito a los restantes edificios y lugares de acceso dependiente del titular”.

La tesis en cuestión no podría quedar expuesta de manera más resuelta. Para la Sentencia no hay uno, sino dos ámbitos distintos sujetos a la autorización judicial de entrada: el domicilio, con toda su amplia extensión inherente a su concepto constitucional y los otros “edificios o lugares”, lógicamente vinculados al derecho de propiedad, derecho que se erige así en el fundamento de su protección.

Análoga posición presentan las Sentencias de 4 de de julio 2001, TSJ Cantabria³⁴, referida a la entrada administrativa en una parcela que había sido cerrada ilegalmente por su propietario. Especialmente incisiva es la de de 20 de julio 2001, TSJ País Vasco³⁵ referida a la entrada en una finca rústica para proceder al arranque de árbol plantado sin autorización, para lo cual el Ayuntamiento no se había provisto de autorización judicial por no considerarla necesario, lo que la Sala rebate con toda contundencia proclamando que “no sólo se requiere la autorización judicial para entrar en el domicilio de los interesados sino que, además, es necesario legalmente para entrar en lugares cuyo acceso esté condicionado al consentimiento de su titular” (Fto.2º) ya que “el artículo 87.2 de la LOPJ amplió el ámbito de garantías de los ciudadanos frente al privilegio de ejecutoriedad de la Administración más allá de lo inicialmente previsto por la Constitución, al requerir autorización también, para la entrada en otros lugares que, aun no siendo su domicilio, el acceso a los mismos quede legalmente condicionado al consentimiento de su titular”.

En fin, sin necesidad de mayor glosa, también se alinean en esta tesis las sentencias de 18 marzo 2004, TSJ Madrid³⁶ referida a la entrada para demoler un muro construido ilegalmente en una finca, entrada sin autorización judicial que la Sentencia condena por tratarse de un “lugar cerrado”;

³² Sala de lo c. a. Ar. 69/2000.

³³ Sala de lo c. a. Sección 1ª, Ar. 95/2000.

³⁴ Sala de lo c.a., Sección 1ª, Ar. 277674/2001.

³⁵ Sala de lo c. a. Sección 2ª, Ar. 310055/2001.

³⁶ Sala de lo c. a., Sección 2ª, Ar. 248863/2004.

24 noviembre 2004, TSJ Comunidad Valenciana³⁷ en la que se dice que el artículo 87.2 LOPJ pone en manos del juez “la tutela del derecho a la intimidad o la propiedad”; 3 diciembre 2004, TSJ País Vasco³⁸ relativa a la entrada en un pabellón que constituía según la sentencia “un lugar cerrado sin acceso al público” –nada se dice si en él se desarrollaba alguna forma de vida privada-; 17 febrero 2005, TSJ Cataluña³⁹ y otras del mismo corte argumental⁴⁰.

C. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES “ACRÍTICAS”

Por último, es obligado dejar constancia de las sentencias encuadrables en un grupo común por razón de que pasan acriticamente sobre el tema aun encontrándose a veces con supuestos muy llamativos que reclamaban a voces un pronunciamiento acerca de la necesidad o no de autorización judicial para el acceso de los agentes administrativos. Se trata de sentencias que no aportan doctrina alguna por lo que no es preciso dar cumplida cuenta de las mismas. Ahora bien, tales resoluciones no pueden ser calificadas como neutras o inocuas para el problema que nos ocupa, pues indirectamente contribuyen, dado su mutismo sobre el particular, a fomentar la convicción de que la autorización judicial para el acceso a cualquier lugar cerrado es preceptiva en todo caso, dado que, como hemos apuntado al principio, los asuntos de los que dichas sentencias conocen ofrecen de ordinario la particularidad de que la entrada administrativa contaba con la cobertura de una autorización concedida por el juez competente para acceder a los lugares más diversos.

Así, unas veces porque no era estrictamente necesario para la resolución del caso y otras por inhibición pura y simple quedan sin su debida fundamentación jurídica supuestos de entradas administrativas tales como el acceso al lugar donde se hallaban ubicados equipos radioeléctricos de una estación clandestina de televisión, o acceder a unos locales donde se hallaban vehículos automóviles para su traslado forzoso por razón de embargo, o a una cantera para su clausura, o a una nave industrial para su demolición, o entrada en una parcela para el precintado y clausura de un pozo, o a un local destinado a taller de tapicería por haber sido expropiado, o para clausurar un bar-restaurante, o acceso a una finca rústica en la que estaba sita una torreta o antena emisora de televisión, o simple entrada en finca rústica para su ocupación por haber sido expropiada. Otras sentencias tampoco reflexionan sobre si en verdad era necesaria la autorización del Juzgado para que la Confederación Hidrográfica accediera a unas casetas donde se hallaban las instalaciones de extracción de aguas subterráneas, limitándose la Sala a señalar la procedencia de dicha autorización para entrar en tales “casetas *cerradas*”; o para la entrada en establecimiento ganadero para proceder a la ejecución subsidiaria de traslado de animales y bienes perecederos; para entrada en recinto

³⁷ Sala de lo c.a., Sección 2ª, Ar. 39822/2005. En el mismo sentido, de la misma Sala y Ponente, la Sentencia de 30 noviembre 2004, Ar. 39496/2005, ésta relativa a la entrada en una alquería y naves anexas.

³⁸ Sala de lo c. a., Sección 2ª, Ar. 128/2005.

³⁹ Sala de lo c. a. Sección 2ª, Ar. 173903/2005.

⁴⁰ SS. 17 febrero 2005 (dos); 10 marzo y 29 julio 2005, todas de la Sala de lo c. a. del TSJ Cataluña, Sección 2ª (Ar. 17903, 17910/2005); y 234128 y 88945/2006. 20 diciembre 2005, TSJ Comunidad Valenciana, Sala c. a., Sección 2ª, Ar. 106549; 10 noviembre 2005, TSJ País Vasco, Sección 2ª, muy contundente al utilizar la misma argumentación de la Sentencia de la misma Sala de 20 de julio 2001 (Sección 1ª) que ya hemos comentado en el texto. STSJ de la misma Comunidad Autónoma, Sala c. a. Sección 3ª, Ar. 86410/2007.

cerrado de finca y en naves por expropiación para línea ferroviaria; o para desmontar una antena de telefonía móvil colocada sobre el forjado-cubierta del inmueble, etc.⁴¹

IV. EL ARTÍCULO 87.2 DE LA LOPJ. NECESIDAD DE RECONSTRUIR LOS ORÍGENES DEL PRECEPTO Y SU SENTIDO

A. EL DERECHO A LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO. LAS BASES ESTABLECIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Los pronunciamientos iniciales sobre el artículo 18.2 CE

Es indudable que hay que situar como jurisprudencia constitucional de cabecera sus dos primeras sentencias sobre el tema que, por añadidura, son las que abordan por primera vez los aspectos fundamentales de la garantía del artículo 18.2 CE. Sobre ellas se han escrito muchos comentarios doctrinales y las sentencias de todos los órdenes judiciales las han glosado y las siguen invocando como punto de partida obligado de cualquier problema relativo a la inviolabilidad del domicilio. Tan conocidas son estas dos sentencias y tan difundidos han sido los conflictos que dieron pie a su aparición que nos limitaremos aquí a recordar exclusivamente sus pronunciamientos esenciales en lo que concierne al concreto tema que nos ocupa.

- *La STC 22/1984 de 17 de febrero*⁴²

Es ciertamente la primera que dicta el TC sobre el alcance del artículo 18.2 CE, pero además es la única que surge en el período que va desde la aparición de la Constitución y la publicación de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Quiere decir esto que la interpretación que hace del artículo 18.2 es muy directa, es decir, no influenciada por la “cultura jurídica” que hubiera podido derivar de leyes ordinarias concomitantes que a la sazón ni siquiera existían. Mejor dicho, sí existía la normativa preconstitucional (penal, procesal, civil, fiscal, administrativa...) relativa al domicilio o su inviolabilidad pero, lógicamente, no imbuida ni por asomo de la extensión ni el sentido del “domicilio constitucional” ínsito en el artículo 18.2 CE y desvelado por la STC 22/1984.

Dos son los puntos abordados por dicha sentencia: la *extensión* del concepto de domicilio y el *fundamento* del derecho a su inviolabilidad, dos aspectos aparentemente distintos pero estrecha e inseparablemente vinculados dada la inexorable interdependencia que guardan entre sí.

Así, en cuanto a su *extensión*

“la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado, y en especial en el artículo 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar

⁴¹ Se refieren a los casos mencionados las Sentencias de los TSJ de Andalucía de 20 septiembre 1999, Ar. 3052; 3 octubre 2000, Ar. 1519; 16 septiembre 2002, Ar. 281369; 28 abril 2003, Ar. 160075; 7 julio 2003, Ar. 955 (Sala de Granada); 17 febrero 2000, Ar. 763 (Sala de Málaga); 9 enero 2003, Ar. 127620 (Sala de Sevilla). Castilla-La Mancha de 13 junio 2000, Ar. 2195 y 17 enero 2005, Ar. 37972. Castilla-León de 18 febrero 2000, Ar. 251; 19 febrero 2001 (Valladolid); 30 septiembre 2005, Ar. 231477 (Burgos). Cataluña de 6 julio 2001, Ar. 276007. Madrid de 13 octubre 2000, Ar. 2507 y 18 enero 2001, Ar. 114733. Comunidad Valenciana de 15 junio 2005, Ar. 211599 y 5 diciembre 2005, Ar. 106862.

⁴² Sala Segunda. Recurso de amparo nº 59/1983. Ponente: Díez Picazo y Ponce de León.

de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones. La protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 de la Constitución). 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” (Fto. jur. 2).

Y en cuanto a su *fundamento*, la sentencia añade:

“la inviolabilidad del domicilio constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella” (Fto. jur. 5).

- La STC 137/1985 de 17 de octubre

También esta sentencia es primera en su género en cuanto proclama que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es igualmente predicable de las personas jurídicas, cuestión ésta que no solamente no se abordaba en la 22/1984 antes comentada sino que ésta había dado pábulo a la duda –más o menos justificada-, dada la ligazón que la sentencia establece entre el apartado 2 del artículo 18 alusivo a la inviolabilidad del domicilio y el apartado 1 del mismo artículo donde se contempla el derecho a la intimidad. Tan es así que la Sentencia que ahora comentamos reconoce que un Auto del propio TC de 17 abril 1985 había declarado unos meses antes que el derecho a la intimidad no era aplicable a las personas jurídicas⁴³, pero la Sala considera que tal pronunciamiento, emitido por el Tribunal en otro contexto, no es extensible a la garantía de la inviolabilidad domiciliaría. Así, sorteado ese presunto obstáculo, la Sentencia 137/1985⁴⁴ declara 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 mismo 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 CE, sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas”.

concluyendo el razonamiento así:

⁴³ Recurso de amparo nº 139/1985: “el derecho a la intimidad que reconoce el artículo 18.1 CE, por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas entidades quedará, en su caso, protegida por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada”.

⁴⁴ Recurso de amparo 858/1986. sala Primera. Ponente: Rubio Llorente. Ar. 144/1987.

“En suma, la libertad del *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 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 del ente colectivo”

Hay que notar que la sentencia es de fecha algo posterior a la promulgación de la LOPJ de 1985 y que en ninguna parte hace alusión al artículo 87.2 de esta Ley aunque bien es cierto que la propia índole del problema hacía absolutamente prescindible la mención de dicho precepto.

Un paso más en la delimitación de esta cuestión fue dado por la STC 69/1999⁴⁵ que si bien reconoce la garantía para las personas jurídicas, la modula, pues comienza por realzar la robustez del principio en lo que se refiere al núcleo esencial, esto es, el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de la intimidad personal y familiar, para luego rebajarlo respecto a otros ámbitos que gozan de una “intensidad menor de protección” como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar el elemento intimidad, razón por lo que la protección en estos casos

“Sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados del conocimiento de terceros”⁴⁶.

De lo anterior puede concluirse que tratándose de personas físicas la garantía domiciliaria opera plenamente porque todo el espacio físico ocupado queda impregnado del *fumus* de la privacidad o la intimidad (salvo que se trate, por ejemplo, de un local comercial), lo que no ocurre en los ámbitos o recintos de las personas jurídicas en los que los espacios exentos de intromisiones son relativamente más reducidos. Por tanto, no cabe hablar, como hace la Sentencia citada, de una “intensidad menor de protección” –pues el nivel de protección es el mismo que si se tratase de una vivienda- sino que espacialmente es más reducido⁴⁷.

2. El fundamento de la inviolabilidad del domicilio

Dejar debidamente sentado cuál sea el fundamento de la garantía contenida en el artículo 18.2 CE es algo crucial para fijar el “bien jurídico” que tal precepto protege y sobre todo sus confines. En efecto, despejado que sea el valor o principio (elemento inmaterial de la garantía) que el domicilio como soporte físico está llamado a servir o proteger, será fácil identificar qué edificios, sitios o lugares son aptos o no para cumplir esa función. Es suma, estamos ante el presupuesto de toda la figura y por ello no es extraño que la doctrina le haya prestado debida atención.

⁴⁵ Recurso de amparo. Ponente: González Campos. Ar. 69/1999

⁴⁶ Una crítica a esta sentencia en FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El derecho a la inviolabilidad...” cit. págs. 232 y ss. Vid comentario a la misma de GÓMEZ AMIGO, L. “Derecho a la inviolabilidad...”, ob.cit.

⁴⁷ Vid. lo que diremos más adelante sobre el particular en relación con la nota

De entrada hay que decir que actualmente no es una cuestión muy controvertida⁴⁸, pues aunque históricamente han sido varios los fundamentos esgrimidos para explicar el derecho a la inviolabilidad del domicilio (la integridad y subsistencia de la persona individual, la dignidad de las personas, la seguridad personal, la autonomía física...)⁴⁹, la doctrina mayoritaria coincide en señalar que el fundamento no es otro que la vida privada de la persona⁵⁰ como así fue proclamado por la STC 22/1984 de 17 febrero y otras subsiguientes. Es cierto que estas sentencias aluden también a la intimidad y que algún autor, señaladamente MATIA PORTILLA, ha realizado este punto de vista⁵¹, pero es más certera la tesis de que la intimidad es un círculo inscrito en el círculo mayor de la privacidad⁵². Y se ha precisado con todo acierto que el concepto de privacidad no se agota en la inviolabilidad del domicilio ya que también se nutre de otros derechos fundamentales como la intimidad, el secreto de las comunicaciones, el libre desarrollo de la personalidad, etc.⁵³.

Lo que aquí interesa destacar especialmente es que la garantía de la inviolabilidad del domicilio no está al servicio de la defensa de la propiedad. No lo está en el Derecho comparado actual como afirma ESPÍN TEMPLADO⁵⁴ ni en el Derecho histórico y el constitucionalismo⁵⁵. En fin, el objeto de la inviolabilidad del domicilio no es ya el derecho de propiedad y ni siquiera el espacio físico de que se trate sino, como dijo el Tribunal Constitucional “lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella” (STC 22/1984, Fto. Jur.5).

3. El *criterium* determinativo del “domicilio constitucional”

La fijación del concepto de domicilio no es cosa fácil, dados los diversos criterios que pueden utilizarse para definirlo (intereses y actividades de la persona, lugar de residencia, elección del individuo), sus distintas clases (real, legal, electivo), diferentes criterios legales (civil, penal, administrativo, fiscal, procesal, etc.)⁵⁶. A los efectos de este estudio cabe sentar de entrada la conclusión, avalada por la doctrina y la jurisprudencia de modo prácticamente unánime de que el domicilio constitucional es un concepto más amplio que el contemplado en los artículos 40 y 41 del

⁴⁸ Contraria es la opinión de GÓMEZ OREA, M.: “El derecho a las personas jurídicas...”, cit., pág. 1389.

⁴⁹ Vid. una exposición al respecto en ARIAS EIBE, Manuel José: “La inviolabilidad del domicilio...”, cit., pág. 1644.

⁵⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “Perspectiva...”, cit., pág. 370. ARAGÓN REYES, Manuel: “La inviolabilidad del domicilio (Comentario...”, cit., pág. 350. ARIAS EIBE, Manuel José: “La inviolabilidad del domicilio...”, cit. pág. 1644. ESPÍN TEMPLADO, Eduardo: “Fundamento y alcance...”, cit., pág. 43 y ss. GONZÁLEZ Trevijano, Pedro: *La inviolabilidad del domicilio*, cit., pág. 129. ROJÍ BUQUERAS, José María: “El derecho a la inviolabilidad...”, cit., págs. 610-611.

⁵¹ MATIA PORTILLA, Francisco Javier: *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid: McGraw-Hill, 1997. Es fácil realizar la conexión entre la inviolabilidad del domicilio y la intimidad, dado que ésta se desenvuelve mayormente en el domicilio y además porque los dos derechos fundamentales están contenidos en el artículo 18, apartados 1 y 2 CE.

⁵² Así lo expone al detalle ESPÍN TEMPLADO, Eduardo: “Fundamento y alcance...”, cit., pág. 43.

⁵³ Vid. ARAGÓN REYES, Manuel: “La inviolabilidad del domicilio (Comentario...”, cit., pág. 350.

⁵⁴ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo: “Fundamento y alcance...”, cit., pág. 46.

⁵⁵ ARIAS EIBE ha señalado que las nociones de domicilio en el Derecho medieval estaban íntimamente unidas a la noción de propiedad, de manera que se protegía la intimidad de las personas en relación con la propiedad de su domicilio (ARIAS EIBE, Manuel José: “La inviolabilidad del domicilio...”, cit., pág. 1646. El autor aporta algunas sentencias del Tribunal Supremo singularmente expresivas de que no es el derecho de propiedad lo que garantiza el artículo 18.2 CE: SSTs 7-diciembre-1982, 27-septiembre-1992, 14-junio y 22-noviembre-1994 (ob. cit., pág. 1662).

⁵⁶ Vid. ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: “El domicilio”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 25, nº 2, 1972, págs. 549 y ss. ARIAS EIBE, Manuel José: “La inviolabilidad del domicilio...”, cit., pág. 1643 y ss.

Código Civil, afirmación que también es válida respecto al domicilio penal, aunque no tan rotunda tanto porque no existe en el Código Penal una definición del domicilio como porque el concepto de *morada* es el que más puede aproximarse al de domicilio constitucional⁵⁷. Pero es apreciable la diferencia: el domicilio penal es el lugar de la *residencia habitual*, como establecimiento permanente y estable de las personas; y el domicilio constitucional es aquél en que la persona desarrolla vida privada, con independencia de su carácter permanente, habitual o estable⁵⁸, de lo que se concluye que éste último tiene mayor amplitud⁵⁹.

Ahora bien, lo anterior no supone que desde el punto de vista constitucional carezca de relevancia alguna la idea de “morada” e incluso el domicilio del Código Civil, si se tiene en cuenta que el domicilio constitucional no es una noción que surja de la nada, sino que se construye a partir de una idea de referencia, el domicilio convencional o tradicional –con toda su vaguedad-, aunque sólo sea para tomar en cuenta dicha idea y apartarse de ella para formular un concepto distinto y nuevo, más amplio y ya perfectamente definido. Desde esta consideración bien puede entenderse que el TC haya utilizado la idea de domicilio en el sentido básico o primario del término, para adicionar a ese núcleo conceptual los *restantes sitios o lugares* capaces de albergar la privacidad y que son los que amplían y redondean el concepto de domicilio en su acepción constitucional.

Este concepto de domicilio no está explicitado en la Constitución. Lo que la jurisprudencia constitucional ha realizado respecto a esta garantía es el valor de la privacidad, de lo que resulta que un elemento imprescindible para que pueda hablarse de domicilio es que en él se desarrolle vida privada. El segundo elemento que ha de concurrir con el anterior es que se trate de un lugar cerrado, o al menos que su titular tenga un perfecto control sobre su acceso, ya que si no es así se habría esfumado el elemento privacidad. Por tanto, no cabe considerar como domicilio cualquier espacio que se encuentre abierto, y a la inversa: no existe domicilio por el solo hecho de que el espacio esté cerrado, pues es condición *sine qua non* que se encuentre *afectado* al desenvolvimiento de la vida privada. Esta es la razón por la que no debe extenderse la garantía de la inviolabilidad domiciliaria a lugares tales como un almacén de mercancías, un cuarto de máquinas o una casa en construcción, lo que no quita para que los ataques ilegítimos a tales propiedades, como a cualesquiera otras, se encuentren cerradas o no, sean constitutivos de infracciones penales. Sintetizando pronunciamientos anteriores del propio Tribunal, la Sentencia constitucional 189/2004 de 2 de noviembre, recuerda que

“el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el artículo 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual. Ello significa, en primer término que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos...”

⁵⁷ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo: “Fundamento y alcance...”, cit., pág. 48.

⁵⁸ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “Perspectiva constitucional...”, cit., pág. 373.

⁵⁹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “Perspectiva constitucional...”, cit. pág. 371, matiza con ESPÍN TEMPLADO en el sentido de que en algunos casos el concepto penal es más amplio y en otros lo es el constitucional. ARIAS EIBE, Manuel José: “La inviolabilidad del domicilio...”, cit., pág. 1649. Sobre la distinción entre el concepto de morada y el de casa habitada, Id. pág. 1657; SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén: “El delito contra la inviolabilidad del domicilio: rasgos característicos de su evolución histórica”. *Studia carande: Revista de ciencias sociales y jurídicas*, nº 4, 1, 1999, págs. 324 y ss.; SÁNCHEZ MELGAR, Julián: “La entrada y registro en domicilio de particulares: análisis doctrinal y jurisprudencial”, *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. 2, direc. Miguel Zugaldia Espinar, págs. 1439.

Por tanto,

“la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros”.

Sentado lo anterior hay que precisar que, efectivamente, como tiene dicho la jurisprudencia constitucional, las personas tienen derecho a erigir ámbitos excluidos de las intromisiones de terceros⁶⁰ y que estos ámbitos puedan ser de muy distinto tipo, no necesariamente la vivienda característica. Ahora bien, esta elección no es suficiente para cubrir el sitio o lugar de que se trate con la garantía especial del artículo 18.2 CE si ello no va acompañado de la real *afectación* del lugar a los usos y actividades que son propios de la vida íntima y privada de las personas.

Sintetizando lo expuesto, cabe concluir distinguiendo las distintas situaciones a modo de tres círculos concéntricos. En el más interno se hallaría el domicilio constitucional –no obstante, más amplio que cualquier otro “domicilio” tradicional- caracterizado por tratarse de un lugar cerrado, afecto a la vida privada y que comporta un *ius excludendi alios*, incluida la Administración Pública. El círculo intermedio comprendería todo lugar cerrado, ostentando su titular un derecho de exclusión de terceros; y el problema consiste en si este derecho es oponible o no frente a la Administración, que es la cuestión que aquí estamos analizando. Por último, el círculo exterior abarcaría todo sitio no cerrado, local abierto o de libre acceso al público, que obviamente se encuentra protegido, como derecho de propiedad, por la ley civil o penal pero al que puede acceder libremente la Administración, pues lo contrario haría a ésta de peor condición que a cualquier particular.

Una vez fijados los elementos integradores del concepto de domicilio constitucional y siendo aquéllos tan simples y claros, la calificación o no de cada caso concreto como domicilio carece de dificultad teórica alguna aunque en el terreno de la práctica se puedan plantear a veces supuestos relativamente difíciles, como suele suceder con la aplicación de cualquier regla jurídica. Pero lo importante es que la regla existe y está bien definida, razón por la que el concepto de domicilio constitucional no se descubre a través de la casuística sino que se encuentra claramente preestablecido en términos abstractos. Por ello, sólo a título de ejemplo hacemos referencia a algunas muestras de lo que constituye o no domicilio:

a) Edificios o lugares que se encuadran en el concepto de domicilio constitucional

Aunque todos los supuestos a que aludiremos seguidamente tienen el mismo denominador, constituir domicilio, cabe no obstante distinguir dos tipos: de una parte, la vivienda convencional como referencia básica radicada en el núcleo del concepto de domicilio, así como sus extensiones o prolongaciones más o menos aledañas a ella (jardines, garajes, etc.); y de otra parte, los lugares espacios, etc. distintos a los anteriores que hacen las veces de vivienda y quedan igualmente comprendidos en el concepto de domicilio constitucional.

⁶⁰ Así lo afirman con toda rotundidad MASSÓ MELGAR, M., “Nota Jurisdiccional sobre aspectos...” cit. pág. 151 y SÁNCHEZ MELGAR, J., “La entrada y registro en domicilio...” cit. pág. 438.

Así, constituyen domicilio las *viviendas* en sentido estricto, estén o no ocupadas en el momento actual, siempre que se desarrolle en ellas vida personal o familiar, es decir, que resguarden el ámbito de la privacidad⁶¹. Obviamente éste es el paradigma del domicilio constitucional y su interpretación debe ser siempre extensiva, en el sentido más protector de esos valores. Pero tampoco se trata de un derecho ilimitado pues han de excluirse las viviendas que aún no están ocupadas y que no cumplen, por tanto, el papel señalado⁶² ni las que estuviesen abandonadas⁶³. Asimismo, las construcciones o instalaciones análogas tales como *barracas, cabañas, chabolas o chozas*, abstracción hecha de si su ocupación es legítima o no. Igualmente, otras dependencias tales como *cuadras, corrales, garajes, trasteros, jardines*, siempre que constituyan una unidad espacial con la propia vivienda, estén aisladas del exterior y no expuestas a la visión plena de personas ajenas⁶⁴; *automóviles y roulottes* si constituyen residencia efectiva, no los utilizados sólo como medio de transporte⁶⁵; *segundas viviendas, residencias de verano, de temporada o de recreo*, o sea, residencias no habituales, siendo por ende irrelevante el hecho de que el sujeto las ocupe con mayor o menor frecuencia; *despachos profesionales y locales particulares*, cuando no se admite libremente el acceso de terceros; *hoteles, pensiones, hostales*⁶⁶; *camarotes de barco*, si habitan personas, etc.

b) Lugares y espacios no calificables como domicilio

Lógicamente hay que extraer del concepto de domicilio y excluir, por tanto, la protección que sólo para ellos se contiene en el artículo 18.2 CE, aquellos supuestos en los que se da una de las circunstancias, o las dos a la vez, de que son lugares abiertos de libre acceso a terceros o donde no se desarrolle vida privada –incluida la de las personas jurídicas– o familiar. Así, los *espacios comunes* de un inmueble formado por pisos, tales como portales, zaguanes, pasillos, ascensores, escaleras patios... Tampoco hacen las veces de domicilio los sitios abiertos al público como *iglesias, dependencias oficiales, estaciones de metro, bancos* situados en parques o calles, aunque un ataque a estos lugares podría suponer un atentado al honor o la intimidad, pero no al domicilio⁶⁷; establecimientos públicos en general⁶⁸; establecimientos privados abiertos al público como

⁶¹ STS 11 diciembre 1995 (Ar. 8979).

⁶² SSTs 14 noviembre 1993 (Ar. 8575), 18 febrero 1994 (Ar. 935). STSJ Cataluña 1339/2004 de 22 dicbre relativa a un asalto de “ocupas” que no había llegado a consumarse.

⁶³ Vid. STS 30 diciembre 1992 (Sala de lo Civil), Ar. 10569. La sentencia niega el carácter de domicilio a un piso abandonado por su propietario en la calle de la Ballesta de Madrid. En el Fto. jur. 5, la sentencia viene a decir que precisamente por ser el concepto de domicilio constitucional más amplio, requiere por ello una cierta delimitación. Y sigue al punto la regla: que se trata de espacio cerrado –condición que en el caso de autos se daba plenamente– y que estuviera destinado al desenvolvimiento de la vida privada, circunstancia que no concurría.

⁶⁴ Muy interesante la STS 15 marzo 1990. Ponente: Trillo Torres. Ar. 3522 sobre jardín vallado que se asentaba sobre terrenos de dominio público, no obstante lo cual la sentencia lo protege como domicilio inviolable. Sobre garajes y trasteros, STC 27 septiembre 1999 (Ar. 171), en el mismo sentido que la anteriormente citada y superando doctrina opuesta del TS, por ejemplo en la S 14 noviembre 1993 (Ar. 8575).

⁶⁵ STS 29 enero 2001 (Ar. 380).

⁶⁶ La STC de 17 enero 2002 (Ar. 10) declaró la inconstitucionalidad del art. 557 de la LECr que consideraba que las posadas y las fondas no tenían la condición de domicilio protegido penalmente. Recurso en relación con la entrada de la policía en una habitación del Hotel Macarena de Sevilla.

⁶⁷ Así, ALONSO DE ANTONIO, A. L.: *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*. Madrid: Colex, 1993, pág. 92.

⁶⁸ STS 20 noviembre 1995 (Sala 2ª) Ni siquiera lo constituye el cuarto de aseo “pues en él no se desarrolla la vida privada de las personas” (STS 16-1-2002). Tampoco es la celda de un preso (STS 24-11-1995).

*restaurantes, cafeterías, bares, pubs, discotecas, video club*⁶⁹; *despachos, oficinas, locales comerciales, talleres, almacenes* por cuanto su destino es incompatible con la idea de privacidad, a no ser que hubiese en ellos dependencias que pudieran servir de habitación o morada o constituir la sede social de la persona jurídica caracterizada como domicilio constitucional⁷⁰, todo ello sin perjuicio del derecho a la intimidad respecto de lo que se contenga en las mesas, armarios y equipos de trabajo del personal⁷¹; por último, es evidente que hay que excluir de la calificación como domicilio los solares y las fincas rústicas, se encuentren cerradas o abiertas. Distinta cuestión es si encontrándose estos espacios cerrados la Administración tiene el deber de proveerse de la autorización judicial para la ejecución de sus actos, que es la cuestión central del presente trabajo⁷².

En fin, las listas de supuestos que anteceden podrían ser aumentadas e incluso algunas de las referidas se pueden prestar a discusión sobre si podrían ser calificados o no como domicilio. Pero como dijimos más arriba no son más que simples problemas de aplicación a la realidad de un *criterium* bien delimitado, aunque genérico, como es propio de toda regla. Algunos autores han puesto muy de relieve tal casuística y a ellos cabe remitirse⁷³.

B. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 87.2 DE LA LOPJ.

Hay que destacar en primer lugar que el Proyecto de Ley aparece unos meses después de la STC 22/1984 de 17 febrero⁷⁴. El entonces artículo 96.4, segundo párrafo, decía:

“Corresponde también a los Jueces 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”

Fueron presentadas algunas enmiendas irrelevantes para lo que aquí nos ocupa⁷⁵. No obstante, sí tuvo interés una enmienda del Grupo Popular que propuso la inclusión de la palabra “anejos” a continuación de la frase “restantes edificios o lugares” con la que presuntamente se trataba de precisar que la protección contemplada por el precepto alcanzaba, además de al domicilio *proprio sensu* a lugares que estuviesen anejos al domicilio y fuesen como prolongaciones de este, no por consiguiente a cualquier otro edificio o lugar cuyo acceso dependiese del consentimiento del

⁶⁹ Ello salvo que en el establecimiento hubiese una zona destinada a la morada del titular del negocio. Hay una nutrida jurisprudencia penal al respecto: SSTS 10 febrero 1994, 20 noviembre 1995, 8 mayo 1997 (Ar. 4040), 18 febrero 1998 (Ar. 1464), 11 febrero 2000 (Ar.743) S. Audiencia P. de Madrid 1 junio 1999, Sala de lo Penal (Ar. 3008)

⁷⁰ SSTS 9 junio y 17 septiembre 1993, 21 junio 1994 (Ar. 85), 16 diciembre 1997 (Ar. 228), 23 enero 1998 (Ar. 51), 23 julio 1999 (Ar. 6652).

⁷¹ Así lo afirma ESPÍN TEMPLADO, E. “Fundamento y alcance...”, cit., pág. 50.

⁷² Desde luego, en ningún caso tal autorización sería necesaria si la finca estuviese abierta. *Vid.* al respecto S de la AP de Gerona de 25 marzo 1999, Sala de lo Penal, Ar. 1414, sobre la entrada en finca donde únicamente existen las instalaciones deterioradas y en desuso de lo que en su día fue una planta de suministro de cemento, supuesto citado por FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho a la inviolabilidad,...” cit., pág. 232.

⁷³ GARCÍA URETA, A.: *El domicilio y su régimen jurídico*, cit. págs. 169 y ss. MAGRO SERVET, Vicente: “Casuística sobre el concepto penal...”, cit., pág. 1768. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio: “Delitos contra la ...”, cit., pág. 470. SÁNCHEZ MELGAR, Julián: “La entrada y registro en...”, cit., pág. 440.

⁷⁴ Publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados de 19 de septiembre de 1984, núm. 118-I

⁷⁵ Fueron las enmiendas núms. 119 (Grupo Centrista), 1242 (Grupo Popular) y 193 (Grupo parlamentario Vasco)

titular⁷⁶. En suma, la enmienda postula un concepto amplio de domicilio en el que se incluyen las edificaciones y lugares accesorios conectados a aquél, lo que al propio tiempo supone la pérdida de sustantividad de “los restantes edificios o lugares dependientes del consentimiento de su titular” como espacios distintos y extraños a la idea de domicilio, esto es, referibles a todo inmueble o pertenencia de la propiedad del sujeto afectado. Otra enmienda de un diputado popular parecía ir en la misma dirección⁷⁷.

La Ponencia, en su informe emitido el 23 de febrero de 1985, mantuvo intacto el texto del artículo 96 que figuraba en el Proyecto presentado a las Cortes. En el seno de la Comisión de Justicia e Interior⁷⁸, el Grupo Popular retiró inexplicablemente la dos enmiendas⁷⁹. Por tanto, lo único sustancioso que hubo en el proceso parlamentario de cara al esclarecimiento del alcance del artículo 96.4 *in fine*, ha quedado oculto y en el olvido dado que el Grupo Popular ni explicitó en su día la justificación de su enmienda número 991, ni tampoco dio explicaciones de la razón de su retirada en el debate seguido en Comisión, lo cual es una desgraciada circunstancia doblemente lamentable. En suma, resulta chocante que un precepto como el que estudiamos, de tan alto interés dogmático por su entronque con la garantía del artículo 18.2 CE, como de tanta proyección práctica, pasara por el Congreso de los Diputados tan desapercibido y su discusión de forma tan escasa y deslucida. Finalmente, el texto del Proyecto de Ley, artículo 96, -91.2 en la edición actual de la LOPJ- pese a la carga de ambigüedad que lleva consigo, fue aprobado de forma categórica⁸⁰.

En el Senado el precepto en cuestión pasó sin pena ni gloria por la Comisión de Justicia⁸¹ sin más significación que su cambio de numeración, apareciendo ya por primera vez como artículo 87.2, guarismo que habría de ser tan familiar para los juristas durante más de una década, hasta su conversión en artículo 91.2 con ocasión de la reforma de la LOPJ acaecida en 1998. Pues bien, así

⁷⁶ Núm. 991: “Corresponde también a los jueces de instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares anejos dependientes del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración”. La enmienda fue desestimada en el Informe de la Ponencia. El texto de la enmienda es idéntico al del texto alternativo (enmienda núm. 942) que el Grupo Popular del Congreso presentó como enmienda a la totalidad al Proyecto de LOPJ el 30 de octubre de 1984.

⁷⁷ Núm. 1211, suscrita por el Sr. Montesdeoca Sánchez. Presenta la variante literal de que habla de “*restantes edificios o lugares de anexo dependiente del consentimiento de su titular...*”, expresión ciertamente rara que quizás pudo tratarse de una errata (“de anexo”, por “de acceso”). La enmienda fue desestimada en el Informe de la Ponencia

⁷⁸ Sesión celebrada el día 5 de marzo de 1985 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 273, pág. 8536).

⁷⁹ El portavoz del Grupo Popular Sr. Vega Escandón, retiró la enmienda 991 a la que antes nos referimos y también la núm. 1211 del Sr. Montesdeoca, esta última por entender que “está asumida por el Informe de la Ponencia”, justificación nada exacta en lo que toca al pasaje que comentamos, por lo cual la retirada de la enmienda fue tan oscura como la otra, lo que nos impide conocer si la expresión “de anexo” se trató de una errata, como hemos supuesto, o si realmente se hallaba en la misma línea y razón que la enmienda formulada por su Grupo, que incluía la palabra “anejos”, como hemos indicado.

⁸⁰ por 20 votos a favor, uno en contra y una abstención. Ocioso es decir que el texto que aparece en el Dictamen de la Comisión de 14 de marzo de 1985⁸⁰ que salió de la Comisión, ahora bajo el número de artículo 96.6, es idéntico al que entró en el Congreso en forma de Proyecto. Nadie mantuvo enmiendas ni hubo votos particulares al artículo 96 para su defensa en el Pleno del Congreso por lo que el texto pasó por él sin historia alguna, repitiéndose por tanto el pasaje originario en el texto de fecha 29 de marzo de 1985⁸⁰ aprobado por el Pleno, ahora bajo el artículo número 90.6.

⁸¹ El propio Grupo Parlamentario Socialista formuló enmienda al flamante artículo 90 para su “mejora técnica y sistemática”, propósito –que fue aceptado por la Ponencia- pero que sólo afectaba al pasaje que nos ocupa en cuanto a la sustitución del término “Jueces” por “Juzgados”.

fue aprobado por el Pleno del Senado el día 18 de junio de 1985⁸², y así pasó al texto definitivo de la Ley orgánica 6/1985 de 1 de julio.

V. EL DESCONCIERTO SOBREVENIDO. SUS CAUSAS:

A. LA CHOCANTE AMBIGÜEDAD DEL ARTÍCULO 87.2 LOPJ. CONCLUSIONES SOBRE SU ALCANCE

Como ha podido comprobarse, el proceso parlamentario no ha contribuido un ápice a desvelar el sentido de esos “restantes edificios o lugares...” que el precepto añade tras la palabra “domicilio”. Es sencillamente inexplicable que algo tan indefinido se consolidara como norma sin suscitar la lógica inquietud. La fórmula resultante plasma al punto la ocurrencia de los redactores del Proyecto de Ley y queda situada en una especie de filo de la navaja desde donde puede caer, bien del lado de la tesis de la garantía única (la del domicilio) o bien de la parte de la doble garantía (domicilio y propiedad en general). En la nuda literalidad del precepto, ambas son sostenibles.

A favor de la tesis primera se agolpan los argumentos. Es de todo punto sensato sostener que el artículo 87.2 se limita a plasmar lo que había proclamado recientemente la STC 22/1984 sobre el concepto de domicilio y resolver a favor del Juez de Instrucción la cuestión competencial que dicha Sentencia dejó en el aire. Por tanto, la fórmula “domicilio y *restantes* edificios o lugares” no sería sino un modo de describir el concepto de domicilio constitucional, a partir de la idea convencional o estricta del domicilio más el *resto* de edificios o lugares todos los cuales en conjunto componen la nueva idea del domicilio en sentido amplio o constitucional. No parece verosímil que en ese preciso momento histórico el Proyecto de Ley surgido del Gobierno socialista se propusiera aprovechar la ocasión para embarcarse en el objetivo de proteger, además del domicilio, la propiedad.

Además, este presunto propósito no tenía la menor tradición en el Derecho administrativo patrio, por lo que surgiría en medio de un contexto normativo adverso a esa posibilidad. La única referencia existente sobre la necesidad de la autorización judicial se hallaba en el artículo 130 de la Ley General Tributaria de 1963, y este hablaba precisamente del domicilio estricto; y el resto del ordenamiento estaba imbuido de un indiscutible principio de autotutela, prácticamente sin límites. Por demás, la expresión “lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular”, tan ambigua, no constaba en ninguna otra Ley entonces vigente. En efecto, tal fórmula no existía en el Código Penal de 1973; y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 sólo habla de domicilio, de edificios o lugares públicos, o edificios o lugares cerrados (arts. 545 y ss).

Todo lo que precede conduce a la conclusión de que el artículo 87.2 se refiere sólo y exclusivamente al domicilio, llevando incorporada la acepción amplia que acababa de acuñar el Tribunal Constitucional. Hay, sin embargo, dos datos que vienen a combatir la afirmación anterior. El primero lo refiere SANZ GANDASEGUI y se trata del dictamen que emitió la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado el 30 julio 1990, favorable a la tesis de la doble garantía⁸³;

⁸² BOCG, Senado, 21 de junio de 1985, núm. 243 (f). En el Mensaje motivado del Senado dirigido al Congreso de los Diputados con fecha 18 de junio de 1985 (BOCG, Congreso de los Diputados, de 22 junio 1985, núm. 118-IV) se dice textualmente que “El artículo 87 (artículo 90 del texto remitido por el Congreso de los Diputados) ha sido enmendado tanto en su sistemática como en su redacción por razones de generalidad anteriormente indicadas.”

⁸³ “La ejecución de los actos...”, cit. pág. 148.

y el segundo dato, de más calado que el anterior, es que el texto del artículo 87.2 LOPJ, como ha advertido BARCELONA LLOP⁸⁴, es idéntico al que figuró en el Proyecto de LOPE enviado a las Cortes en 1980 por el Gobierno de la UCD y que no prosperó, lo cual quita muchos enteros a la suposición de que el legislador de 1985 hubiese estado atento a la doctrina de la STC 22/1984 y al concepto de domicilio constitucional, como hemos presumido. Qué quiso decir el Proyecto de 1980 queda, como dice Javier BARCELONA, en *terra ignota*. Es posible sostener que, en efecto, el precepto de 1980 hablara de la doble garantía ya que en aquel momento aún no había sido alumbrado el amplio concepto de domicilio constitucional y, por tanto, con la mención de los otros “edificios o lugares” el precepto añadía al domicilio un ámbito distinto y ajeno a la idea de domicilio. Y también es posible defender que en 1984 y durante el proceso de gestación de la LOPJ se pensara que la fórmula que ofrecía el precepto (ahora instalado en el Proyecto de Ley socialista) concordaba bien con la nueva definición de domicilio surgida del TC unos meses antes, siendo ahora los “restantes edificios o lugares” el complemento necesario para ensanchar la idea de domicilio hasta llevarla a su dimensión constitucional.

B. LOS BANDAZOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

Las dos sentencias constitucionales más arriba comentadas (22/1984 y 135/1985) constituían dos pilares muy firmes para asentar sobre ellos, como así ha sucedido con resoluciones posteriores del propio Tribunal, los oportunos perfiles y matices en orden a la definición de la garantía. Se quiere decir que la interpretación básica estaba hecha y que ésta era una interpretación “constitucional”, es decir, deducida directamente del texto de la Constitución. Por tanto, a este nuevo concepto de domicilio, más amplio que cualquier otro anterior a la Constitución, tendrían imperativamente que atenerse los actos jurídicos de aplicación procedentes de cualquier Poder, Ejecutivo o Judicial, las normas jurídicas dictadas en lo sucesivo y, desde luego, las propias resoluciones del TC, a no ser que mediase el deliberado propósito de éste de cambiar su propia doctrina sobre el alcance del artículo 18.2.

En cuanto a la concreta cuestión de la que nos estamos ocupando, el TC, tras haber resuelto lo más difícil, esto es, establecer un *criterium* delimitador del concepto de domicilio constitucional con base en la concurrencia de dos elementos (existencia de un lugar cerrado, más desarrollo en él de vida privada) le resultaba muy fácil seguir aplicando dicho criterio a los futuros casos que se fueran presentando, reafirmando la regla y contribuyendo con ello a depurar tal concepto. Sin embargo, no ha sido así. El TC ha incurrido en contradicciones y ambigüedades que están en la raíz del desconcierto que se percibe en las resoluciones de los órganos judiciales⁸⁵, según expusimos al principio, quizás con la excepción del Tribunal Supremo. La disparidad de criterios existente sobre cuáles sean los “edificios o lugares” para cuyo acceso la Administración tiene el deber de proveerse de autorización judicial es hasta cierto punto explicable en el escalón de los juzgados e incluso en el de Tribunales Superiores de Justicia, pero no tiene justificación en el seno de un mismo Tribunal, máxime si éste es el intérprete supremo de la Constitución.

Una observación atenta de la cronología de las resoluciones del TC permite deducir que su adscripción a la tesis de la dualidad de ámbitos protegidos por la LOPJ sólo luce en un período muy

⁸⁴ “Ejecutividad, ejecutoriedad...”, cit. pág. 513

⁸⁵ Así lo estima igualmente MACIAS CASTAÑO, J.M., “El desahucio administrativo...”, cit. pág. 504

corto (1991-1994) y sólo a través de tres resoluciones (un auto y dos Sentencias), pudiendo apreciarse que después de 1994 las Sentencias sólo hablan del domicilio constitucionalmente protegido (art. 18.2), e incluso algunas subsumen en el concepto de domicilio esos “restantes edificios o lugares”, a la vista de lo cual podría hablarse de un retorno de la doctrina constitucional a su línea originaria tras la superación del “bache” producido en el trienio antes mencionado. Pero la verdad es que en el año 2002 ha vuelto a sostener la tesis que parecía abandonada (S 10/2002 de 17 enero).

En pro de la claridad renunciamos a exponer las Sentencias por su orden cronológico y optamos por reunir las en tres grupos, al igual que fueron expuestas más arriba las emitidas por los Tribunales Superiores de Justicia. Es ocioso decir que todas ellas se producen estando ya en vigor la LOPJ de 1985, bien en su versión originaria (art. 87.2) o en su redacción actual (art. 91.2).

1. Jurisprudencia que se atiene estrictamente al concepto de domicilio constitucional

Reseñamos a continuación algunas resoluciones ejemplares en el sentido de que examinan el tema de la autorización preceptiva para acceder al domicilio desde la exclusiva perspectiva del artículo 18.2 y manejando el concepto de domicilio alumbrado por la STC 22/1984.

- No puede ser más fiel a la doctrina que sentó la STC 22/1984, ni más esclarecedor al respecto, el Auto 171/1989 de 3 de abril⁸⁶, tantísimas veces citado por sentencias posteriores de todas clases. Se trataba de una entrada y registro practicada por funcionarios, sin autorización judicial, en locales de una empresa, a resultas de la cual un juzgado de instrucción dictó Auto de procesamiento contra el responsable de aquella empresa quien alegó vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, tesis que el Auto rechaza:

“2. La invocación que se hace del artículo 18.2 de la Constitución no puede ser tenida en consideración. El actor no denuncia una invasión de su domicilio, sino de las oficinas o almacén de una sociedad de la que es representante legal y sabido es que lo que se protege por el mencionado precepto constitucional es el domicilio inviolable, esto es, el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose no sólo el espacio físico en sí mismo considerado, sino también lo que hay en él de emanación de la persona y de esfera privada de ella, lo que, como es obvio, no es predicable respecto al solicitante de amparo de los locales en que, en el caso debatido, se produjo la entrada y registro por parte de los agentes de la autoridad”.

Debe notarse que el Auto se atiene a la garantía que dimana del artículo 18.2 CE, sin descender a hacer interpretaciones de legalidad ordinaria, esto es, sin pararse a considerar qué significación puedan tener esos “otros edificios o lugares” que figuran junto al domicilio en la LOPJ (art. 87.2).

- La STC 50/1995 de 23 febrero⁸⁷, de importancia capital, afirma con el mayor énfasis la vinculación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio con la intimidad⁸⁸ y se encara al artículo 87.2 haciendo este crucial pronunciamiento:

⁸⁶ Recurso de amparo n° 1912/1988. Sala Segunda, Sección 4ª. Ar. 171/1989

⁸⁷ Recurso de amparo n° 709/1991. Sala Primera. Ponente: Mendizábal Allende. Ar. 50/1995.

“Se extiende el concepto de domicilio no sólo a la vivienda en sentido estricto, sino también a los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del titular. Este precepto pretende conciliar la inviolabilidad del domicilio y la eficacia de la actividad de la Administración, exigible también constitucionalmente (art. 103)”.

El pasaje es fundamental. La Sentencia toma como referencia básica o primaria la “vivienda en sentido estricto”, a la que añade los *restantes (sic!)* “edificios o lugares” para así componer el concepto constitucional de domicilio. Y en el segundo inciso deja sentado el objeto de la protección del artículo 87.2: el domicilio.

- Otra Sentencia esencial es la 69/1999 de 26 de abril⁸⁹ que versa sobre la entrada administrativa en un local de exposición y venta de equipos electrónicos al objeto de proceder a su precintado. Respecto al concepto de domicilio la Sentencia hace este contundente pronunciamiento:

“No todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el artículo 18.2 CE garantiza... Y la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de terceros” (Fto. jur. 2).

Es de notar que con esa declaración la Sentencia traza una vigorosa frontera definitoria del ámbito protegido por el artículo 18.2 CE -que es en puridad lo que el TC debe hacer- pero no se para a considerar si el local comercial en cuestión pudiera constituir un espacio de acceso dependiente del consentimiento de su titular, protegido de la entrada administrativa a título distinto del de domicilio, como supuestamente dispone el artículo 91.2 LOPJ según sostiene el sector que defiende la existencia de dos ámbitos protegidos en dicho precepto (el domicilio y la propiedad). Claro es que no había razón para que la sentencia se hubiera adentrado en esclarecer el alcance del artículo 91.2 LOPJ, ni en verdad hubiese sido correcto dada la vinculación del recurso de amparo con el derecho fundamental dimanante del artículo 18.2 CE y no con ningún presunto derecho que pudieran contemplar las leyes, en este caso la LOPJ. Pero no cabe duda de que hubiese sido muy oportuno que la Sentencia hubiese apurado la interpretación -desde el prisma del artículo 18.2 CE, no de la LOPJ- realizando el esfuerzo de definir el “domicilio constitucional” en positivo y no de la forma negativa con que lo hace (“no todo local...”).

- Cabe incluir en este grupo la STC 94/1999⁹⁰ aunque relativa no a una “entrada administrativa” sino a un registro autorizado por el juez penal en una estancia donde se almacenaba droga. La Sentencia insiste en la vinculación del domicilio con la vida privada, “estirando” el concepto al máximo en el sentido constitucional, es decir, ampliándolo a pesar de las dudas que planteaba el supuesto (un piso con muy escasos indicios de albergar un uso para la vida) para calificarlo, aún así, de “hogar” a efecto de la protección de su inviolabilidad desde el artículo 18.2 CE.

⁸⁸ “Existe, pues, un nexo indisoluble de tal sacralidad de la sede existencial de la persona, que veda toda intromisión y, en concreto, la entrada y el registro en ella y de ella, con el derecho a la intimidad, por lo demás contenido en el mismo precepto que el otro (art. 18.1 y 2 CE)”.

⁸⁹ Recurso de amparo nº 2824/1995. Sala Segunda. Ponente: González Campos. Ar. 69/1999.

⁹⁰ Recurso de amparo nº 1090/1995. Sala Segunda. Ponente: Vives Antón. Ar. 94/1999.

- Finalmente, hay que destacar la especial importancia de la STC 283/2000 de 27 noviembre⁹¹ relativa a la “entrada administrativa” en un establecimiento de hostelería y de un almacén anejo para su clausura y precintado. Frente al alegato de que el domicilio había sido violado, la sentencia descarta tal violación pues “no se ha acreditado que el establecimiento de hostelería y el almacén... constituyan domicilio a efectos del artículo 18.2 CE, es decir, que se trate de “un espacio apto para desarrollar vida privada” pues “el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar”.

Conviene reparar en la alusión que la sentencia hace al “núcleo esencial” del domicilio constitucional, que no es otro que la “morada” como reducto básico primario, lo cual implica que también están protegidos constitucionalmente otros espacios que no responden a la idea de morada y sin embargo constituyen domicilio a efectos de su protección *ex* artículo 18.2 CE.

Pero sobre todo, la importancia de esta sentencia se manifiesta en una consideración añadida que hace en su Fundamento jurídico 5, que se enfrenta directamente a la fórmula contenida en el artículo 87.2 LOPJ, incluyendo los “restantes edificios o lugares”, en la garantía de la intimidad. Dice así:

“el artículo 87.2 LOPJ no se refiere sólo a la entrada en domicilio, garantizando la inviolabilidad del mismo, sino también a los restantes edificios o lugares dependientes del consentimiento de sus titulares... nada ha alegado el demandante para poner de manifiesto que ambos locales formasen parte de su ámbito espacial de vida íntima o familiar, constituyendo su morada o habitación”.

Como puede observarse, a través del pasaje transcrito la Sentencia hace una interpretación reductora⁹² en el sentido de que pone en equivalencia con el domicilio los “restantes edificios o lugares”, o dicho de otro modo, los iguala o integra en el concepto de domicilio en cuanto constituyen igualmente sede de la vida íntima o familiar. De este modo queda erradicada la posibilidad de entender que esos otros edificios o lugares no guarden relación con el domicilio y tengan que ver con la defensa de la propiedad, como parecen defender las resoluciones del propio TC que exponemos a continuación.

2. Jurisprudencia que admite la existencia de dos ámbitos distintos precisados de la autorización judicial

- La primera resolución a comentar reúne unas características realmente llamativas. No se trata de una Sentencia, sino de un Auto; tiene fecha de 1 de julio de 1991 (198/1991), o sea, fue dictado cuando ya se habían producido importantes resoluciones del TC circunscribiendo la garantía de la inviolabilidad al domicilio y sólo a él, según hemos descrito *supra*. Sin embargo, el Auto en cuestión es la primera resolución dictada tras la aparición de la LOPJ de 1985 que “se atreve” a hacer una interpretación del artículo 87.2 de dicha Ley y lo hace afirmando paladinamente, sin

⁹¹ Recurso de amparo nº 4642/1997. Sala Primera. Ponente: Jiménez de Parga. Ar. 283/2000.

⁹² Es significativo que la Sentencia haga el pronunciamiento referido en el texto tomando como referencia otro anterior (STC 76/1992 de 14 mayo) a la que parece salir al paso dado que, como diremos más abajo, tal sentencia es una de las que se adscriben más nítidamente a la idea de que en el artículo 87.2 LOPJ no hay sólo un concepto protegido –el domicilio- sino dos.

ningún razonamiento, que el legislador ha aportado una nueva garantía aparte de la que dimana del artículo 18.2 CE. Ciertamente, hay que decir que pocas resoluciones del rango de un Auto habrán alcanzado tanto predicamento, siendo sorprendente que hayan seguido su estela tantas resoluciones posteriores de los órganos judiciales y se haya apoyado en tal Auto el sector doctrinal que defiende la dualidad de ámbitos protegidos por el artículo 87.2 LOPJ, actualmente 91.2. Y lo que es más chocante: que la tesis del Auto que comentamos, dicha por la Sala “de pasada” y sin fundamentación alguna, es decir por vía puramente aseverativa, haya prendido en Sentencias constitucionales posteriores, como exponemos a continuación.

En efecto, el Auto referido que se enfrentaba a un supuesto en el que el Ayuntamiento de Madrid había obtenido del juez una autorización para entrada en un kiosco de bebidas –por tanto, el problema estaba minimizado y no eran necesarias declaraciones espectaculares- afirma no obstante de este resuelto modo:

“El artículo 87.2, de la LOPJ se limita a poner en manos del Juez de Instrucción la tutela del derecho a la intimidad o ‘la propiedad’, dado que dicha disposición habla de domicilio u otro lugar, de un ciudadano sujeto a una ejecución administrativa forzosa”.

La contundencia de tal aseveración ahorra todo comentario. Increíblemente, a partir de este Auto la jurisprudencia posterior ha ido dando bandazos, brindando sentencias contradictorias que han podido servir para que los aplicadores jurídicos inferiores encuentren soluciones a medida para cada caso, generándose el caos que ya hemos denunciado.

- El TC tiene la oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre el tema casi un año después de dicho Auto, y lo hace a través de la S 76/1992 de 14 mayo⁹³ a resultas de una cuestión de inconstitucionalidad que si bien se refería al artículo 87.2 LOPJ sólo cuestionaba la competencia del juez penal para efectuar el control de la entrada domiciliaria, pero no planteaba problema alguno relativo a la parte sustantiva de dicho precepto, esto es a los ámbitos materiales protegidos por el mismo. Por tanto, los pronunciamientos que hace dicha Sentencia sobre estos ámbitos son innecesarios para la resolución de las cuestiones planteadas, lo que las hace más inoportunas. Ya en el Fundamento jurídico 3 a) la Sentencia deja caer una expresión que apunta a la dualidad de valores jurídicos protegidos en el artículo 87.2 LOPJ (“el Juez de Instrucción, al que se le solicite la autorización para entrar en domicilio o en los lugares indicados en el artículo 87.2 de la LOPJ”), tesis que explicita de modo radical más adelante:

“El Juez de Instrucción... no es el juez de la legalidad y de la ejecutividad del acto de la administración, sino el juez de la legalidad de la entrada en domicilio y en los demás lugares enunciados en el artículo 87.2 LOPJ, pues este precepto no se refiere sólo a la entrada en domicilio garantizando la inviolabilidad del mismo, sino también a los “restantes edificios o lugares de acceso dependientes del consentimiento de sus titulares” que es el supuesto de las autorizaciones para la entrada en fincas rústicas en este caso del juez proponente”.

Por más insatisfactoria que pueda parecer tal declaración, dada su carencia de fundamentación y producirse fuera de contexto, hay que reconocer, en honor a la verdad, que es el

⁹³ Cuestiones de Inconstitucionalidad en relación con el artículo 130 de la Ley General Tributaria y artículo 87.2 LOPJ. Pleno. Ponente: García Mon y González Regueral. Ar. 76/1992.

pronunciamiento más claro sobre el problema que hasta ahora ha emitido el Tribunal Constitucional.

- La STC 10/2002 de 17 enero⁹⁴, una de las últimas emitidas, parece volver a la tesis de la dualidad de ámbitos protegidos por la LOPJ, no obstante haber aparecido con posterioridad a otras situadas en una postura distinta, como venimos de exponer. La Sentencia, tras hacer un interesante compendio de la jurisprudencia constitucional recaída sobre diversos aspectos de la garantía de la inviolabilidad y hacer la cabal precisión de que “ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido”, concluye que si en ese espacio no se desarrolla vida privada no puede considerarse domicilio; y recuerda al respecto supuestos ya resueltos por el Tribunal en tal sentido (locales destinados a almacén de mercancías, un bar y un almacén, unas oficinas de una empresa, los locales abiertos al público o de negocios...), pero acaba esa relación aludiendo a “los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del consentimiento de sus titulares a los que el artículo 87.2 LOPJ extiende la necesidad de autorización judicial para su entrada y registro”, con lo cual secunda la tesis de la ya comentada STC 76/1992 de 14 mayo, pues presupone que esos “restantes edificios o lugares” no forman parte del concepto de domicilio sino que son espacios diferentes, no obstante lo cual gozan de la misma protección que el domicilio frente a la Administración, dada la necesidad, según sostiene la tesis, de que aquélla obtenga la autorización judicial, tanto en uno como en otro caso, si el interesado no consiente la entrada.

3. Las sentencias que eluden el problema.

Al igual que ocurre de ordinario con las Sentencias que emiten las Salas de lo Contencioso de los Tribunales de Justicia, también la jurisprudencia del TC ofrece muestras de sentencias de las que hemos calificado como “acríticas”, es decir, las que pasan por alto la cuestión de si era o no precisa la autorización judicial para la entrada en determinado sitio o lugar⁹⁵, con abstracción de si el juez, de hecho, la hubiera concedido o no.

Como primera muestra de una Sentencia de este tipo hay que citar obligadamente la 144/1987 de 23 septiembre⁹⁶ por la simple razón de que fue la primera resolución dictada por el TC tras la entrada en vigor de la LOPJ de 1985. En este caso, un Juzgado de Instrucción había concedido autorización para que funcionarios pudieran entrar en una emisora de radio y clausurar sus actividades. Por tanto, se trataba de un caso test propicio para calificar o no dicho lugar como domicilio o, en su caso, como uno de esos “restantes lugares” a que hace mención el artículo 87.2 LOPJ. Pero la sentencia no se detiene en esto dando por bueno el hecho de que la Administración había solicitado la entrada y el juez la había concedido. Se dedica fundamentalmente a valorar precisamente la función de la autorización judicial en estos casos.

La STC 171/1997 de 14 octubre⁹⁷ versa sobre un caso semejante al anterior –entrada en emisora de televisión local no autorizada, para su cierre- sin hacer la menor consideración a la

⁹⁴ Cuestión de Inconstitucionalidad 2829/1994. Ponente: Casas Baamonde. Ar. 10/2002.

⁹⁵ Vid. MACIAS CASTAÑO, J.M., que cita ejemplos al respecto “el desahucio administrativo...”, cit. pág. 504.

⁹⁶ Recurso de amparo nº 858/1986. Ponente: Rubio Llorente (Ar.144).

⁹⁷ Recurso de amparo nº 3423/1994. Ponente: García Manzano (Ar.171/1997).

cuestión que nos ocupa⁹⁸. Tampoco pone reparo la STC 92/2002 de 22 abril⁹⁹ al hecho de haberse otorgado autorización judicial para la entrada administrativa con el fin de demoler obras en construcción de una nave, hablándose en los distintos fundamentos jurídicos de “entrada en domicilio” con toda naturalidad.

C. LA DIVISIÓN DE LAS POSTURAS DOCTRINALES

En honor a la verdad hay que decir que los pronunciamientos de la doctrina son escasos en comparación con el gran número de publicaciones que sobre el tema han aparecido y la especial dedicación que los autores han prestado a otros aspectos de la garantía ciertamente importantes pero no más del que ahora nos ocupa. En suma, se aprecia que el tema pasa inadvertido como si fuera un asunto resuelto y la verdad es que no es así pues aún en la hipótesis de que los autores entendieran que el artículo 87.2 LOPJ implantó dos ámbitos de protección y por ello no resultaría necesario elucubrar más sobre el alcance del precepto, es evidente que la fórmula “restantes edificios y lugares de acceso dependiente del consentimiento...” siempre exigiría detenerse en ella pues tampoco es un dechado de claridad.

Hay que decir también que los relativamente escasos pronunciamientos doctrinales, tanto los de uno como otro signo, no se encuentran respaldados por un análisis de la cuestión en profundidad y que son más numerosos, que hayamos visto, los que defienden la existencia de dos tipos de bienes o valores protegidos en dicho precepto.

Así, entre los que defienden la existencia de esa dualidad de garantías fue bastante temprana la postura de GONZÁLEZ NAVARRO, aseverando que la garantía domiciliaria se extiende a cualquier dependencia de propiedad de un particular¹⁰⁰. Así lo admite también, aunque en tono crítico, GÓMEZ GUILLAMÓN, tomando en cuenta el famoso Auto TC de 1 de julio 1991¹⁰¹. Opinión en el mismo sentido sostuvo también prontamente GONZÁLEZ RIVAS¹⁰². Especialmente incisivo e influyente sobre la doctrina posterior ha sido el planteamiento de SANZ GANDASEGUI que ya expusimos *supra*, optando de modo resuelto –obviamente, invocando el referido Auto– por la tesis de que la norma protege dos bienes jurídicos distintos, la privacidad o intimidad de una parte y el derecho de propiedad de otra¹⁰³. La misma opinión sostiene BARCELONA LLOP quizás

⁹⁸ En realidad en el Fto. jur. 2 hay una frase que se presta a cualquier interpretación. Se habla, en efecto, de “la entrada en el domicilio o lugares asimilados a él por el art. 87.2 LOPJ, lo que en una interpretación puramente literal resultaría que esos “lugares asimilados” son los distintos al domicilio, pues claro es, que el domicilio constitucional, con la amplitud que le es propia, no ha sido acuñado por el art. 87.2 LOPJ, siendo éste en todo caso mera traducción del concepto forjado por el TC.

⁹⁹ Recurso de amparo nº 4021/1999. Ponente Vives Antón (Ar. 92/2002)

¹⁰⁰ “La regulación de los procedimientos administrativos en la Ley de Defensa de la competencia”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 9, 1990, pág. 56.

¹⁰¹ *El artículo 87.2 de la LOPJ...* cit., págs. 75 y 81.

¹⁰² “Son dos los derechos diferentes que se ejercen sobre el contenido del referido precepto: de una parte, el domicilio íntimamente ligado al derecho fundamental a la intimidad en el art. 18.2 del texto de la Constitución y, por otra parte, el derecho sobre otros lugares o dependencias en los que se puede ejercer un derecho como es la propiedad”. “El artículo 87.2 de la Ley Orgánica...”, cit., pág. 555.

¹⁰³ Sostiene, en efecto, que el legislador ha querido aumentar el ámbito de garantías más allá de lo inicialmente previsto por la Constitución, lo que implica la imposibilidad de que la Administración acceda sin autorización de su titular a heredades rústicas cercadas o valladas, locales cerrados en los que se prohíba el acceso por señales al efecto, etc. “La ejecución de los actos administrativos...”, cit., págs. 149-150. En el mismo sentido, e invocando igualmente el célebre Auto TC 1 julio 1991 GIÓN SUÁREZ, Carlos Miguel, “La protección de la inviolabilidad...”, cit., pág. 1008. También

por entender que esa ampliación de la garantía conlleva una “gradación en la intensidad de la protección”, de modo que cuando esté involucrado el domicilio el juez debe actuar con un celo superior a cuando se trata de esos otros lugares¹⁰⁴

De entre las interpretaciones más recientes destaca la de MACÍAS CASTAÑO quien, aparte de llevar razón en la denuncia que hace sobre la confusión provocada por el TC, cuyas circunstancias expone certeramente, acoge la tesis de la dualidad aunque sin celebrarlo, e imputa al TC la culpa de haber hecho la interpretación extensiva del artículo 87.2 al haber entendido que el legislador exige la autorización para entrar en otros edificios o lugares que, en realidad, no son domicilios constitucionalmente protegidos, opinión que en términos generales suscribimos aunque con alguna matización¹⁰⁵.

Opinión contraria es la de QUERALT quien estima que no todos los lugares cerrados, sean locales o terrenos, son sedes de intimidad, por lo que son allanables sin necesidad de autorización judicial¹⁰⁶. Asimismo, SÁNCHEZ MELGAR señala que el artículo 91.2 LOPJ, con su alusión a esos otros “edificios o lugares” viene precisamente a demostrar que el ámbito de intimidad que corresponde al derecho fundamental es más amplio que el de “habitación o morada”, es decir, son espacios que no constituyen morada “en sentido estricto”¹⁰⁷.

VI. ELEMENTOS MUY A TENER EN CUENTA A LA HORA DE SENTAR CONCLUSIONES SOBRE EL PROBLEMA

A. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La jurisprudencia contenciosa del Tribunal Supremo sobre la materia, ya prácticamente inexistente, ha ofrecido siempre una homogeneidad estimable, desde luego no en la dirección de reconocer dos ámbitos protegibles en el artículo 92.1 LOPJ.

acepta la tesis, aunque lamentándola, FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho a la inviolabilidad”, cit., pág. 227. “El desahucio administrativo...”, cit. Pág. 505.

¹⁰⁴ “Ejecutividad, Ejecutoriedad...” pág. 531. Sin perjuicio de la alta calidad de esta obra, no nos parece convincente ese concreto parecer pues la diferencia de celo de la que habla el autor no consta en norma alguna y la jurisprudencia constitucional que ha ido configurando el régimen de la actuación del juez no ha hecho distinciones al respecto. Por otra parte, la tesis de la “gradualidad de la intensidad de la protección” que BARCELONA atribuye a NIETO y a la postre a la doctrina alemana no es del todo exacta pues cuando NIETO habla de esa gradualidad es siempre dentro del concepto –amplio- de domicilio, sin referirse para nada a los espacios o lugares que no son domicilio, que son precisamente los que constituyen la ampliación del artículo 87.2 LOPJ que el autor defiende. Vid. NIETO, A. “Actos administrativos cuya ejecución...”, cit. pág. 32.

¹⁰⁵ Básicamente compartimos al punto lo denunciado por el autor y lo prueba la exposición que hemos hecho en el epígrafe anterior. Sin embargo discrepamos de que haya sido la Sentencia que el autor cita –STC 59/1995- la que precisamente haya producido la indebida ampliación del artículo 87.2 LOPJ, al decir que la necesidad de autorización “Se extiende el concepto de domicilio no sólo a la vivienda en sentido estricto, sino también a los restantes edificios o lugares de acceso dependientes de la voluntad del titular”, pues hay que observar que en el párrafo transcrito la Sentencia parte de la “vivienda en sentido estricto” y siendo así puede perfectamente interpretarse que a esa referencia nuclear pueden ser añadidos otros edificios y lugares hasta completar el concepto de domicilio constitucional cuya esfera es muchísimo más amplia. Por ello entendemos que esa precisa sentencia coadyuva a la idea de que en el artículo 87.2 LOPJ, actualmente 91.2, sólo existe un ámbito protegido: el domicilio.

¹⁰⁶ QUERALT, J.J.: “La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. Especial referencia a la de las empresas”, *RED Constitucional* n° 30, 1990, págs. 42 y ss.

¹⁰⁷ “La entrada y registro en domicilio de particulares...” cit., pág. 1439.

Ejemplar en cuanto al concepto de domicilio constitucional es la breve y atinada S. 15 marzo 1990¹⁰⁸, verdadero caso-test. Es destacable por su claridad y contundencia la STS 21 junio 1996, que sin ningún rodeo reconoce la legitimidad de la entrada de agentes de la Administración, sin autorización judicial, por tratarse de un local que no tenía la consideración de domicilio¹⁰⁹. Por su parte, la STS de 7 de noviembre 1997¹¹⁰, referida a un despacho profesional, se ajusta fielmente al concepto constitucional de domicilio considerando integrado en él dicho lugar porque “no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de mención de la persona y de esfera privada de ella”, haciendo un pronunciamiento del mayor interés sobre el sentido de la expresión “restantes edificios o lugares”, declarando que estos espacios no son cualesquiera lugares sino los que constituyen sede de la intimidad, lo que implica su inclusión en el amplio concepto de domicilio:

“El artículo 87.2 de la LOPJ demuestra que el ámbito de intimidad que corresponde al derecho fundamental es más amplio que el de habitación o morada”. Esta disposición reconoce la existencia de “domicilios” y de otros “edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, es decir, que no constituyan morada en sentido estricto. Es claro, por lo tanto, que el establecimiento de un ámbito de intimidad constitucionalmente protegible no está vinculado a la habitación en sí misma, sino al libre desarrollo de la personalidad y, consecuentemente, no necesita estar físicamente vinculado al ámbito espacial en el que el ciudadano habita con cierta permanencia”.

Tampoco faltan sentencias del Tribunal Supremo del tipo de las “acríticas” a las que hicimos mención *supra*. Así, omiten cualquier valoración sobre el tratamiento como domicilio que se había dado a supuestos tales como la entrada en un local donde se practicaba juego ilícito¹¹¹ o en un club deportivo¹¹². También se aprecia notoria ambigüedad en algunas otras resoluciones¹¹³.

B. RESPUESTA DE LA LEGISLACIÓN POSTERIOR A LA LOPJ.

Otro dato a tener en cuenta a la hora de interpretar el artículo 87.2 LOPJ 1985 es el hecho de que la LRJPAC en 1992 (art. 96.3) mantuvo en su misma literalidad lo que dispuso el artículo 102 de la LPA 1958 sobre la ejecutoriedad de los actos, no haciéndose eco en absoluto de la

¹⁰⁸ Sección 9ª. Ponente: Trillo Torres (Ar. 3522). Los terrenos que circundaban la vivienda eran presumiblemente de dominio público, no obstante lo cual la sentencia realza la circunstancia de desarrollarse en él vida privada, dato determinante para considerarlos como una prolongación de aquella y calificarlos como domicilio a efecto de la garantía constitucional.

¹⁰⁹ Sección 2ª. Ponente: Gota Losada (Ar. 8598). “No era preciso que los Agentes del Servicio de Vigilancia Fiscal actuaran provistos previamente de una autorización judicial de registro, porque no se trataba del domicilio y hogar de la persona, sino de un local público, como es un bar, en el que ante su presencia se estaban vendiendo cajetillas de tabaco de contrabando” (Fto. jur. 2).

¹¹⁰ Sala de lo Penal. Ponente: Soto Nieto (Ar. 8348)

¹¹¹ SSTS 21 septiembre y 30 octubre 1987. Sala de lo c. a. Ponente: González Mallo (Ar. 6135 y 7051).

¹¹² STS 7 diciembre 1994. Sala de lo c. a. Ponente: Barrio Iglesias (Ar. 9445). La inhibición de la sentencia sobre la cuestión es ostensible. Así, mientras la Sentencia “a quo”, había afirmado que “la autorización judicial sólo resulta necesaria cuando el espacio construido se destine a domicilio”, la Sala del Supremo viene a abstraerse de “toda disposición acerca de si un club deportivo debe o no considerarse domicilio a los efectos del artículo 18.2 de la Constitución”.

¹¹³ STS de 9 octubre 1991, Sala de lo c. a. Ponente: González Mallo (Ar. 7701), relativa a centros de trabajo o locales donde se desarrollan actividades laborales. Es ciertamente equívoca la STS de 23 septiembre 1997. Sala de lo c.a. Ponente: González Rivas (Ar. 6478).

“innovación” que presuntamente introdujo la LOPJ. Tampoco se ha movido el legislador con ocasión de la reforma de la LRJPAC en 1999. Así, en la Ley de cabecera reguladora del régimen jurídico se sigue diciendo que si fuese necesario entrar en el domicilio de afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial” (art. 96.3)

Cabe suponer que la LRJPAC, posterior en el tiempo por añadidura, mediante el precepto que acabamos de transcribir haya asumido sin más lo dispuesto en la LOPJ, en la inteligencia de que ésta no habla más que de domicilio. Sería ilógica la opción contraria, es decir, la de suponer que el artículo 96.3 se limita a hablar de domicilio y deja que la LOPJ se ocupe del resto¹¹⁴.

Hay que referirse igualmente a otras disposiciones surgidas después de la LOPJ 1985, que lejos de secundar la presunta garantía añadida por ésta, han reaccionado en el sentido de afirmar la autotutela de la Administración. Así, como ya destacara Alejandro NIETO, un buen ejemplo es el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, en cuyos artículos 120, 122 y 130 es perceptible el rechazo de las restricciones que impidan a la Corporación desarrollar sus poderes ejecutorios. Por su parte, la nueva Ley General Tributaria 58/2003 de 17 diciembre (art. 113) “recoge velas” igualmente y apunta exclusivamente al domicilio como objeto de la protección, con un énfasis palpable:

“Cuando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el *domicilio constitucionalmente protegido* de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria deberá obtener el consentimiento de aquél o la oportuna autorización judicial”

Mención especial merece la nueva redacción del artículo 51 de la Ley de Expropiación Forzosa¹¹⁵. Esta presenta una solución intermedia, ecléctica, en la que la necesidad de autorización judicial se contrae al domicilio de personas físicas y jurídicas y los “locales cerrados sin acceso al público”, es decir, ni se limita al domicilio ni se extiende a cualquier lugar de acceso dependiente del consentimiento de su titular. Esto significa que el legislador ha rectificado. Mejor dicho, cabe decir que ha caído en su propia red, ha tenido en cuenta el exuberante garantismo a que da pie la letra del artículo 91.2 LOPJ y ha decidido poner coto a esa interpretación expansiva. Pero esa solución intermedia implica, por el contrario, que el legislador ha renunciado a mantener la tesis de que el artículo 91.2 LOPJ sólo contempla el domicilio, con lo cual le hace flaco favor a quienes defienden que sólo existe en dicho precepto un ámbito garantizado y no dos; y de otra, que la Ley ordinaria se ha enfrentado a la Ley orgánica, tanto si se interpreta que ha *extendido* indebidamente la garantía a lugares que no son el domicilio, como si se entiende que ha *reducido* la garantía a los lugares cerrados, ignorándola respecto a los demás lugares cuyo acceso depende del consentimiento de su titular. Por tanto, una solución sumamente discutible, aunque comprensible, que viene a evidenciar la inseguridad existente sobre cuál sea en verdad el ámbito garantizado por el artículo

¹¹⁴ Así lo estima SANZ GANDASEGUI al afirmar la imposibilidad de que la LRJPAC derogue la LOPJ, “La ejecución de los actos...”, cit. pág. 150. Pero creemos que no hay que tensionar el planteamiento en términos de derogación o no de ambas normas, pues parece más normal sostener que no hay colisión y que el artículo 96.3 LRJPAC ha interpretado el alcance del 91.2 LOPJ y lo asume. Es más, para MACÍAS CASTAÑO, el artículo 96.3 sería el precepto rector dada su naturaleza sustantiva y no el 91.2 LOPJ y el 8.6 LJCA, cuyo alcance es el de establecer la competencia de los juzgados de lo contencioso. “El desahucio administrativo...”, cit. pág. 502.

¹¹⁵ Modificado por el artículo 76 de la Ley 53/2002 de 30 diciembre. Aplicaciones del nuevo art. 51 LEF pueden verse en las SSTSJ Cataluña 236 y 237/2005 de 17 de febrero y 996/2005 de 29 julio.

91.2 LOPJ, amén de revelar la dificultad que para el desenvolvimiento de la Administración puede representar dicho precepto interpretado en el sentido de que protege la propiedad en general.

Las leyes posteriores se han ido encargando de desinflar la presunta garantía de la propiedad contenida en el precepto antes mencionado. Además de las muchas disposiciones citadas por algún autor relacionadas con la potestad de inspección¹¹⁶ cabe añadir otras que refieren la necesidad de la autorización judicial sólo cuando la Administración necesite entrar en el *domicilio*, no apareciendo mención alguna a los “restantes edificios o lugares”¹¹⁷, lo cual permite decir que la propia legislación ha reconducido la garantía a su ámbito natural: el domicilio.

VII. REFLEXIONES FINALES.

Frente a las tradicionales reglas de la decisión ejecutoria y de la autotutela de la Administración que permitía a ésta acceder a cualquier lugar, sin precisar de autorización judicial, para realizar actividades de vigilancia e inspección o para ejecutar actos administrativos, la Constitución de 1978 llevaba ínsita la garantía del domicilio inviolable que al cabo se asentó con carácter universal, sin fisuras, a partir de la Sentencia constitucional 22/1984 de 17 de febrero. No faltaron entonces voces de alarma ante esta especie de claudicación del poder administrativo frente al domicilio.

En dicha Sentencia y otras que le siguieron, el TC estableció una regla clara para determinar el nuevo concepto de “domicilio constitucional” -no explicitado en la Constitución- superador de otros conceptos de domicilio que han venido operando en distintas áreas del Derecho. Aunque ha debido mediar un notable esfuerzo por parte de los órganos judiciales y la doctrina para acomodarse a ese nuevo concepto, más amplio y protector, puede decirse que éste se encuentra a estas alturas sobradamente consolidado y no plantea más que los lógicos problemas de interpretación a la hora de aplicar la citada regla a casos concretos que ofrecen alguna rareza o atipicidad.

Puede decirse que la LOPJ de 1985 no estuvo a la altura de las circunstancias pues ni su primitivo artículo 87.2 ni el actual 91.2 han dejado sentado con la claridad debida algo tan decisivo como si la Ley se limita a positivizar, mal que bien, ese concepto de “domicilio constitucional” desvelado por aquel entonces por el TC; o si, además de eso, con la fórmula contenida en dicho precepto ha tratado verdaderamente de aumentar la garantía a “otros edificios y lugares”, cualquiera que estos sean, con tal de que su acceso dependa del “consentimiento de su titular”, lo que representa, de ser correcta esta última hipótesis, una inusitada vuelta de tuerca al sistema, pues casi todo el peso de la garantía domiciliaria se habría desplazado desde su natural centro de gravedad -el domicilio- hacia los bienes del administrado en general, es decir, la propiedad. Se

¹¹⁶ Vid. por todos, FERNANDEZ RAMOS, S., “El derecho a la inviolabilidad...”, cit. págs. 220 y ss.

¹¹⁷ Ley 42/1997 de 14 novbre de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 5); Ley de La Rioja 5/1998 de 23 de abril de Asistencia Social (art. 13); Ley Foral de Navarra 13/2000 de 14 novbre, General Tributaria (art. 123); Ley de Cantabria 2/2001 de 25 junio de Ordenación Territorial y Régimen urbanístico del Suelo de Cantabria (art. 205); Ley andaluza 1/2002 de 4 abril de Ordenación, Fomento y Control de la pesca marítima, el marisqueo y la acuicultura (art. 88); Ley de Aragón 6/2003 de 7 febrero, de Turismo (art. 73); Ley de Canarias 14/2003 de 8 abril, de Puertos (art. 14); Ley 8/2003 de 24 abril sobre Sanidad Animal (art. 79); Ley 21/2003 de 7 julio, de Navegación Aérea (art. 25); Ley Orgánica 8/2003 de 9 julio (de modificación de la LOPJ) para la Reforma Concursal (art. 5) Ley 11/2005 de 11 noviembre, de Vías Pecuarias (art. 56).

quiere decir que aquella alarma provocada por la primacía del domicilio frente a las potestades administrativas ha quedado empequeñecida, insignificante, ante la derivación que ha tomado el asunto.

La tremenda ambigüedad de la LOPJ ha dislocado el panorama jurisprudencial y doctrinal. Tan resbaladizo es el terreno que a la postre viene patinando sobre él hasta el propio legislador que ha acabado abjurando del artículo 91.2 LOPJ o no se sabe bien de qué porque el norte en este asunto está perdido. Como ha podido verse en las páginas anteriores los Tribunales de todas clases -con la excepción del TS, afincado en la línea clásica- manejan aleatoriamente tanto la tesis de la garantía única o domiciliaria como la doble garantía que, obviamente, incluye la propiedad. La mayoría de la doctrina se ha venido adscribiendo, creemos que irreflexivamente, a esta postura ultragarantista, una postura de la que está desertando, como queda dicho, el propio legislador¹¹⁸.

En términos generales puede decirse que en cuanto a la aplicación del artículo 91.2 LOPJ el pulso lo vienen ganando quienes postulan que en éste existe una doble garantía, a lo que nada habría que objetar -por más que esta solución no complaciera- si tal solución se desprendiera inequívocamente del precepto; pero esto no es así. Por otra parte, estamos en presencia de una paradoja descomunal: mientras por una parte la jurisprudencia y la doctrina se han venido esmerando en perfilar los confines del domicilio constitucional para así definir cuándo es obligado solicitar del juez la autorización para acceder a aquél, resulta que tal esfuerzo es absurdo si por otro lado se está exigiendo que la Administración obtenga dicha autorización para acceder a cualquier sitio. Este resultado final, ciertamente ridículo, se ha tratado de justificar diciéndose que en el caso del domicilio se está ante una garantía constitucional mientras que en los demás la garantía es de rango legal¹¹⁹. La diferencia es puramente formal, nada operativa en el plano del funcionamiento ordinario de la institución. Ciertamente, en el caso del domicilio sí sería posible plantear en su momento un recurso de amparo, lo que estaría vedado en los demás casos, pero todo esto es más teórico que real¹²⁰.

Como ocurre tantas veces, cuando las garantías se inflacionan y se extienden más allá de su ámbito razonable y susceptible de verdadero control van perdiendo fuerza y credibilidad, y esto mismo es lo que puede estar sucediendo con la garantía que nos ocupa. La necesidad de la Administración de proveerse de autorización judicial para acceder a cualquier lugar que haya sido excluido de intromisiones y miradas por el libérrimo designio de su propietario (la Ley de Expropiación Forzosa ha rectificado y ahora el propietario sólo dispone de ese designio sobre los “lugares cerrados”¹²¹) masifica las solicitudes de entrada, rutiniza la garantía y al cabo automatiza la obtención de las autorizaciones, peligro éste del que ya advirtieron en su día los autores que

¹¹⁸ Así dice expresivamente la STSJ Cataluña 353/2005 de 14 marzo (Ponente Berberoff Ayuda, D.T., “Asistimos en la actualidad a lo que quizás podríamos denominar una interpretación restrictiva de la necesidad de solicitar del órgano jurisdiccional la correspondiente autorización... lo cual tiene oportuno reflejo en ámbitos sectoriales, como acontece por ejemplo con relación al artículo 51 de la Ley de Expropiación Forzosa...” (Fto. Jur. 2)

¹¹⁹ Así lo han resaltado SANZ GANDESEGUI, F., “La ejecución de los actos...” cit. pág. 149; GIÓN SUAREZ, C., La protección de la inviolabilidad...”

¹²⁰ Una vez que la Administración consigue su propósito de entrar en el lugar de que se trate, por más irregularmente que se haya procedido, el interés del interesado en sostener la pugna jurídica sobre esta precisa cuestión decae fulminantemente, pues a partir de entonces ya sólo tiene relieve lo concerniente al asunto principal.

¹²¹ Así, el nuevo criterio es que al propietario le bastará con cerrar, vallar o cercar un lugar para que de inmediato queden enervadas las potestades administrativas, lo cual como medida operativa podrá ser aceptable, pero no parece que se trate de un criterio riguroso desde el punto de vista de los principios.

mostraron su reticencia incluso cuando sólo se discutía sobre la exigencia de autorización para entrar en el domicilio *stricto sensu*. Así, se observa que esas autorizaciones se suelen otorgar de ordinario y que las Administraciones las piden sin luchar un ápice por su fuero propio exento de esas intervenciones judiciales.

Creemos que la institución está achacada de una grave incertidumbre en el extremo estudiado y que debe ser reconsiderada con el rango legal necesario y a efectos generales. Es menester y con urgencia clarificar el ámbito material protegido, comprimiendo la garantía a límites razonables para evitar su trivialización, y dotando al núcleo protegido de seguridad verdadera mediante la fijación de un procedimiento que regule detalladamente la función del juez en estos casos y las garantías de defensa del administrado -tan ausentes en la actualidad-, todo ello en pro de que la garantía se robustezca en lo que constituye su ámbito natural y se evite así la comisión de atropellos en ese *sancta sanctorum*, paradójicamente con el apoyo “legitimador” de la autorización de un juez.

* * * * *

SEVILLA, OCTUBRE 2007