



Universitat de Lleida

La autorización judicial de entrada y otras autorizaciones contencioso-administrativas

Laura Salamero Teixidó

Dipòsit Legal: L.1315-2013
<http://hdl.handle.net/10803/123811>



La autorización judicial de entrada y otras autorizaciones contencioso-administrativas està subjecte a una llicència de [Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 3.0 No adaptada de Creative Commons](#)

(c) 2013, Laura Salamero Teixidó

**LA AUTORIZACIÓN
JUDICIAL DE ENTRADA
Y OTRAS AUTORIZACIONES
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS**

Trabajo para la colación del Grado de Doctora,
realizado bajo la dirección del Dr. D. Juan Pemán Gavín, Catedrático de Derecho
Administrativo
y el Dr. D. Antonio Ezquerro Huerva, Profesor Titular de Derecho Administrativo

Lleida, 25 de junio de 2013

Laura Salamero Teixidó
Área de Derecho Administrativo
Universidad de Lleida

**LA AUTORIZACIÓN
JUDICIAL DE ENTRADA
Y OTRAS AUTORIZACIONES
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS**

*Laura Salamero Teixidó
Área de Derecho Administrativo
Universidad de Lleida*

A mis padres

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS 15

INTRODUCCIÓN GENERAL..... 19

Primera Parte
La autorización judicial de entrada

Capítulo I

La irrupción de la autorización judicial de entrada en el marco jurídico administrativo. Del artículo 18.2 de la Constitución, pasando por la STC 22/1984, hasta la legislación actual.

I. DEL ORIGEN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN EL MARCO JURÍDICO ADMINISTRATIVO. BREVE REPASO. 31

1. BREVE DESCRIPCIÓN DEL PANORAMA PREVIO A LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978. 31

2. EL ARTÍCULO 18.2 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 22/1984, DE 17 DE FEBRERO..... 34

3. LA RECEPCIÓN POR LA LEGISLACIÓN ORDINARIA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA: MARCO GENERAL..... 44

A. *La Ley Orgánica del Poder Judicial: la atribución competencial al orden jurisdiccional penal.*..... 44

B. *La Ley del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: su fidelidad al mandato constitucional.* 48

C. *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: atribución competencial al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.* 50

II. LA PROBLEMÁTICA ASOCIADA A LA ACTUAL CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA. 54

Capítulo II

Los bienes jurídicos protegidos por la autorización judicial de entrada: de la inviolabilidad del domicilio a la propiedad privada.

I. INTRODUCCIÓN..... 59

II. LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO: LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA COMO GARANTÍA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL ANTE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. 60

1.	EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO.	61
A.	<i>Fundamento y contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio.</i>	61
B.	<i>El concepto constitucional de domicilio.</i>	70
2.	LOS TITULARES DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO.	76
A.	<i>Las personas físicas.</i>	76
B.	<i>Las personas jurídicas.</i>	81
3.	LÍMITES DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO.	93
A.	<i>Los límites taxativos impuestos por el art. 18.2 junto a otras excepciones a la inviolabilidad del domicilio.</i>	93
B.	<i>En particular, el consentimiento del titular del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.</i>	96
III.	PROPIEDAD PRIVADA: LA EXIGENCIA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA PARA ACCEDER A ESPACIOS NO DOMICILIARIOS.	99
1.	EL CONCEPTO DE ESPACIOS «CUIYO ACCESO REQUIERA EL CONSENTIMIENTO DE SU TITULAR», SEGÚN EL ART. 91.2 DE LA LOPJ.	100
A.	<i>Las posibles exégesis del precepto.</i>	101
B.	<i>La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante el art. 91.2 de la LOPJ.</i>	106
C.	<i>La interpretación de los tribunales superiores de justicia.</i>	115
a.	<i>Jurisprudencia que defiende el domicilio como único bien jurídico protegido por la autorización judicial de entrada.</i>	117
b.	<i>Jurisprudencia que defiende tanto el domicilio como los espacios constitutivos de propiedad privada como objeto de tutela de la autorización judicial de entrada.</i>	120
c.	<i>La jurisprudencia indiferente de los tribunales superiores de justicia.</i>	129
D.	<i>Breve apunte conclusivo.</i>	134
2.	LA PAUTA LEGISLATIVA SEGUIDA TRAS LA LOPJ EN RELACIÓN CON LA IMPOSICIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA PARA ACCEDER A ÁMBITOS AJENOS AL DOMICILIO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO. LA VOLUNTAS LEGISLATORIS A FECHA DE HOY.	134
A.	<i>La Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.</i>	136
B.	<i>La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.</i>	138
C.	<i>Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, según la modificación operada en su artículo 51.</i>	139
D.	<i>El Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.</i>	142
E.	<i>La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.</i>	142
F.	<i>La legislación autonómica.</i>	143
a.	<i>La Ley 10/2005, de 11 de noviembre, de vías pecuarias de Aragón.</i>	143
b.	<i>La Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón.</i>	144
c.	<i>La Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid.</i>	145
G.	<i>Breve apunte conclusivo.</i>	146
3.	LA FACULTAD DE EXCLUSIÓN COMO PUNTO DE CONEXIÓN ENTRE LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO, EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PROPIEDAD PRIVADA.	148
A.	<i>Sobre la inadecuación de la autorización de entrada para tutelar el derecho a la intimidad.</i>	149
B.	<i>Breve aproximación al derecho a la propiedad privada y a la facultad de exclusión.</i>	151
C.	<i>El derecho a la propiedad privada según su tutela por la autorización judicial de entrada.</i>	154
4.	ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL MEDIANTE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.	162

Capítulo III

Actividad administrativa sujeta a la autorización judicial de entrada

I.	PRESUPUESTOS PARA LA EXIGENCIA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN EL MARCO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.	177
1.	LA DIMENSIÓN OBJETIVA.....	178
A.	<i>Los bienes jurídicos protegidos por la autorización judicial de entrada: el domicilio y la propiedad privada.....</i>	178
B.	<i>La actividad administrativa material o de ejecución como aquella susceptible de afectar a los bienes jurídicos protegidos por la autorización judicial.....</i>	178
2.	LA DIMENSIÓN SUBJETIVA.....	180
A.	<i>La oposición del administrado.....</i>	181
B.	<i>La potestad coactiva de la Administración.....</i>	182
II.	LA POTESTAD DE AUTOTUTELA EJECUTIVA COMO CATEGORÍA BAJO LA QUE INTEGRAR LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SUSCEPTIBLE DE QUEDAR SUJETA A LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.....	184
1.	LA POTESTAD DE AUTOTUTELA: REPASO HISTÓRICO Y CONCEPTUACIÓN ACTUAL.....	184
A.	<i>Breve introducción histórica a la institución de la potestad de autotutela.....</i>	184
B.	<i>La conceptualización actual de la autotutela.....</i>	190
a)	<i>La autotutela declarativa.....</i>	191
b)	<i>La autotutela ejecutiva.....</i>	197
C.	<i>El principio de autotutela y su fundamento constitucional.....</i>	198
2.	LAS POSIBLES MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA EJECUTIVA EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.....	203
III.	LOS CRITERIOS DE ORDENACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN EL MARCO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. EN ESPECIAL, CUANDO DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA SE TRATA.....	205
1.	AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA Y DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO.....	206
2.	AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA Y DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA.....	207
IV.	LA EJECUCIÓN FORZOSA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.....	215
1.	BREVE RECORDATORIO DEL RÉGIMEN GENERAL DE EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	216
A.	<i>El acto administrativo eficaz y ejecutivo.....</i>	217
B.	<i>El acto administrativo ejecutorio.....</i>	219
C.	<i>En especial, las medidas provisionales.....</i>	220
a)	Breve aproximación al concepto de medida provisional y su distinción de otro tipo de actuaciones administrativas.....	221
b)	Sobre la naturaleza de las medidas provisionales y su ejecución coactiva.....	226
c)	El artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA como único supuesto de regulación de la imposición de la autorización judicial de entrada en el marco de la ejecución de medidas (provisionales).....	235
2.	EL ANCLAJE DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN EL MARCO DE LA INSTITUCIÓN DE LA EJECUCIÓN FORZOSA.....	237
V.	LA OCUPACIÓN DE BIENES INMUEBLES EXPROPIADOS Y LA RESTRICCIÓN DE LOS ÁMBITOS DE PROPIEDAD PRIVADA SUJETOS A LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.....	242
VI.	EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE INSPECCIÓN Y SU ESPECIAL RELACIÓN CON LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.....	250

1.	LA COMPETENCIA DEL JUEZ DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PARA AUTORIZAR LAS ENTRADAS EN SEDE DE INSPECCIÓN.....	252
2.	ALGUNAS DE LAS PECULIARIDADES MÁS DESTACADAS DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN SEDE DE INSPECCIÓN.....	254
A.	<i>La autorización judicial de entrada protege esencialmente el domicilio en sede de inspección; la protección de la propiedad privada como excepción.....</i>	254
a)	El especial supuesto de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte.....	258
B.	<i>La inspección y su condición de actuación sorpresiva. La posibilidad de recabar la autorización no solo ante la oposición del administrado o en defecto de su consentimiento, sino ante el riesgo de oposición.....</i>	260
C.	<i>El contenido de la resolución judicial que autoriza la entrada para el ejercicio de las funciones de inspección.....</i>	264
VII.	COACCIÓN DIRECTA Y AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA: SU DIFÍCIL CONJUGACIÓN.....	268
1.	DISTINCIÓN ENTRE LA SITUACIÓN DE URGENCIA Y EL ESTADO DE NECESIDAD.....	271
2.	ALGUNAS PECULIARIDADES DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN EL MARCO DE LA COACCIÓN DIRECTA.....	278

Capítulo IV

La autorización judicial de entrada como resolución judicial

I.	INTRODUCCIÓN.....	285
II.	EL ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE: COMPETENCIA OBJETIVA, TERRITORIAL Y FUNCIONAL.....	285
1.	LA COMPETENCIA OBJETIVA Y LOS PROBLEMAS PARA SU DETERMINACIÓN EN ALGUNOS LOS SUPUESTOS CONFLICTIVOS.....	286
A.	<i>La sentencia del Tribunal Constitucional 199/1998, de 13 de octubre, y sus posibles interpretaciones. .</i>	287
a.	<i>Antecedentes, fundamentos de Derecho y fallo de la STC 199/1998, de 13 de octubre.....</i>	288
b.	<i>Algunas de las posibles interpretaciones de la STC 199/1998, de 13 de octubre.....</i>	291
c.	<i>Una nueva aproximación a la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1998, de 13 de octubre, y la conjugación entre la función del juez de lo contencioso-administrativo en materia de autorización y el derecho a la tutela judicial efectiva.....</i>	296
B.	<i>Efectos de la interposición de un recurso y la petición de suspensión de la ejecutividad de la actuación administrativa en la ordenación de la competencia objetiva según la jurisprudencia y la doctrina.....</i>	308
a.	<i>La alteración del orden competencial establecido por la ley a consecuencia de la interposición de un recurso y de la petición de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo.....</i>	309
b.	<i>La denegación de la autorización judicial de entrada como consecuencia de la pendencia de una medida cautelar de suspensión asociada a un recurso contencioso-administrativo.....</i>	314
c.	<i>La importancia del tiempo y la aplicación del aforismo prior in tempore, potior in iure.....</i>	317
d.	<i>La importancia de que administrado y Administración pongan de manifiesto que existe pendencia de un recurso y que pende una medida cautelar de suspensión.....</i>	321
C.	<i>Efectos de la resolución judicial de un recurso en la ordenación de la competencia objetiva y otros efectos.....</i>	323
a.	<i>La sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991, de 18 de julio, y la distinción entre ejecución de actos administrativos y la ejecución de resoluciones judiciales.....</i>	323
b.	<i>Reacción doctrinal y jurisprudencial frente a la STC 160/1991, de 18 de julio.....</i>	329
c.	<i>La STC 160/1991, de 18 de julio, desde una nueva perspectiva crítica.....</i>	339
D.	<i>Posibles interferencias con la jurisdicción civil en los supuestos de declaración de desamparo de menores. .</i>	349

E. <i>La peculiar atribución competencial a la jurisdicción social en materia de autorización judicial de entrada para el ejercicio de funciones de inspección.</i>	352
F. <i>La asunción de la competencia objetiva en materia de autorización judicial de entrada por parte del servicio de guardia en sustitución de los juzgados de lo contencioso-administrativo.</i>	357
2. COMPETENCIA TERRITORIAL.	361
3. COMPETENCIA FUNCIONAL.	363
III. EL ENCAUZAMIENTO PROCEDIMENTAL DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN SEDE JUDICIAL.	367
1. EL POSIBLE ENCAJE DEL DESPACHO DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN LOS PROCEDIMIENTOS YA PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL.	368
2. LAS CLAVES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.	376
A. <i>Las distintas posturas jurisprudenciales y doctrinales respecto de la celebración de un trámite de audiencia.</i>	377
B. <i>La intervención del Ministerio Fiscal y asistencia jurídica de la Administración y del administrado.</i> ..	383
a. <i>El Ministerio Fiscal en el procedimiento de autorización de entrada.</i>	384
b. <i>Postulación procesal y asistencia letrada de la Administración y de las partes.</i>	386
IV. SOBRE LA NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.	389
1. NATURALEZA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.	389
A. <i>La autorización judicial de entrada: una resolución judicial de naturaleza no jurisdiccional.</i>	390
B. <i>La autorización judicial de entrada como requisito de legalidad de la actuación administrativa.</i>	393
2. FUNCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.	399
V. LA CONSECUCCIÓN DEL OBJETO DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA: REQUISITOS A CUMPLIR POR LA RESOLUCIÓN JUDICIAL Y ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL.	402
1. REQUISITOS EXIGIBLES A LA INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL EN EL MARCO DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA: MOTIVACIÓN Y CONTENIDO MÍNIMO DE LA AUTORIZACIÓN.	403
A. <i>La motivación de la resolución judicial.</i>	403
B. <i>Contenido de la resolución judicial por la que se autoriza la entrada.</i>	406
2. ELEMENTOS SOMETIDOS A LA COGNICIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL PARA VALORAR LA ADECUACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE ENTRADA.	414
A. <i>Sobre la individualización del titular del derecho afectado.</i>	415
B. <i>Sobre la legalidad de la decisión administrativa cuya ejecución requiere la autorización judicial de entrada.</i>	420
C. <i>Sobre la proporcionalidad.</i>	428
VI. CONSIDERACIÓN FINAL.	433

Segunda Parte

Otras autorizaciones contencioso-administrativas

Capítulo V

La autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias

I. ORIGEN DEL PRECEPTO Y ENCAJE EN LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA.	443
---	-----

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS: LOS RASGOS IDENTIFICATIVOS DE LA AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN JUDICIAL.	449
1. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL JUEZ DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FRENTE A LAS MEDIDAS SANITARIAS: LA LIBERTAD Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES.	449
A. <i>La libertad individual.</i>	452
B. <i>La libertad de circulación y residencia.</i>	454
C. <i>El derecho de reunión y manifestación.</i>	455
D. <i>El derecho a la integridad física y moral.</i>	456
E. <i>El derecho a la intimidad corporal y a la protección de datos de carácter personal.</i>	456
F. <i>La libertad de expresión e información.</i>	459
G. <i>La libertad religiosa y de culto.</i>	460
2. EL OBJETO DE LA AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN JUDICIAL: LAS MEDIDAS SANITARIAS Y SUS CARACTERÍSTICAS COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.	462
III. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL POR LA QUE SE AUTORIZA O RATIFICA LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA SANITARIA.	465
1. CRITERIOS DE ENJUICIAMIENTO A LOS QUE SE SOMETE LA MEDIDA PARA SER AUTORIZADA O RATIFICADA.	466
A. <i>El control de la apariencia de legalidad de la medida sanitaria.</i>	468
B. <i>El principio de proporcionalidad.</i>	471
C. <i>La individualización de los derechos afectados y de su titular.</i>	473
2. AUTORIZACIÓN PREVIA O RATIFICACIÓN POSTERIOR.	474
3. APLICACIÓN DEL ART. 763 DE LA LEC PARA ENCAUZAR PROCEDIMENTALMENTE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL.	476
4. SUPUESTOS COMPETENCIALES CONFLICTIVOS.	481
A. <i>La determinación de la competencia territorial.</i>	482
B. <i>El encabalgamiento entre la autorización de medidas sanitarias y la autorización judicial de entrada.</i>	482
5. LA NATURALEZA DE LA AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS Y SU ENGARCE EN LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA.	485
IV. UN SUPUESTO ADICIONAL DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL EN MATERIA SANITARIA: LAS ALTAS FORZOSAS.	488

Capítulo VI

La autorización judicial en el marco de las inspecciones ordenadas por la Comisión Nacional de la Competencia

I. INTRODUCCIÓN.	496
II. LA REGULACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: INCONGRUENCIAS Y CONTRADICCIONES. ..	497
1. EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: SU TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA E INSPIRACIÓN EN EL REGLAMENTO 1/2003 DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA.	500
2. UNA POSIBLE INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA DE LOS ARTÍCULOS 40 DE LA LDC Y 8.6, PÁRRAFO TERCERO, DE LA LRJCA.	503
III. DERECHOS TUTELADOS Y FUNCIONES DE INSPECCIÓN CONTROLADAS POR LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL.	508

1.	LOS DERECHOS TUTELADOS POR LA RESOLUCIÓN JUDICIAL AUTORIZADORA FRENTE A LA INSPECCIÓN.	508
A.	<i>El derecho a la inviolabilidad domiciliaria.</i>	508
B.	<i>El derecho a la propiedad privada y el ejercicio de las facultades de inspección: la trascendencia de la positivización de la imposición de la autorización judicial.</i>	509
C.	<i>La tutela de otros derechos fundamentales frente a la inspección.</i>	510
2.	LA INSPECCIÓN COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SUJETA A AUTORIZACIÓN JUDICIAL.	515
IV.	ELEMENTOS COMPETENCIALES, DE TRAMITACIÓN PROCESAL Y TOCANTES AL CONTROL JUDICIAL.	519
1.	BREVE REFERENCIA A CUESTIONES COMPETENCIALES.	519
2.	SOBRE LA TRAMITACIÓN PROCESAL.	520
3.	ALCANCE Y CRITERIOS DEL CONTROL JUDICIAL.	521
V.	BREVES CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.	526

Capítulo VII

Las autorizaciones contencioso-administrativas del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual

I.	LA TUTELA ADMINISTRATIVA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.	533
1.	LA DISPOSICIÓN FINAL 43.ª DE LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE Y LOS PILARES EN LOS QUE SE SUSTENTA.	534
2.	¿RESPONDE LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL A UN INTERÉS GENERAL? CRÍTICA A LA <i>PUBLIFICACIÓN</i> DE LA PROTECCIÓN DE INTERESES PRIVADOS.	536
II.	EL PROCEDIMIENTO DE SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.	541
1.	LAS CLAVES DEL PROCEDIMIENTO DE SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.	541
2.	ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINADO POR EL ART. 158.4 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y POR EL REGLAMENTO QUE REGULA EL FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL.	548
A.	<i>Características del procedimiento.</i>	548
B.	<i>Del restablecimiento de la legalidad al ejercicio de una función arbitral.</i>	550
III.	LAS AUTORIZACIONES JUDICIALES DEL PROCEDIMIENTO DE SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.	553
1.	LA ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL A LOS JUZGADOS CENTRALES DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.	554
2.	LA AUTORIZACIÓN PARA LA CESIÓN DE DATOS. LA TUTELA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.	556
A.	<i>La fase preliminar del procedimiento y la identificación del responsable del servicio de la sociedad de la información que vulnera los derechos de propiedad intelectual.</i>	556
B.	<i>La tutela del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.</i>	557
2.	LA AUTORIZACIÓN PARA PROCEDER AL CIERRE DE PÁGINAS WEB O A LA RETIRADA DE SUS CONTENIDOS. LA TUTELA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.	561
A.	<i>La resolución del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual y su ejecución.</i> ..	561
B.	<i>La tutela de los derechos del art. 20 de la Constitución.</i>	563

3.	CRITERIOS Y ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL.	566
A.	La autorización para la cesión de datos.	567
B.	La autorización para la ejecución de la medida de suspensión.	569
4.	LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN EL ART. 122 BIS DE LA LRJCA.	572
A.	Sobre la ubicación del art. 122 bis en el capítulo dedicado al procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.	573
B.	El procedimiento para la cesión de datos.	573
C.	El procedimiento para la ejecución forzosa de las resoluciones de la Comisión de Propiedad Intelectual. ...	574
D.	Sobre la posible aplicación por analogía de los procedimientos del art. 122 bis de la LRJCA al resto de supuestos de autorización contencioso-administrativa.	577
IV.	BREVES CONCLUSIONES.	578

Tercera Parte Final

Capítulo VIII

Conclusiones y propuesta de *lege ferenda*

I.	RECAPITULACIÓN Y REFLEXIONES CONCLUSIVAS.	585
II.	UNA PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	590
1.	LA DEFICIENTE REGULACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.	591
2.	EL PUNTO DE PARTIDA: LA AUTORIZACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO UN ÚNICO GÉNERO CON DISTINTAS ESPECIES.	593
3.	LA CONJUNCIÓN ENTRE LA NORMATIVA ADJETIVA Y LA SUSTANTIVA.	594
4.	¿QUÉ DERECHOS MERECE LA TUTELA DE LA AUTORIZACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA? LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TÍTULO I, CAPÍTULO II, SECCIÓN 1.ª, DE LA CONSTITUCIÓN.	597
5.	CUESTIONES COMPETENCIALES EN SUPUESTOS CONFLICTIVOS.	600
6.	EL PROCEDIMIENTO DE DESPACHO DE LA AUTORIZACIÓN Y EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL. ...	602
A.	Sobre la ubicación de la nueva regulación procesal: un proceso especial.	603
B.	Sobre las partes y su intervención en el proceso.	603
C.	La tramitación.	605
D.	Acerca del alcance del control judicial y el contenido del auto de autorización.	606
VIII.	FINAL.	607
	ANEXO JURISPRUDENCIAL.	609
	BIBLIOGRAFÍA CITADA.	613

LISTA DE ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
AJCA	Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOGC	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CA	Comunidad Autónoma
CC	Código Civil
CDFUE	Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000; entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950
CES	Consejo Económico y Social
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CPI	Comisión de Propiedad Intelectual
DA	Disposición adicional
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DPI	Derechos de propiedad intelectual
FJ	Fundamento jurídico
LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882
LEF	Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
LFPN	Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la

	Naturaleza de la Comunidad de Madrid
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
LGSP	Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LOAES	Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio
LOFCS	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOMESP	Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública
LOPD	LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOPSLDD	Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte
LOSC	Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo (1958)
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
LRJAPyPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LSSIyCE	Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
OMS	Organización Mundial de la Salud
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966
RAP	Revista de Administración Pública
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REF	Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de Expropiación Forzosa
REVL	Revista de Estudios de la Vida Local
RGDA	Revista General de Derecho Administrativo
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SSI	Servicio de la sociedad de la información
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional

TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TRLPI	Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

INTRODUCCIÓN GENERAL

I

Nos recuerda Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, que «el Derecho administrativo encierra, al menos aparentemente, una profunda contradicción» entre su función ordenadora de la organización y actuación de los poderes públicos, por un lado y, por otro, su función de tutela y protección de los derechos e intereses de los ciudadanos¹. Esta es, sin duda, la eterna pugna que encierra lo más profundo de nuestro Derecho administrativo y que, a su vez define lo más esencial de su naturaleza. En esta contradicción arraigan los distintos mecanismos que el ordenamiento jurídico administrativo articula con el fin de cohesionar los intereses que pueden colisionar a raíz de la actuación administrativa. Mecanismos de armonización que son, por demás, de naturalezas muy dispares pues alcanzan desde principios generales del Derecho, como el mismo principio de legalidad y la vinculación positiva de la Administración a la ley, hasta instrumentos concretos, como la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo o su demora hasta que el acto alcance firmeza. A su través se pretenden superar las contradicciones que se derivan del ejercicio por parte de la Administración pública de las exorbitantes prerrogativas que le son atribuidas frente a los ciudadanos.

El camino recorrido para alcanzar este ansiado equilibrio —y que sin duda todavía hoy se sigue recorriendo— se ha ido forjando a lo largo del tiempo, con la intervención del legislador, de la doctrina y de la jurisprudencia. En este sentido, la Constitución de 1978 se erige como un punto de inflexión que ha marcado profundamente la configuración de la Administración pública de nuestros días, la cual no puede entenderse sin la referencia explícita al marco constitucional. En este escenario, la configuración de los derechos fundamentales ha sido crucial, pues, aun no concibiéndose como derechos absolutos, las máximas garantías se alzan tanto desde el plano constitucional como desde el de la legalidad ordinaria para su efectiva tutela, especialmente frente al ejercicio del poder público.

¹ Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Instituciones de Derecho administrativo*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, p. 37.

De entre las mentadas garantías articuladas por la Constitución para la protección de los derechos fundamentales destaca la llamada *reserva de jurisdicción*, entendida en el sentido de que la afectación o restricción de determinados derechos queda en exclusiva reservada a la decisión de un órgano judicial, desapoderándose a la Administración de tal facultad al objeto de erradicar cualquier atisbo de arbitrariedad. Traslada al ámbito jurídico administrativo, dicha reserva de jurisdicción se materializa a través de la *autorización contencioso-administrativa*, la cual constituye —con especial énfasis en la *autorización judicial de entrada*— el objeto de estudio de este trabajo de tesis doctoral.

II

La incorporación y asentamiento de la autorización contencioso-administrativa en el marco jurídico administrativo responde a un proceso gradual, todavía en curso, que pone de manifiesto cómo una figura inicialmente extraña al ejercicio de las potestades administrativas y a las funciones de la jurisdicción contencioso-administrativa ha acabado siendo generosamente acogida por el legislador, la jurisprudencia y la Administración.

En este proceso es protagonista la Constitución de 1978 —de la cual arranca y en la que se sustenta esta figura— por mor, de un lado, de la configuración de los derechos fundamentales, y del otro, de la idea de Administración pública concebida en sus preceptos. En este sentido, es clave la trascendental sentencia 22/1984, de 17 de febrero, del Tribunal Constitucional y la interpretación vertida en ésta del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En apretada síntesis, en dicho pronunciamiento el Tribunal afirmó que la compatibilización del ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva cuando fuera susceptible de afectar la inviolabilidad del domicilio exigía la resolución judicial impuesta por el art. 18.2 de la CE. Si bien la aludida autorización judicial no era una novedad en el constitucionalismo español, supuso en aquel momento una profunda transformación en el modo de concebir la Administración y el ejercicio de sus potestades, en concreto, la de autotutela ejecutiva, que venía siendo definida precisamente al margen o por oposición a la participación judicial. Fue pues la tutela del derecho a la inviolabilidad la que dio paso a la incorporación de la autorización judicial en el marco del Derecho administrativo como *autorización judicial de entrada*.

Asimismo, el legislador ha jugado un papel nada desdeñable en el afianzamiento de la técnica autorizadora, al encajarla de forma expresa en distintos escenarios de la actividad administrativa aun cuando su imposición no se deriva estrictamente de la norma fundamental. Tras la mentada sentencia 22/1984, la intervención del legislador no se hizo esperar, sucediéndose tres hitos normativos. En primer lugar, la Ley Orgánica 6/1985, de 11 de julio, del Poder Judicial, que en cumplimiento de la STC 22/1984 recogió la competencia en materia de autorización judicial de entrada «cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración» (anterior art. 87.2), otorgándola sin embargo a los juzgados penales de instrucción y no a las

audiencias territoriales de la jurisdicción contencioso-administrativa. En segundo lugar, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuyo art. 96.3 se recoge la imposición de la participación judicial si en el desarrollo de la ejecución forzosa es necesario penetrar en el domicilio del afectado». Y, en tercer lugar, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 que trasladó definitivamente a esta jurisdicción la competencia autorizadora. Con estos tres hitos normativos se afianzó en el marco jurídico administrativo esta reserva de jurisdicción, configurada a modo de autorización de entrada.

Una vez encajada la figura en el marco jurídico administrativo, se han ido sucediendo distintas aportaciones legislativas que han contribuido, de un lado, a reforzar la función de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta sede y, del otro, a la transformación de la resolución judicial autorizadora, que adopta ahora otras formas más allá de la de autorización *de entrada* en función del contexto en el que se insiera. En este sentido, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sido modificada en varias ocasiones. De un lado, la Ley de Enjuiciamiento Civil añadió al art. 8.6 un segundo apartado recogiendo la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias para la tutela de la salud pública. Del otro, la Ley de Defensa de la Competencia añadió el tercer apartado al art. 8.6 de la LRJCA reconociendo a los jueces de lo contencioso la competencia para autorizar la «entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia», participando el juez no solo en el marco de la ejecución forzosa de actos administrativos, sino también en el ejercicio de funciones de inspección. Y, por último, la DF 43.^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible —también conocida como Ley Sinde-Wert— ha modificado de nuevo la LRJCA atribuyendo a los jueces centrales de lo contencioso-administrativo la competencia para autorizar la comunicación de datos y el cierre o la retirada de contenidos de páginas web en los procedimientos administrativos de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

III

Así pues, actualmente la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa recoge distintos supuestos autorizadores. A saber, la autorización de entrada, la autorización de medidas sanitarias urgentes para la salud pública, la autorización de las inspecciones acordadas por la Comisión Nacional de la Competencia, y las autorizaciones de los procedimientos de salvaguarda de los derechos de autor. A lo largo de este trabajo, se estudia cada una de las mentadas autorizaciones, pero en especial la autorización judicial de entrada, la cual constituye el objeto principal de análisis.

Tal enfoque, centrado en la autorización de entrada, se justifica en varios extremos. De un lado, la autorización de entrada fue la primera forma de autorización contencioso-administrativa que acogió el marco jurídico administrativo, de modo que constituye el germen de la institución. A su alrededor la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia han construido los fundamentos sobre los que se sustenta la autorización contencioso-administrativa como institución. De hecho, la comprensión de esta figura se debe al Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio y de las entradas administrativas opera a modo de armadura sobre la que se construye el régimen de la autorización contencioso-administrativa. De otro lado, la autorización de entrada es la especie de autorización con mayor incidencia en el ámbito de actuación administrativa, como demuestra la muy abundante jurisprudencia al respecto, en comparación con el resto de autorizaciones contencioso-administrativas contempladas en la legislación.

Por lo demás, a pesar de que la legislación distinga entre distintos tipos de autorizaciones en atención a la actividad administrativa implicada y a los derechos afectados, todas ellas comparten un tronco común esencial que se asienta en la naturaleza y la finalidad de esta peculiar resolución judicial. Naturaleza y finalidad de la autorización contencioso-administrativa operan indisociablemente como los pilares basilares de esta institución, la cual se define en atención a ambos como aquella resolución judicial no jurisdiccional llamada específicamente a proteger determinados derechos de los ciudadanos frente a la actividad administrativa ejecutiva, mediante un ejercicio de ponderación. En suma, nos hallamos ante distintas especies de un mismo género, compartiendo todas ellas un régimen jurídico común. Por todo ello, la autorización judicial de entrada es la figura central a partir de la que se construye y desde la cual se extrapola todo lo atinente a esta figura.

IV

La relevancia de la autorización contencioso-administrativa radica, sin duda, en su función de tutela de determinados derechos de los ciudadanos especialmente relevantes y vulnerables frente al ejercicio de las potestades administrativas. Se trata de un poderoso instrumento de equilibrio entre los intereses públicos y los derechos privados.

Bajo la égida de la autorización contencioso-administrativa quedan protegidos un amplio abanico de derechos, la mayoría de ellos de carácter fundamental. Así, entre muchos otros, el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a cualquier tipo de entrada coactiva, el secreto de las comunicaciones en el marco de algunas inspecciones, la integridad física frente a medidas sanitarias o la libertad de expresión frente al cierre de páginas web. En ocasiones, es la misma configuración constitucional del derecho en cuestión la que impone la reserva judicial como único límite a su contenido, de modo que la autorización es exigible al margen de la legislación ordinaria. En otros supuestos, sin embargo, ha sido el legislador el que ha considerado que la afectación administrativa

del derecho sólo puede ser legítima mediando una autorización judicial. Si bien la mayoría de derechos tutelados por la autorización son de naturaleza fundamental, es preciso tener en cuenta que el legislador ha acogido bajo el manto protector de la autorización judicial de entrada el derecho a la propiedad privada, en unos términos un tanto ambiguos y que todavía suscitan algunas controversias. De los derechos protegidos por la autorización contencioso-administrativa destaca, en fin, su vertiente negativa, reconociéndose al titular en la facultad de excluir a terceros, en especial al poder público, del ámbito en el que proyectan sus derechos. La autorización judicial deviene así en el único instrumento que puede legítimamente vencer la resistencia del titular ante la actuación administrativa invasiva.

Del mismo modo que los derechos protegidos por la autorización destacan por su vertiente negativa, la actividad administrativa a la que se aúna la intervención judicial destaca por corresponderse con la conocida como actividad material o ejecutiva de la Administración. Así toda aquella actividad administrativa a la que se anuda la autorización contencioso-administrativa puede en último término reunirse bajo la potestad de autotutela ejecutiva, definida como aquel poder del que viene investida la Administración para llevar al plano material sus decisiones coactivamente. La autorización contencioso-administrativa se exige así en el marco de la ejecución forzosa y de la coacción directa, ámbitos asociados normalmente a dicha potestad, pero también en el ejercicio de funciones inspectoras, en procedimientos de expropiación forzosa y en cualquier otro tipo de actuación administrativa que se proyecte coactivamente sobre la realidad física de las cosas.

Pero, más allá de los derechos protegidos por la autorización y la actividad administrativa a la que se anuda, su interés estriba también en su peculiar encaje en la arena administrativa. Y es que se trata de una institución a caballo entre dos marcos conceptuales habitualmente contrapuestos. De un lado, es fruto del ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero a su vez sirve al ejercicio de las potestades administrativas. Este peculiar encabalgamiento entre los dos ámbitos aludidos se debe a la especial naturaleza y función de la autorización, que permite que las autorizaciones desempeñen en el seno de la actividad administrativa un papel totalmente diferenciado de aquel desarrollan habitualmente el resto de resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Lo que particulariza a la resolución judicial autorizadora es, de un lado, su finalidad de tutela de los derechos de los administrados. El órgano judicial queda constreñido a dicho fin y le es vedada la posibilidad de enjuiciar y pronunciarse sobre aspectos atinentes a la legalidad de la actuación administrativa a la que se asocia la autorización. Se trata por ello del ejercicio de una función judicial no jurisdiccional, puesto que el juez no juzga ni hace ejecutar lo juzgado. La jurisdicción contencioso-administrativa no ejerce en esta sede funciones revisoras, sino que se le encomienda la tutela apriorística de determinados derechos, mediante la realización de un *juicio ponderativo* entre los

derechos de los administrados y la consecución eficaz del interés general. Esta configuración permite que la resolución judicial, a su vez, devenga en una pieza fundamental en el ejercicio de las potestades administrativas ejecutivas, debiendo la Administración recurrir al auxilio judicial para llevar al plano material sus decisiones cuando ello pueda menoscabar determinados derechos de los administrados y estos se opongan. La autorización se convierte entonces no solo en una pieza más del proceso ejecutivo, sino en un requisito de legalidad de la actuación administrativa. Todo ello distingue sobremanera a la autorización judicial, destacando de entre el resto de instrumentos tendentes a cohonestar la actividad de la Administración con los derechos de los administrados, al resultar en la conjunción del ejercicio del poder judicial y del ejecutivo de una forma totalmente inusual.

V

La estructura e ideas que se han esbozado hasta ahora se corresponden en gran medida a la ordenación que sigue el presente trabajo de tesis, estructurado en tres partes. La primera parte, la principal y más extensa, se divide en cuatro capítulos y está dedicada a la autorización judicial de entrada. La segunda parte se destina al estudio del resto de autorizaciones contencioso-administrativas contempladas en la legislación, dedicándose a cada una de ellas un capítulo. Por último, la tercera parte engloba un capítulo breve dedicado a recoger, de un lado, las principales conclusiones alcanzadas y, del otro, a una propuesta de *lege ferenda* para la regulación de esta institución en el ordenamiento jurídico administrativo.

En la primera parte, tras un capítulo introductorio —dedicado a realizar una presentación general de la figura de la autorización judicial de entrada—, el capítulo segundo se destina al estudio de la configuración de los bienes jurídicos tutelados por dicha autorización: el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho de propiedad privada entendido en un sentido lato. Se emprende así el análisis de la institución, empezando por la disección de los bienes jurídicos amparados por la autorización, para luego dilucidar en qué supuestos la actividad administrativa quedará sujeta a dicho mecanismo de control judicial. Del análisis de los distintos ámbitos de la actividad administrativa sujetos a la previa autorización judicial de entrada se ocupa el capítulo tercero, en el que ponen de relieve las peculiaridades que cada una de ellas revisten a efectos de la intervención judicial autorizadora. En fin, el capítulo cuarto se destina al estudio de la configuración de la autorización de entrada como resolución judicial. Esta parte del trabajo se dedica, de un lado, a extremos de orden competencial, desde la perspectiva objetiva, territorial y funcional. De otro, a aspectos de carácter procesal. Y, por último, a todo aquello relativo al alcance de la función judicial autorizadora, así como al contenido mínimo que la decisión que se adopte ha de incorporar para servir al fin perseguido.

La segunda parte, dividida en tres capítulos, se dedica al estudio del resto de autorizaciones contencioso-administrativas: la autorización de medidas sanitarias para la protección de la salud pública, la autorización de las inspecciones acordadas por la Comisión Nacional de la Competencia y las autorizaciones asociadas a los procedimientos de salvaguarda de la propiedad intelectual. Son muchos los elementos comunes, como ya se ha destacado, entre todos los supuestos autorizadores, por lo que en estos capítulos serán habituales las remisiones; sin embargo, en ellos se reparará sobretodo en las características distintivas de cada una de estas autorizaciones. En especial, los derechos tutelados por la autorización contencioso-administrativa en cada caso así como la actividad administrativa sometida a la autorización y, cuando corresponda, se recalará en las cuestiones competenciales, procesales y demás atinentes a la función judicial autorizadora.

La tercera y última parte incluye un capítulo breve dedicado, de un lado, a esbozar una propuesta de *lege ferenda*, con la que se pretenden aportar y sugerir mejoras en aquellos extremos que en la actualidad la legislación articula deficientemente, genera dudas interpretativas de calado o, simplemente, omite creando la consecuente inseguridad jurídica. Del otro, se dedica a recopilar las conclusiones alcanzadas a lo largo del trabajo.

La metodología de trabajo seguida en el desarrollo de este trabajo de tesis doctoral es la propia de las ciencias jurídicas y, por tanto, se basa en el análisis y estudio de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina atinentes al tema. Sobre la metodología, cabe no obstante destacar que, dada la parquedad normativa —que, como se verá, apenas prevé unos pocos aspectos relativos a la autorización y, además, no sin generar algunos problemas interpretativos—, la jurisprudencia desarrolla en este ámbito un papel sumamente relevante. Se acude en especial a la jurisprudencia constitucional, pues el Tribunal Constitucional se ha encargado de establecer las líneas maestras sobre las que se asienta la institución autorizadora. Ahora bien, el pulso real de las autorizaciones contencioso-administrativas solo puede tomarse a través de la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, a la cual se ha acudido con el fin de dar cuenta de la actual configuración de una institución. No obstante, es preciso advertir que si bien la jurisprudencia en torno a la autorización de entrada es muy abundante —tanto por el largo recorrido de su imposición como por su recurrencia—, no puede decirse lo mismo respecto del resto de supuestos. La jurisprudencia en materia de autorizaciones sanitarias es —afortunadamente— escasa, dado que son pocas las ocasiones que obligan a imponer medidas de tal calado. Tampoco son abundantes las autorizaciones ligadas a las inspecciones ordenadas por la Comisión Nacional de la Competencia y los jueces centrales de lo contencioso-administrativo todavía no han conocido de autorización alguna relativa a los procedimientos de salvaguarda de la propiedad intelectual. Por todo ello, la mayor parte de la jurisprudencia manejada, tanto la del TC como la de los TSJ, está dedicada a la autorización de entrada.

VI

Por último queda relatar los objetivos a los que responde este trabajo. El principal es el de ofrecer una visión certera, actual y real de la autorización judicial de entrada y del resto de autorizaciones contencioso-administrativas. Si bien cuando el Tribunal Constitucional dictó la sentencia 22/1984, de 17 de febrero —en la que vertió la interpretación del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la que trae causa la incursión de la autorización de entrada en el ámbito jurídico-administrativo—, surgieron numerosos comentarios doctrinales al respecto, con el paso del tiempo, esta institución ha ido quedando relegada a un segundo plano de la actualidad administrativa, aun no faltando estudios que puntualmente la abordan, especialmente cuando el máximo exegeta de la Constitución ha dictado algún pronunciamiento relevante al respecto; así como a la luz de la incorporación a la legislación de nuevos supuestos de autorización. A lo largo del trabajo, se intenta dar cuenta de los comentarios doctrinales más relevantes y, así, engrosarlos contribuyendo, como se ha dicho, a dar una visión actual del estado de la cuestión.

Junto al anterior, el segundo de los objetivos perseguidos es realizar un estudio de la autorización judicial de entrada y del resto de autorizaciones contencioso-administrativas desde distintos prismas y, como efecto, se dé una visión global y completa de la misma. Dicho análisis se estructura en relación con todas las especies de autorización en atención a tres ejes principales. De un lado, los bienes jurídicos tutelados, del otro la actividad administrativa vinculada a la autorización y, en tercer lugar, los aspectos de carácter procesal, competencial y relativas al control judicial.

El tercero de los objetivos perseguidos, como no podía ser de otro modo, es el de participar una visión crítica, cuando así lo he juzgado conveniente, e igualmente constructiva, cuando he creído que en este sentido podía resultar mi aportación acertada, aportando una propuesta de *lege ferenda* para contribuir al reforzamiento de una figura que, en mi opinión, el legislador no ha tratado con demasiado esmero, cuando en realidad nace —y debe hacerse crecer— con la vocación de que la «profunda contradicción» que encierra el Derecho administrativo, si se me permite glosar de nuevo a Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, sea solo aparente.

PRIMERA PARTE

LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA

CAPÍTULO PRIMERO

**LA IRRUPCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN EL
MARCO JURÍDICO ADMINISTRATIVO. DEL ARTÍCULO 18.2 DE LA
CONSTITUCIÓN, PASANDO POR LA STC 22/1984, HASTA LA
LEGISLACIÓN ACTUAL**

Se atribuye la razón de ser de la exigencia de autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa a la configuración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que consagró el art. 18.2 Constitución española de 1978 (CE). Sin embargo, ni el derecho a la inviolabilidad del domicilio ni la autorización judicial de entrada fueron instituciones que el texto constitucional de 1978 aportara *ex novo*. Es bien sabido que el derecho fundamental aludido contaba con una previa y dilatada trayectoria en el constitucionalismo español. Asimismo, la autorización judicial de entrada tampoco era ajena al actuar de la Administración antes de la aprobación de la CE, si bien su papel era ciertamente limitado al circunscribirse a determinados y muy concretos ámbitos de la actuación administrativa, de los que no obstante es merecido dar cuenta pues constituyen el antecedente de la autorización judicial de entrada tal como la concibe el ordenamiento jurídico actual.

I. DEL ORIGEN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN EL MARCO JURÍDICO ADMINISTRATIVO. BREVE REPASO.

1. BREVE DESCRIPCIÓN DEL PANORAMA PREVIO A LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

La protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio ha sido una constante en el constitucionalismo español. Muestra de ello es que dicho derecho ha quedado recogido, de un modo u otro, en todos los textos constitucionales desde el Estatuto de Bayona hasta la Constitución de 1978^{1, 2}. Uno de los rasgos invariables en la

¹ Del mismo modo que el Estatuto de Bayona de 1808 contemplaba, en su artículo 126, que «[l]a casa de todo habitante en el territorio de España y Indias, es un asilo inviolable», con unas u otras particularidades el resto de textos constitucionales han venido protegiendo la inviolabilidad del domicilio. Así, en el artículo 306 de la Constitución de 1812 se afirmaba que «[n]o podrá ser allanada la casa de ningún español»; el artículo 7 de la de 1837 y también el artículo 7 de la Constitución de 1845 disponían que «[n]o puede ser (...) separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa»; las Constituciones de 1869 y 1876, artículo 5 y 6 respectivamente, afirmaban que «[n]adie podrá entrar en el domicilio de un español»; la Constitución de 1931, artículo 31, introdujo la formulación que ha llegado a nuestros días, según la cual «[e]l domicilio de todo español es inviolable»; y, finalmente, también en el art. 15 del Fuero de los Españoles se preservaba la inviolabilidad domiciliaria, retomando formulaciones anteriores: «[n]adie podrá entrar en el domicilio de un español». Los fragmentos que se

configuración en nuestra tradición constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio es que este nunca ha sido concebido como un derecho absoluto, sino que en todo caso se ha previsto la posibilidad de limitarlo; es precisamente en la configuración de los límites o excepciones al mismo por donde transluce las tenencias más o menos liberales que imperaban en cada momento. Si bien la mayoría de textos recogían la previsión legal y la orden de la autoridad competente como excepción a la inviolabilidad del domicilio³, en algunos de los mencionados textos constitucionales se hizo constar la resolución judicial como mecanismo de limitación de dicho derecho. Así, la Constitución de 1869 contemplaba que fuera de los supuestos de consentimiento del titular o de los «casos urgentes»⁴, la entrada en un domicilio sólo podría «decretarse por el Juez competente». Un paso más allá, la Constitución de la Segunda República recogía como único y exclusivo límite a la inviolabilidad domiciliaria la intervención judicial; en concreto, el art. 31 del texto constitucional de 1931 rezaba que «[n]adie podrá entrar en él [el domicilio] sino en virtud de mandamiento judicial»⁵.

citan aquí han sido extraídos de la recopilación realizada por Ramón SAÍNZ DE VARANDA, *Colección de leyes fundamentales*, Zaragoza, Acribia, 1957.

² Para una mejor aproximación a la evolución histórica del derecho a la inviolabilidad domiciliaria me remito a M^a. Carmen FIGUEROA NAVARRO, *Aspectos de la protección del domicilio en el derecho español*, Madrid, Edisofer, 1998, pp. 17 y ss; M^a. Belén SÁNCHEZ DOMINGO, *Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código Penal*, Granda, Comares, 1998, pp. 18-33; y en especial la obra de Silvia PASCUAL LÓPEZ, *La inviolabilidad de domicilio en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, 2001, dedicada al estudio de la evolución histórica de este derecho.

³ Los textos constitucionales preveían la posibilidad de limitar dicho derecho fundamental, otorgando un mayor o menor grado de intensidad a la protección del derecho. El Estatuto de Bayona establecía que debía ser bien la ley o bien la orden de una autoridad pública el medio por el que se legitimara la entrada domiciliaria (art. 126). En términos casi similares, según el artículo 15 del Fuero de los Españoles bastaba con el mandato de la autoridad competente de conformidad con lo establecido por las leyes. La Constitución de 1812 hacía sólo referencia a la ley, pero también al fundamento de dicho límite legal al derecho, a saber, «el buen orden y seguridad del Estado» (art. 306). La remisión a la ley en términos generales y abstractos como límite a la inviolabilidad domiciliaria se recoge en los artículos 7 y 6 respectivamente de la Constitución de 1837 y de la de 1876.

⁴ La Constitución de 1869 describe como casos urgentes las situaciones de «incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de dentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro» (art. 5). A pesar de que el actual texto constitucional no recoja como límite el estado o situaciones de necesidad, es aceptado y reconocido por la jurisprudencia que no existe vulneración del derecho en los supuestos en que la entrada se produzca a consecuencia de un estado de necesidad, configurándose así como otro de los límites al derecho a la inviolabilidad del domicilio. Entre otras, SSTC 22/1984, de (FJ 5.º *in fine*); 133/1995, de 25 de septiembre (FJ 4.º); 94/1999, de 31 de mayo (FJ 3.º); 189/2004, de 2 de noviembre (FJ 4.º); 239/2006, de 17 de julio (FJ 6.º). Al respecto cabe recordar también la propuesta de Lorenzo Martín-Retortillo, senador entonces, de inclusión explícita en el texto constitucional del estado de necesidad como excepción a la inviolabilidad del domicilio. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO VAQUER, *Materiales para una Constitución: los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado*, Madrid, AKAL, 1984, pp. 100-108.

⁵ En ambos supuestos, tanto la Constitución de 1869 como la de la Segunda República incluyeron unos de los regímenes más garantistas del derecho a la inviolabilidad del domicilio al preveer como excepción constitucional al mismo la resolución proveniente del órgano judicial. Ello no obstante, cabe tener en cuenta que las mismas normas constitucionales también recogían respectivamente la posibilidad de limitar excepcionalmente dichas garantías. Así el art. 31 de la Constitución de 1869 y el

En el periodo inmediatamente preconstitucional, si bien el Fuero de los Españoles no se ocupaba de incluir de forma expresa la autorización judicial como límite a la inviolabilidad del domicilio, cabe tener en cuenta que en la legislación ordinaria se recogía la necesaria intervención de la jurisdicción, en especial en el ámbito de la instrucción de causas penales⁶, pero también en el marco de la actuación de la Administración. En este contexto, es preciso traer a colación el artículo 102 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que preveía la posibilidad de que la ejecución forzosa de los actos administrativos se viese condicionada por la intervención judicial en aquellos casos en que lo estipulara una ley⁷. Y precisamente, a pesar de ser pocas, existían las leyes que incluían esta posibilidad, condicionándose así el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración en el supuesto de la afectación de domicilios. En concreto se trataba del ámbito tributario, en el que para los supuestos en los que la inspección tributaria o la recaudación de tributos exigieran la entrada en un domicilio, era necesario impetrar la autorización judicial⁸. Otro tanto sucedía en el marco de la prevención del contrabando⁹. A pesar de ser ámbitos muy restringidos de la actividad administrativa aquellos en los que se exigía la autorización judicial de entrada —asociándose esta además al ejercicio de funciones de inspección, tan próximas a las pesquisas penales—, la resolución judicial dejaba de ser una condición de única y exclusiva aplicación al ámbito penal. Así pues, aunque excepcionalmente, la tutela del derecho fundamental mediante la autorización judicial de entrada era extensiva al marco de la actividad administrativa. En este contexto,

art. 42 de la Constitución de 1931 preveían su suspensión —entre la de otros derechos. Asimismo, deben tenerse en cuenta las correspondientes Leyes de orden público: de un lado la de 23 de abril de 1870 y, del otro, la de 28 de julio de 1933; además de otros condicionantes que, en ocasiones, resultaron en el total deslucimiento de las garantías erigidas alrededor del derecho a la inviolabilidad del domicilio en las normas constitucionales. Al respecto, véase Silvia PASCUAL LÓPEZ, *op. cit.*

⁶ Cabe recordar la larga tradición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula desde 1882 la intervención del juez en los supuestos de entradas en domicilios en el marco de la instrucción penal.

⁷ El artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo rezaba así: «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».

⁸ En este sentido, la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria que exigía, tanto en el ámbito de recaudación de tributos, art. 130, como en el de inspección tributaria, art. 141.2, que en caso de defecto del consentimiento del afectado se expidiese la correspondiente autorización judicial para realizar la entrada en un domicilio. Dicha Ley fue publicada en el BOE número 313, de 31 de diciembre de 1963. Otro tanto establecía el artículo 103 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Decreto 3154/1968, de 14 de noviembre, publicado en el BOE número 312 a 314 del 28 a 31 de diciembre de 1968.

⁹ El Decreto 2166/1964, de 16 de julio, por el que se adaptaba la Ley de Contrabando a la Ley General Tributaria, establecía en los artículos 40 y 41 la obligación de obtener autorización judicial, en caso de que el afectado negase la entrada en el domicilio, así como el procedimiento de su concesión por parte del juez, respectivamente. Puede consultarse el texto en el BOE número 177, de 24 de julio de 1964.

incluso algún autor planteó la necesaria exigencia de la previa autorización judicial en el marco de la ejecución forzosa, a imagen y semejanza de las previsiones legales en el ámbito tributario y de contrabando, por imperativo del art. 15 del Fuero de los Españoles¹⁰. Este era, someramente, el panorama inmediatamente anterior a la promulgación de la Constitución de 1978.

2. EL ARTÍCULO 18.2 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 22/1984, DE 17 DE FEBRERO.

Como no podía ser de otro modo en una Constitución que aspiraba a insertarse en las corrientes constitucionales contemporáneas, la de 1978 acogió un amplio catálogo de derechos fundamentales entre los que se incluyó uno de tan larga tradición como la inviolabilidad del domicilio¹¹. Así, el artículo 18.2 de la Carta Magna declara sin ambages que «[e]l domicilio es inviolable»; y añade que «[n]inguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito», consagrando la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental. Evidentemente, declaraciones de derechos como la anterior quedarían vacías de contenido si a su alrededor no se articularan los mecanismos adecuados para garantizar su plena efectividad. Por ello el mismo texto constitucional articula el conjunto de instrumentos llamados a completar la configuración de los derechos fundamentales; empezando por el mandato del artículo 9.1 de sujeción de los poderes públicos a la Constitución y el ordenamiento jurídico, hasta el artículo 81 y su reserva a

¹⁰ Se trata de Francisco SOSA WAGNER, en un comentario sobre una Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 1975 en la que un ayuntamiento solicita la autorización judicial para ejecutar una orden de demolición de unas construcciones ilegales. El Tribunal, en atención al artículo 15 del Fuero de los Españoles —que como límite a la inviolabilidad domiciliaria se remite a al mandato de la autoridad competente o a las leyes— concluye que no puede autorizar judicialmente la entrada por no existir título legal que así lo contemple en el supuesto de la ejecución forzosa de actos administrativos. Ante dicho supuesto, el autor se plantea si no basta la sola configuración de la inviolabilidad domiciliaria como restricción de la actuación de los poderes públicos que en ella incidan, en tanto que las libertades públicas deben ser respetadas en todo Estado de derecho. Así, el autor concluye que cuando «(...) se genere una tensión entre privilegio de ejecutoriedad y derechos fundamentales, debe instrumentarse la intervención —todo lo sumaria y ágil que se estime conveniente, pero obligada— del Juez. La solución, por lo demás, está consagrada positivamente en nuestro Derecho, sólo que en el específico ámbito tributario». Francisco SOSA WAGNER, «Ejecución forzosa e inviolabilidad del domicilio», en *REDA*, núm. 14 (1977), p. 485.

¹¹ En palabras de Antonio PÉREZ LUÑO, «[l]a CE puede calificarse de “ambiciosa” por contraste con otros textos constitucionales “modestos”, que se limitan a establecer una suscita declaración de los derechos de los ciudadanos y sobre la organización y funcionamiento de los poderes públicos. Frente a ellas, nuestra Ley de leyes es una norma amplia y detallada, que no tan sólo regula los aspectos esenciales de la vida estatal, sino que configura y define la posición jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con los poderes públicos y entre sí. Puede, por tanto, afirmarse que nuestra Constitución, al igual que las constituciones más recientes de los países democráticos de nuestro entorno cultural, es particularmente “ambiciosa” en lo que concierne a la fijación del estatuto de los derechos fundamentales». Antonio PÉREZ LUÑO, «El sistema de los derechos fundamentales», en Gregorio Peces-Barba y Miguel Ángel Ramírez, *La Constitución a examen. Un estudio académico veinticinco años después*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 369.

favor de las leyes orgánicas, pasando por el importantísimo artículo 53 y su articulación de distintos mecanismos jurídicos de protección de los derechos fundamentales, y sin olvidar el artículo 10, en especial la puerta que abre a nuevas interpretaciones del contenido de los derechos fundamentales en su apartado segundo de conformidad con el Derecho internacional. Todos estos preceptos deben ponerse en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio con el fin de integrarlos en el marco jurídico de protección del derecho fundamental mencionado.

El artículo 18 de la Constitución consagra el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como el derecho al secreto de las comunicaciones, junto con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, todos ellos considerados como derechos de la personalidad, que nunca antes habían sido positivizados con tal claridad en ningún texto de rango constitucional. De hecho, en el ámbito constitucional, hasta 1978 el derecho a la intimidad personal y familiar había quedado protegido a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio. De ahí, sin entrar a analizar ahora su contenido, la estrecha vinculación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad personal y familiar: existe entre ellos, tal como la jurisprudencia y la doctrina han señalado, una relación de dependencia e instrumentalidad del primero respecto del segundo. La protección del domicilio, que se concibe como el espacio intrínsecamente abocado a que el individuo desarrolle su intimidad, se construye pues como instrumento de protección de la intimidad personal y familiar. Ello no obstante, y como más adelante se matizará, ambos derechos gozan de autonomía y sustantividad propia.

Estas son las líneas maestras a través de las cuales quedó configurado en la Carta Magna el derecho a la inviolabilidad del domicilio, cuyo contenido sólo viene restringido por tres límites, excepciones o garantías —según se mire— establecidos taxativamente por el constituyente: el consentimiento del titular, el supuesto de delito flagrante y la resolución judicial¹². Dejando por ahora a un lado los dos primeros y analizando someramente el tercero, la resolución judicial se configuró como garantía del derecho fundamental frente a la actuación del Poder Público; se trata de la llamada «reserva de jurisdicción», es decir, se sustrae de la Administración el poder de afectación del derecho fundamental, con la finalidad de eliminar *ex radice* cualquier atisbo de arbitrariedad en la actuación administrativa que tenga por objeto el domicilio. Se cede, en cambio, este papel a la jurisdicción, ordenada a velar por la imparcialidad en la aplicación de las normas¹³. Sin embargo, la Constitución no fija cuáles son los supuestos

¹² Como bien sabrá el lector, existen otros límites al derecho a la inviolabilidad del domicilio, sobre los que incidiremos más adelante en el apartado dedicado al análisis del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

¹³ En estos términos se refiere Luís María Díez PICAZO a la intervención judicial como garantía —no como límite— de los derechos fundamentales ante determinadas actuaciones ablativas. Luís María Díez PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 77 y 78. La autorización judicial es pues una manifestación de la reserva de jurisdicción que, entendida en términos más amplios,

en los que la actuación administrativa será susceptible de afectar el derecho fundamental y, por lo tanto, se requerirá la autorización judicial. Esta tarea interpretativa del contenido y alcance del derecho así como de sus límites, la lleva a cabo la jurisprudencia constitucional, a la cual debe atribuirse la actual configuración de la autorización judicial de entrada en el ámbito administrativo, de modo que el origen de la cuestión cabe buscarlo no tanto en el texto constitucional, sino en la jurisprudencia del Tribunal.

Ello no obstante, cabe tener en cuenta que antes de que el Tribunal Constitucional pudiera pronunciarse al respecto, lo hicieron las Audiencias Territoriales y el Tribunal Supremo. Ciertamente la configuración del art. 18.2 de la CE no tardó mucho en suscitar controversias que llegaron hasta el Alto Tribunal, en su mayoría por la vía del procedimiento previsto en el artículo 6 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona¹⁴. A pesar de que en todas excepto una de las resoluciones estudiadas¹⁵, el Tribunal Supremo inadmitió o confirmó la inadmisión realizada por las Audiencias Territoriales —ya por extemporaneidad de la interposición del recurso¹⁶, ya por inadecuación del objeto de la litis al procedimiento escogido por el recurrente¹⁷— sin entrar a analizar el fondo de las cuestiones planteadas, en algunas de las resoluciones se entrevé el posicionamiento del Tribunal respecto de la exigencia de la intervención judicial en los supuestos de

debe vincularse a la separación de poderes y, que puede definirse de forma concreta como la asunción por los órganos judiciales de la función de juzgar y ejecutar lo juzgado. Sobre la reserva de jurisdicción, Santiago MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, 1989.

¹⁴ El tenor literal del artículo 6.1 de dicha norma era el siguiente: «Contra los actos de la Administración pública, sujetos a Derecho administrativo, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, mencionados en el artículo 1.2 de esta Ley, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo de conformidad con las reglas de procedimiento establecidas en la presente sección y, a falta de previsión especial, de acuerdo con las reglas generales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya aplicación será supletoria». Este artículo fue derogado por la Disposición derogatoria segunda c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley que pasó a incorporar a la jurisdicción contencioso-administrativa dicho procedimiento como procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (artículos 114 a 122).

¹⁵ Se someten aquí a análisis sólo los pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo anteriores a la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero —que como veremos supondrá el punto de inflexión en la interpretación jurisprudencial del alcance de la autorización judicial de entrada del artículo 18.2 de la CE que se ha mantenido en mayor o menor medida hasta nuestros días— con el fin de poder describir, aunque sea someramente, el enfoque jurisprudencial preexistente. Dichos pronunciamientos son los que a continuación se relacionan: Auto de 17 de diciembre de 1981 (RJ 1981/4808); Sentencia de 4 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6965); Sentencia de 7 de diciembre de 1982 (RJ 1982/7911); y Sentencia de 8 de febrero de 1984 (RJ 1984/786). El único pronunciamiento en que el Tribunal entra a analizar el fondo se trata de la Sentencia de 7 de diciembre de 1982 (RJ 1982/7911), que precisamente se impugnará ante el TC y desembocará en la ya mencionada STC 22/1984.

¹⁶ SSTs de 4 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6965) y de 8 de febrero de 1984 (RJ 1984/786).

¹⁷ Es decir, el TS no aprecia derecho fundamental alguno afectado a la reclamación. En este supuesto concreto, el Tribunal estima que unos locales comerciales ubicados en el aeropuerto de Barajas no pueden ser considerados domicilio. ATS de 17 de diciembre de 1981 (RJ 1981/4808).

ejecución forzosa de actos administrativos que implican la entrada en un domicilio, que definitivamente se confirma en la sentencia de 7 de diciembre de 1982¹⁸, y que en lo fundamental puede resumirse como sigue.

En relación con los pronunciamientos del Alto Tribunal, cabe destacar, de un lado, la remisión a la normativa civil para llenar de contenido el concepto de domicilio, al que se refiere pues como «morada o vivienda fija» o, indirectamente, como «residencia habitual»¹⁹. Ahora bien, el núcleo de la cuestión debe centrarse en la vinculación que la inviolabilidad domiciliar guarda con el derecho a la intimidad personal y familiar. Según el Tribunal el bien jurídico que se protege por medio del derecho a la inviolabilidad del domicilio es exclusivamente dicha intimidad o la vida privada. Dada tal configuración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, entiende el Alto Tribunal que la autorización judicial va encaminada a protegerlo ante la actividad de inspección o indagación de la Administración que, a diferencia de la mera ejecución de actos, sí es susceptible de ser arbitraria y convertirse en una injerencia capaz de conculcar el derecho fundamental²⁰. Se excluye así, *ex radice*, la posibilidad de que la ejecución de actos administrativos pueda vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por ser esta una actuación administrativa dirigida a otros objetos ajenos a la intimidad personal y familiar, y más en aquellos supuestos en que dicha actividad cumple todos los requisitos de legalidad establecidos por haber sido controlada por órganos jurisdiccionales²¹, por lo que la falta de intervención de la jurisdicción para autorizar la entrada en el domicilio no implica la ilegalidad de la actuación administrativa ni la vulneración del derecho fundamental.

Esta línea jurisprudencial iniciada por el Tribunal Supremo se ve, sin embargo, truncada por el Tribunal Constitucional²² en virtud de la trascendental sentencia 22/1984, de 17 de febrero²³.

¹⁸ STS de 7 de diciembre de 1982 (RJ 1982/7911). Para un análisis detallado de esta sentencia, remitimos al lector al comentario que realiza Bartomeu COLOM PASTOR, quien se manifiesta radicalmente contrario al parecer expresado por la Sala. Bartomeu COLOM PASTOR «Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio», en *REDA*, núms. 40-41 (1984), pp. 249-256.

¹⁹ ATS de 17 de diciembre de 1981 (RJ 1981/4808), considerando 6.º.

²⁰ ATS de 17 de diciembre de 1981 (RJ 1981/4808), considerando 7.º; STS de 7 de diciembre de 1982 (RJ 1982/7911), considerando 3.º.

²¹ STS de 8 de febrero de 1984 (RJ 1984/786), considerando 4.º.

²² Cabe destacar que algún autor anunció, antes de que el TC se pronunciara al respecto, la necesaria interpretación taxativa de los límites del artículo 18.2, con lo que —en contra de la tendencia manifestada por el TS y los jueces ordinarios negándose a conocer sobre autorizaciones por entender que no tenían competencia atribuida para ello— el requisito de la autorización judicial de entrada debía exigirse en cualquier caso en que la Administración requiriera acceder a un domicilio y no se contara con el consentimiento del titular, fuera delito flagrante u otro supuesto de excepción del derecho (situación de necesidad; estado de excepción, sitio o guerra; caso de actuación de bandas armadas o elementos terroristas). Nos referimos, en concreto, a Lorenzo PLAZA ARRIMADAS, «La inviolabilidad del domicilio», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 216, 1982, pp. 687-706.

La sentencia 22/1984, de 17 de febrero, es el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional en materia de inviolabilidad del domicilio y, a su vez, también el primero en abordar la cuestión de la intervención judicial en los supuestos de ejecución forzosa de actos administrativos. Mucho se ha escrito sobre esta sentencia y la línea jurisprudencial que el Tribunal Constitucional vierte en ella, y es que, como la doctrina acertó a decir, la nueva interpretación del Tribunal de la configuración constitucional de inviolabilidad del domicilio y sus efectos sobre la autotutela ejecutiva implicaron un «giro copernicano» en la materia²⁴.

Interesa destacar ahora solo algunos de los aspectos más significativos del referido pronunciamiento para llegar a comprender su trascendencia: por un lado, la interpretación del contenido y alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio y, por el otro, su compatibilidad con el ejercicio de la autotutela ejecutiva. En relación con el primer aspecto mencionado, el Tribunal Constitucional, al igual que el Tribunal Supremo, define el derecho a la inviolabilidad del domicilio vinculándolo indefectiblemente al derecho a la intimidad, pero a diferencia del Alto Tribunal, el máximo exegeta de la Constitución también proclama, aunque entre líneas, su autonomía²⁵. Se describe también en la sentencia el concepto constitucional de domicilio, que se viene entendiendo desde entonces como un concepto *amplio*, que va más allá del concepto civil, del penal o del administrativo²⁶.

²³ STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984/22). Interesa recordar que precisamente esta STC trae causa de la actuación administrativa sobre la que resolvió el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de diciembre de 1982, que acabamos de comentar en el párrafo precedente.

²⁴ César ÁLVAREZ-LINERA URÍA, «La autorización judicial para la entrada en domicilios particulares, en ejecución de actos administrativos», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1989, p. 1038.

²⁵ En concreto el TC afirma, de un lado, que «(...) la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona (...)». Y, de otro, que «(...) 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 la esfera privada de ella» (FJ 5). (La cursiva es mía.) Mediante esta definición el TC consigne sentar como presupuesto que, con independencia de la efectiva intromisión en la intimidad, puede conculcarse la inviolabilidad domiciliar de forma autónoma precisamente por la «emanación» de dicha intimidad que representa. Esta perspectiva se opone radicalmente a los argumentos que defienden que la inviolabilidad del domicilio es expresión única del derecho a la intimidad y, por ello, que la entrada en el domicilio no tiene por qué significar *per se* vulneración del derecho si no se puede vincular con una injerencia en la intimidad.

Sin duda, esta conceptualización del derecho a la intimidad y el derecho a la inviolabilidad del domicilio como derechos autónomos e independientes, a pesar de su estrecha vinculación, constituye el basamento a partir del cual se articula la nueva apreciación del TC de la necesidad de que medie autorización judicial de entrada en las ejecuciones forzosas. Así lo advirtió también la doctrina, destacando en este concreto aspecto Ramón CASAS VALLÉS, «Inviolabilidad domiciliar y derecho a la intimidad», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1987, pp. 169-198.

²⁶ Así se expresa el TC en el FJ 2.º: «(...) la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de derecho privado, y en especial en el artículo 40 del Código Civil (...); «Todo ello obliga a mantener (...) un concepto constitucional

Pero lo que realmente interesa de la STC 22/1984 es cómo se encajan los nuevos derechos de cuño constitucional con la institución administrativa de la autotutela ejecutiva. Si bien el Tribunal Constitucional admite, de un lado, que la potestad de autotutela y los privilegios que implica no contravienen el texto constitucional, de otro recuerda que en ningún caso su ejercicio puede conculcar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la coacción administrativa ejecutiva (FJ 4.º). No cabe además, según el Tribunal, en el supuesto del derecho a la inviolabilidad de domicilio, un ejercicio de ponderación entre la consecución de un «fin social» —como sería el logro eficaz de los intereses generales— y la protección del derecho fundamental. El argumento en el que el Tribunal sostiene esta afirmación es que el sacrificio del derecho fundamental solo es pertinente cuando «los fines sociales constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad [resulte] de la propia Constitución» (FJ 3.º). Así, a pesar de que el artículo 103.1 de la CE recoja como principio orientador de la actividad administrativa la consecución eficaz del interés público, en tanto que el artículo 18.2 no prevé su sacrificio automático ante dicho fin, debe ser la autorización judicial la que opere como *engarce* entre ambos intereses constitucionales.

Dicho todo ello, son meridianas ya las conclusiones a las que llega el TC —principalmente expuestas en el FJ 5.º de la referida sentencia. En primer lugar, cualquier actividad administrativa de ejecución de sentencias o actos que implique la entrada en un domicilio, supone «en mayor o menor medida» la trasgresión del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. No cabe argüir, pues, que la actividad administrativa no va dirigida a la vulneración del derecho; cualquier entrada supondrá la conculcación del mismo, ya que, en segundo lugar, el acto o sentencia que se ejecutan no implican por sí mismas la autorización de entrada. Y, en tercer y último lugar, el hecho de que el acto o la sentencia hayan sido adoptados legalmente, no presupone que su ejecución respete el derecho fundamental. En resumidas cuentas, si no media previa autorización judicial, la ejecución es ilícita y vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

A través de la argumentación jurídica de la sentencia 22/1984, el Tribunal Constitucional contribuyó a sentar los fundamentos de la interpretación del contenido del artículo 18.2 de la CE, del mismo modo que desveló otra de las muchas claves sobre la articulación del ordenamiento jurídico administrativo con el nuevo texto constitucional, a saber: la supeditación del ejercicio de la autotutela ejecutiva al respeto de los derechos fundamentales. Ahora bien, fueron muchos los interrogantes que quedaron sin respuesta y sobre los que la doctrina no tardó en incidir. Si bien el debate de fondo seguía siendo la compatibilidad de la prerrogativa administrativa con el

de domicilio en mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo». Esta concepción del domicilio sigue vigente en la jurisprudencia y doctrina actuales.

susodicho derecho fundamental, también destacaron los comentarios acerca de cuestiones concretas de orden práctico que suscitaba la nueva exigencia de la autorización judicial.

Por un lado, afloró la duda acerca del orden jurisdiccional competente ante la falta de norma que atribuyera de forma expresa la competencia a orden jurisdiccional alguno. A pesar de que la LECrim. otorgara a los jueces de instrucción la competencia para autorizar las entradas en el supuesto de instrucción de sumarios, no ocurría lo mismo con la ejecución de actos administrativos. En la sentencia 22/1984 el Tribunal Constitucional resolvió parcialmente esta cuestión al apelar a la eficacia directa de la norma constitucional, con lo que el mismo art. 18.2 era norma atributiva de competencia al establecer como fuente u origen de la autorización de entrada el juez. Sin embargo, el Tribunal no especificó qué orden jurisdiccional debía encargarse de desarrollar dicha función²⁷. Según el Tribunal Constitucional, no necesariamente debía ser el juez de lo penal quien se ocupara de conceder o denegar dicha entrada y, por tanto, «[n]ada permite inferir que ningún orden jurisdiccional —fuera del juez penal— puede intervenir cuando se le solicite la autorización para la entrada en el domicilio de una persona» (FJ 3.º). Dejó claro el Tribunal que la previsión del artículo 18.2 no podía quedar vacía de contenido a falta de una norma competencial expresa, dado el efecto inmediato de la Constitución, pero no concretó cuál debía ser el orden jurisdiccional que se ocupara de asumirla²⁸. Entre la doctrina, en cambio, no faltaron respuestas. Algunos argumentaron que debía ser la jurisdicción civil²⁹, otros los jueces de primera

²⁷ Ante la tentación crítica contra la omisión de la STC 22/1984 de la atribución competencial, así como de otros aspectos de índole práctica de la autorización judicial, cabe que recordemos aquí que el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, función que no incluye la de legislar. La cuestión planteada ante el Tribunal, un recurso de amparo, no permitía le pronunciarse en estos sentidos, que de forma clara pasaba el testigo al legislador con afirmaciones como la anterior. Cuestión distinta es el acierto del legislador al regular la materia, lo cual comentaremos posteriormente.

²⁸ Esta indeterminación del TC se pone también de manifiesto en el ATC 272/1985, de 24 de abril (RTC 1985/272), en el que el Tribunal inadmite un recurso de amparo interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid que entiende vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial ante la negativa del Juez de Instrucción a concederle una autorización de entrada, por entenderse este incompetente en atención a los preceptos de la LEC. El Ayuntamiento fundamenta su alegación en la STC 22/1984, según la cual entiende el ente municipal que es competente el Juez penal. El TC, declarada ya la concurrencia de causa de inadmisibilidad, entra no obstante a analizar la vulneración del derecho protegido por el art. 24, afirmando que «el Tribunal Constitucional deja muy claro en la Sentencia citada [la STC 22/1984] que el Juez penal no ostenta el monopolio de las autorizaciones para la entrada y registro en los domicilios, con lo que está dando a entender que también pueden ser competentes, por ejemplo, *los Jueces civiles*, concretamente, en aquellos supuestos en los que no exista relación directa entre la necesidad de obtener dicha autorización y la persecución de un delito.» (La cursiva es mía.) Vemos, por lo tanto, que el Tribunal Constitucional no descartaba la posibilidad de que la competencia pudiera otorgarse a los Jueces civiles. Lo sorprendente es que, tratándose de un supuesto generado a raíz de la función inspectora de la Administración, no se refiriera a la jurisdicción contencioso-administrativa.

²⁹ Bartomeu COLOM PASTOR, en el análisis de la STS de 7 de diciembre de 1982 (RJ 1982/7911), defiende en atención a dos argumentos que asuma la competencia la jurisdicción civil: por un lado, porque el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho de la personalidad, privado y, por el

instancia e instrucción³⁰, rechazándose en general la posibilidad del otorgamiento de dicha competencia a favor de la jurisdicción penal³¹, y sin que consten entre la doctrina inmediatamente posterior a la STC 22/1984 que manejamos, argumentos explícitos a favor de su concesión a las Salas de lo contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales.

Por otro lado, se planteó la incertidumbre acerca del cauce procesal por el que debía sustanciarse la autorización judicial, así como sobre el cometido de la misma. Parecía claro que no debía entenderse como un automatismo³², pero tampoco podía convertirse en una instancia revisora de la actuación administrativa, usurpando las funciones de los jueces de lo contencioso y alterando el normal funcionamiento del control judicial — que opera *ex post*, una vez conculcado el ordenamiento jurídico, y a instancia de aquel que es titular del derecho vulnerado. Las claves que ofrecía el Tribunal Constitucional en su sentencia centraban como objeto de control a través de la autorización «la necesidad justificada» de la entrada en el domicilio, en tanto que el juez debía erigirse como garante del derecho a la inviolabilidad del domicilio³³. Así se descartaba que dicho

otro, por la fuerza atrayente de la jurisdicción civil. Bartomeu COLOM PASTOR de «Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio», en *REDA*, núms. 40-41 (1984), pp. 249-256.

³⁰ Lorenzo PLAZA ARRIMADAS, «La inviolabilidad del domicilio», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 216 (1982), p. 696-697.

³¹ Son bien conocidas las críticas de Alejandro NIETO y Fernando LÓPEZ RAMÓN ante la concesión de dicha potestad a la jurisdicción penal, aunque tampoco esgriman argumentos a favor de su concesión a la contencioso-administrativa, básicamente por estar ambos autores radicalmente en contra de la interpretación del TC del artículo 18.2, como más adelante expondremos. Alejandro NIETO, «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», en *RAP*, núm. 112 (1987), pp. 7-60; Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en *Revista de estudios de la administración local y autonómica* (REALA), núm. 225, 1985, pp. 31-78; y «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 115, enero-abril 1988, pp. 57-97.

³² Así se afirmó en el FJ 3.º de la STC 22/1984, pero igualmente algunos autores advirtieron del peligro de que la autorización se convirtiera en un mero automatismo formal. Entre ellos, Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en *Revista de estudios de la administración local y autonómica* (REALA), núm. 225, 1985, p. 71 y ss; Alejandro NIETO, «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», en *RAP*, núm. 112 (1987), p. 49 y ss. Lorenzo PLAZA ARRIMADAS aporta claves en este sentido, insistiendo en especial en el deber de los jueces de resolver y motivar. Lorenzo PLAZA ARRIMADAS, «La inviolabilidad del domicilio», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 216 (1982), pp. 697-698.

³³ En concreto el TC, en el fundamento jurídico 3.º *in fine* argumenta que la interpretación que presta del artículo 18.2 «(...) nada autoriza, finalmente, a pensar que el Juez a quien el permiso se pide y [es] competente para darlo debe funcionar con un “automatismo formal”. No se somete a su juicio, ciertamente, una valoración de la acción de la Administración, pero sí la necesidad justificada de la penetración en el domicilio de una persona». Ante tan escueta explicación de la función del juez, Fernando LÓPEZ RAMÓN consideró que lo que debería someterse a enjuiciamiento eran dos extremos: de un lado, la existencia del acto administrativo y, del otro, que su ejecución requiere la entrada en un domicilio. Criterios que, como veremos, la jurisprudencia acogerá posteriormente. Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal

procedimiento deviniera revisor de la legalidad de la actuación administrativa, con el conflicto que ello hubiera supuestamente provocado en la estructura y funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa³⁴.

Finalmente, otro de los aspectos que se destacaron fue la extensión de la exigencia de la autorización judicial, no sólo ante la ejecución de actos administrativos, sino ante la ejecución de sentencias³⁵. Sin duda, esta fue una de las afirmaciones más controvertidas de la STC 22/1984, ya que si los actos materiales eran manifestación de la ejecución de una sentencia, cabría haber entendido que esta servía de título suficiente al haber enjuiciado ya la legalidad de la actuación administrativa, en tanto que como resolución judicial cumplía la exigencia del artículo 18.2³⁶. Sin embargo, el parecer del Tribunal Constitucional era que el cometido de la autorización judicial no consistía en apreciar la legalidad del acto administrativo —función que cumpliría la sentencia—, sino velar por la protección del derecho fundamental, motivo por el que debía exigirse una nueva autorización. Cabe adelantar que el Tribunal no tardaría en corregir este criterio, en los términos que más tarde se estudiarán³⁷.

De entre todas las voces críticas frente a la línea jurisprudencial interpretativa sentada en la STC 22/1984, destacaron los contundentes argumentos de Alejandro NIETO y Fernando LÓPEZ RAMÓN³⁸. La crítica formulada por los citados autores partía de la, en su opinión, rígida interpretación que el Tribunal Constitucional hacía del art. 18.2, para descender luego a un plano práctico y plantear serias dudas acerca de los efectos de

Constitucional» en *Revista de estudios de la administración local y autonómica* (REALA), núm. 225, 1985, p. 73.

³⁴ Estaba entonces vigente la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 que, a pesar de las mejoras incorporadas respecto de la Ley de 1888, seguía configurando en gran medida el recurso a la jurisdicción como una apelación, con lo que su función era pura y netamente revisora de la actuación administrativa previa. Sobre la Ley de 1956, ninguna mejor referencia que a uno de sus propios redactores: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «Evolución de la legislación contencioso-administrativa», en *RAP*, núm. 150, 1999, pp. 209-237; del mismo autor, «Unidad jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales», en el volumen colectivo *El Poder Judicial*, Madrid, IEF, 1985, vol. I, pp. 42-83.

³⁵ Así se afirma en el FJ 5.º de la STC 22/1984: «(...) la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando este es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial». La cursiva es mía.

³⁶ Manifestaron su oposición a la extensión de la autorización judicial para la ejecución de sentencias, entre otros, Alfonso DE ALFONSO BOZZO, *op. cit.*, p. 173; Alejandro NIETO, «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», en *RAP*, núm. 112 (1987), pp. 43 y ss.

³⁷ *Vid.* Capítulo IV, epígrafe II.1.C sobre los *Efectos de la resolución judicial de un recurso en la ordenación de la competencia objetiva y otros efectos*

³⁸ Alejandro NIETO, «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», en *RAP*, núm. 112, 1987, pp. 7-60. Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en *Revista de estudios de la administración local y autonómica* (REALA), núm. 225, 1985, pp. 31-78; y «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 115, enero-abril 1988, pp. 57-97. Entiende también que la autorización de entrada supone un límite a la potestad de autotutela Leopoldo TOLIVAR ALAS, *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 96.

limitar la autotutela ejecutiva como pieza fundamental del Derecho administrativo, en perjuicio de la eficaz consecución del interés general. Entre otros aspectos, destacaron ambos autores que la nueva interpretación del TC permitía la instrumentalización del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria —«fraude de constitución», dijo NIETO— para perseguir la protección de un derecho patrimonial. Este planteamiento se deriva de la concepción de ambos autores del derecho a la inviolabilidad domiciliaria únicamente como manifestación del derecho a la intimidad —no como derecho autónomo— de modo que si la actividad material administrativa no llegara a concretarse en pesquisas, inspecciones o registros, siendo sólo una simple entrada, ésta no era susceptible de vulnerar intimidad alguna y, por tanto, tampoco la inviolabilidad domiciliaria.

Fernando LÓPEZ RAMÓN destacó también por su convencimiento de que la vulneración del derecho sólo podía provenir de la ilegalidad del acto, de modo que si la ejecución se realizaba en «línea directa» con un acto ajustado a Derecho, dicha ejecución no podía vulnerar derecho fundamental alguno. A pesar de la lógica argumentativa presentada por este autor, no podía olvidarse que *ex constitutione*, la autorización judicial se había convertido en un nuevo elemento —o mejor dicho, requisito— de legalidad de la ejecución forzosa de actos administrativos, de modo que, aunque el acto cumpliera escrupulosamente los cánones de legalidad, las actuaciones materiales de ejecución la conculcaban a falta de autorización judicial³⁹.

Por último, no se puede cerrar el comentario a la STC 22/1984 sin la debida referencia al voto particular que planteó el magistrado Rubio Llorente. Coincidieron algunas de sus reticencias con las que expondrían NIETO y LÓPEZ RAMÓN posteriormente, pero el magistrado se inquirió en especial sobre la real efectividad de la intervención judicial mediante la autorización en aras de la protección del derecho fundamental⁴⁰. En definitiva, lo que RUBIO LLORENTE se preguntaba era si realmente la autorización

³⁹ Alejandro NIETO, que coincidía en varios de sus argumentos con LÓPEZ RAMÓN, discrepaba en este concreto aspecto, en tanto que admitía que la letra de la Constitución había establecido una desconexión entre el acto formal y la actuación material de ejecución en los supuestos de entrada en domicilios, exigiéndose «la presencia del juez para legalizar —o, mejor dicho, constitucionalizar— esa ejecución material». Alejandro NIETO, *op. cit.*, pp. 54-56.

⁴⁰ Creo conveniente citar aquí textualmente las palabras de RUBIO LLORENTE. Después de argumentar que la incongruencia de la decisión del Tribunal radica en la desvinculación del acto y la ejecución material, y enfatizar el hecho de que la vulneración del derecho fundamental sólo puede radicar en la ilegalidad de los actos formales, que ya ha sido descartada por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, el Magistrado considera que «no se adivina qué protección adicional de sus derechos habría obtenido la recurrente si hubiera logrado de la Administración la exhibición de un mandamiento expedido por otro Juez carente de competencia para controlar la legalidad de la actuación administrativa. La ejecutoriedad del acuerdo administrativo de desalojo no implica contradicción alguna con el derecho a la inviolabilidad del domicilio de quien, como en el presente caso sucede, fue notificado de tal acuerdo y tuvo la posibilidad de buscar y obtener frente a él el amparo judicial».

judicial contribuye a otorgar una mayor protección al derecho a la inviolabilidad del domicilio.

3. LA RECEPCIÓN POR LA LEGISLACIÓN ORDINARIA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA: MARCO GENERAL.

A pesar de la calidad argumental de la STC 22/1984, ya ha quedado expuesto en el anterior epígrafe que el nuevo enfoque que prestó de la cuestión alzó infinidad de nuevas dudas de carácter práctico. Con el paso paulatino del tiempo, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han ido sufriendo dichas carencias en mayor o menor medida, quedando así configurada la figura de la autorización judicial de entrada en los supuestos actividad ejecutiva de las Administraciones públicas. A continuación, el estudio se dirigirá a la normativa, dejando los aspectos relativos a la jurisprudencia y a la doctrina para un análisis posterior, centrándose el discurso en los tres hitos normativos que a mi entender se han sucedido en la legislación española en esta materia. En primer lugar, la Ley Orgánica 6/1985, de 11 de julio, del Poder Judicial; en segundo lugar, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y, en tercer lugar, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

A. La Ley Orgánica del Poder Judicial: la atribución competencial al orden jurisdiccional penal.

Efectivamente, la respuesta del legislador a algunas de las dudas que la STC 22/1984 planteó no se hizo esperar. Sólo unos pocos meses después se promulgó la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)⁴¹, resolviendo algunas de las cuestiones que la nueva interpretación constitucional del artículo 18.2 suscitó por aquel entonces, en especial, a qué orden jurisdiccional correspondía la competencia para resolver sobre las autorizaciones de entrada, pero provocando a su vez nuevos interrogantes, como se verá a continuación⁴².

El artículo a través del cual pretendió resolverse la atribución competencial era el 96 *in fine* del Proyecto de Ley presentado en el Congreso de los Diputados dedicado a las competencias de los jueces de instrucción, que rezaba así:

⁴¹ La aprobación definitiva en las Cortes fue en fecha 20 de junio de 1985 —Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOGC), Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 118-V, de 20 de junio de 1985— mientras que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) 157, de 2 de julio de 1985.

⁴² Tal como señala BARCELONA LLOP, cabe recordar que ya en 1980 se presentó a las Cortes un proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual no prosperó, cuyo artículo 101 recogía en los mismos términos que el anterior artículo 87.2 y el actual 91.2 de la LOPJ la autorización de entrada, con la única variación de que la competencia pretendía otorgarse a los Jueces de Partido y Distrito. Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, p. 513.

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 Administración⁴³.

Destaca, de entrada, la atribución de la competencia a los jueces de instrucción, en lugar de a la jurisdicción contencioso-administrativa o a la civil, como había barajado la doctrina, por lo que parece pertinente buscar en los trámites parlamentarios alguna clave que explique el porqué de dicha atribución. Pero el hecho es que ninguna información reveladora al respecto se halla en estos. Aparte de los cambios de numeración que se realizaron por razones de sistemática a la propuesta inicial del Proyecto, las pocas enmiendas que se presentaron y que seguían en pie en el trámite de discusión en Comisión, bien fueron retiradas, bien rechazadas⁴⁴, con lo que nada se discutió en el Pleno del Congreso, donde se aprobó sin ningún particular⁴⁵. Poco más puede añadirse respecto del trámite en el Senado, ya que lo único destacable es el cambio de numeración; el precepto pasó a ser el artículo 87.2, ubicación en la que se mantuvo hasta su aprobación definitiva.

Como adelantábamos, de los trámites parlamentarios se desprende poca información que explique los elementos más importantes que contenía el artículo 87.2 de la LOPJ. Por un lado, no hay datos sobre los motivos por los que la competencia fue otorgada a los jueces de instrucción, en lugar de a la jurisdicción civil o a las salas de lo contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales. Por otro, se obvia toda explicación acerca del significado del problemático apéndice «los restantes edificios o

⁴³ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 118-I, de 19 de septiembre de 1984, p. 1384.

⁴⁴ Las únicas enmiendas a discutir en la Comisión fueron la 991, del Grupo Popular; la 1.211, del señor Montesdeoca, y la 193, del Grupo Vasco. Las dos primeras fueron retiradas y sólo se discutió sobre la enmienda del Grupo Parlamentario Vasco, que pretendía que en relación con la competencia de autorización de entrada, constase en el artículo 96 que era de forma exclusiva y excluyente de los Jueces de Instrucción, sin que los Juzgados centrales pudieran conocer de ello, ya que la necesaria inmediatez del juez con el lugar del domicilio exigía que fueran en todo caso los Jueces de Instrucción. Dicha enmienda no fue aprobada. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, núm. 273, 5 de marzo de 1985, p. 8536.

⁴⁵ Para profundizar en el análisis de las enmiendas presentadas en relación con dicho artículo, remito al lector al trabajo de Francisco LÓPEZ MENUDO, «La intervención del juez para la defensa del domicilio ¿y también de la propiedad?», en Luís MARTÍN REBOLLO (dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, 2 vol., Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, vol. II., pp. 1892 y 1893. El autor comenta una interesante enmienda propuesta por el Grupo Popular al redactado del artículo, la 991, en la que se añadía la palabra «anejos» en relación con los «restantes edificios o lugares», de modo que sólo aquellos edificios o lugares anejos al domicilio recibirían el mismo tratamiento que el domicilio exigiéndose la autorización judicial de entrada, y no, por lo tanto, cualquier edificio o lugar cuyo acceso dependiera del titular. Dicha enmienda fue, sin embargo, rechazada.

lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular» en el marco del artículo 18.2 de la CE, que pasó inadvertida por las Cortes y sin que sea fácil entender por qué se manifestó ante los parlamentarios dicho apéndice de forma tan pacífica, cuando *a posteriori* se ha convertido en un problema interpretativo.

En relación con el primer interrogante, probablemente el impulso que motivara al legislador a otorgar la competencia a la jurisdicción penal fuera inercial. En el ámbito penal existía una dilatada experiencia en la materia ya que la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) —con un largo recorrido por aquel entonces ya que entró en vigor en 1882— preveía la autorización judicial como instrumento habilitante para la realización de entradas y registros en la fase de instrucción de causas penales, de modo que la concesión o denegación de la autorización encontraba en la norma procesal penal el apoyo legislativo necesario para su concreción⁴⁶. Igualmente, alguna normativa preconstitucional administrativa preveía ya que fuesen los Jueces de Instrucción los encargados de conceder dicha autorización, lo que afianzaba esa tendencia a seguir dicha inercia⁴⁷.

Se esgrimieron varios argumentos a favor de la concesión de dicha competencia al orden penal, principalmente por el hecho de la disponibilidad ilimitada en el tiempo del juez a través de los servicios de guardia⁴⁸, así como su proximidad por su distribución

⁴⁶ Coincide en este sentido BARCELONA LLOP, *op. cit.*, p. 527, que entiende que sobre la decisión del legislador pesó la «experiencia», decantando a favor de la jurisdicción penal la competencia de la autorización de entrada. Basta ver los artículos 545 a 572 de la LECrim., Libro II —dedicado al sumario—, Título VIII relativo a la «Entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica», donde se regula con cierto grado de detalle la concesión de la autorización: los supuestos en los que es necesaria, el concepto penal de domicilio, los términos en los que deben realizarse la entrada y registro, el contenido mínimo del auto que autorice la entrada, etc. Los artículos referenciados han sido apenas modificados desde 1882, a pesar de la lógica adaptación de la interpretación del contenido de ellos a lo largo del tiempo.

Esta inercia se puso de manifiesto incluso antes de la entrada en vigor de la LOPJ. Ejemplo de ello es el Auto del Tribunal Constitucional núm. 272/1985, de 24 de abril (RTC 1985/272 AUTO), en el que el Tribunal resuelve la inadmisión de un recurso de amparo interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid, ante la negativa recibida por el Juez de Instrucción a otorgarle una autorización de entrada en un local de negocio. El Ayuntamiento, frente a la necesidad de realizar una entrada en orden a una inspección y la negativa del titular a facilitarla, acudió al Juez de Instrucción, interpretando que la STC 22/1984 les atribuía dicha competencia de forma indubitada —interpretación desde luego forzada de la STC 22/1984. El Juez de Instrucción, sin embargo, denegó dicha autorización al entenderse incompetente, en tanto que la LECrim. se refiere únicamente a los supuestos de causas penales.

⁴⁷ En concreto nos referimos a la Ley de Contrabando, aprobada por el Decreto 2166, de 16 de julio de 1964 y publicada en el BOE número 177, de 24 de julio de 1964, cuyo artículo 40.3.2, determinaba la competencia para autorizar las entradas a «[l]os Jueces de Instrucción y, en su defecto, los Municipales, Comarcales o de Paz, cuando la entrada y registro hayan de verificarse en moradas o domicilios particulares o en aquellos lugares aludidos en el párrafo precedente, cuando por razones de urgencia, les fuera solicitado el mandamiento pertinente».

⁴⁸ Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Madrid, EDER-SA, 1986, p. 98.

territorial⁴⁹, aunque para la mayoría de autores la decisión del legislador fue sorprendente y difícilmente explicable, en especial por el desconocimiento de los jueces de lo penal sobre la materia jurídico-administrativa⁵⁰ y por la intromisión que parecía suponer en las funciones de la jurisdicción contencioso-administrativa⁵¹.

El segundo interrogante al que nos referíamos todavía no ha sido resuelto. ¿Qué debe interpretarse allí donde se lee «los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular»? Se trata de una mención enigmática, que ni la jurisprudencia ni la doctrina interpretan en sentido unívoco. La cuestión se debate entre tres posibles interpretaciones, sobre las que volveré con detenimiento más adelante. De un lado y en atención a la literalidad del precepto, puede entenderse que a través del artículo 87.2 no sólo se protege el domicilio, sino también la propiedad privada a través de la alusión a otros espacios cuyo acceso dependa del consentimiento del titular. De otro, se interpreta que a través del artículo 87.2 sólo pretende protegerse el domicilio tal como ha sido definido por el Tribunal Constitucional, es decir, en un sentido amplio, por lo que se añade la referida coletilla en el intento de positivizar el espíritu garantista del TC al hacer del concepto constitucional de

⁴⁹ César ALVAREZ-LINERA URÍA, «La autorización judicial para la entrada en domicilios particulares, en ejecución de actos administrativos», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1989, p. 1.039.

⁵⁰ Entre ellos, Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 115, enero-abril 1988, p. 93; C. SÁNCHEZ DE LAMADRID y J. A. MORILLO-VELARDE DEL PESO, «La garantía judicial de los derechos concretos: la Administración, el domicilio y los interdictos», *La Ley* 1989-1, p. 1030-1031. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa*, cit., p. 529, criticó igualmente la atribución competencial a los jueces penales, abogando a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa en tanto que dichos jueces «podrían ejercer un control de fondo sobre la actuación administrativa mucho más intenso del que pueden ejercer los Jueces de Instrucción, con lo que a la postre la posición del particular saldría reforzada». AGIRREAZKUENAGA también da cuenta de la oportunidad de trasladar dicha competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa ante la perspectiva de creación de los Juzgados contenciosos unipersonales. Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, *La coacción administrativa directa*, Madrid, Civitas-HAEE/IVAP, 1990, pp. 304, en el comentario a pie de página núm. 134. También critica la atribución competencial a la jurisdicción penal en lugar de a la contencioso-administrativa, Jesús Ernesto PECES MORATE, «La entrada en el domicilio o en otros lugares cerrados para la ejecución de actos de la Administración. Hacia un modelo garantista», en *Jueces para la democracia*, núm. 21, 1994, pp. 41-42 y, especialmente, 54-55.

⁵¹ Cuestión esta que el TC intentó zanjar de forma definitiva al resolver dos cuestiones de inconstitucionalidad a través de la STC 76/1992, de 14 de mayo (RTC 1992/76), en la que se confirmó la constitucionalidad del artículo 87.2. Rechazó, por un lado, la STC que el art. 87.2 vulnerara el artículo 117.3 CE por ser la autorización un mero automatismo, en tanto que las resoluciones debían ser motivadas y a través de ellas se controlaban determinados elementos relativos a la ejecución para garantizar la incolumidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio —que quedaría desprotegida si la autorización fuese un mero automatismo; y, por el otro, rechazó que el art. 87.2 vulnerara el principio de juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), en primer lugar, porque una norma de atribución de competencias no afecta a dicho principio y, en segundo lugar, porque en ningún caso se invaden las competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa, en tanto que los jueces de lo penal no enjuiciaban la legalidad del acto, función reservada en exclusiva a dicha jurisdicción (FJ 3.º).

domicilio un concepto amplio⁵². Y, por último, algunos autores defienden que el derecho que se tutela es el derecho a la intimidad del párrafo primero del art. 18 de la CE.

B. La Ley del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: su fidelidad al mandato constitucional.

Ante los derroteros de la LOPJ, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC) se ciñe estrictamente al mandato constitucional a través de los preceptos recogidos en el Capítulo V, Título VI, dedicados a la ejecución. En concreto, interesa destacar los artículos 95 y 96.3. Mientras que el artículo 95, con carácter general, prevé los supuestos en los que la autotutela ejecutiva cede —en caso de que la suspensión de la ejecución éste prevista legalmente y en los supuestos en los que la Constitución o la ley prevean la intervención de los tribunales⁵³—, el artículo 96, dedicado a los medios de ejecución forzosa, precisa en su apartado tercero el mandato constitucional, estableciendo que en los supuestos en los que la ejecución requiera la entrada en un domicilio será necesario el consentimiento del titular y, en su defecto, la correspondiente autorización judicial de entrada⁵⁴.

La mayor virtud del artículo 96.3 reside en el hecho de referirse exclusivamente al domicilio del afectado, sin hacer mención a ningún otro lugar, edificio o espacio, lo que indefectiblemente remite a las coordenadas constitucionales para la interpretación del concepto de domicilio, de acuerdo con el principio de interpretación de las normas según la Constitución⁵⁵. De este modo se evitan de raíz todos los problemas interpretativos a los que hemos hecho mención en relación con la LOPJ. Confrontadas

⁵² Cabe adelantar, como ya ha advertido LÓPEZ MENUÑO, que esta posible justificación de la interpretación del artículo 87.2 pierde todo su sentido teniendo en cuenta que el Proyecto de LOPJ de 1980 —anterior a los pronunciamientos del TC sobre el contenido del concepto constitucional de domicilio— incluía una redacción idéntica del precepto. LÓPEZ MENUÑO, *op. cit.*, p. 1894.

⁵³ Según el artículo 95 de la LRJAPyPAC: «Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales».

⁵⁴ El artículo 96.3 de la LRJAPyPAC dice textualmente: «Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial».

⁵⁵ Seguramente sea Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA quien, dentro del ámbito español, haya profundizado más en este principio, según el cual «[l]a supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación —por operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos— en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate». Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (1981), Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p. 101.

desde esta perspectiva la LOPJ y la LRJAPyPAC, podrían salvarse los inconvenientes que presenta la primera si tenemos en cuenta que se trata esta de una ley adjetiva, encargada de la distribución competencial entre los distintos órganos jurisdiccionales; mientras que la carga sustantiva la aporta la segunda, que debería prevalecer así en aquello relativo al contenido material, es decir, a la concreción de los supuestos en los que la realización de la ejecución forzosa requiera la intervención de la jurisdicción⁵⁶.

Ante este posible enfoque, el jurista debe intentar empaparse del espíritu de la Ley 30/92 en relación con la ejecución forzosa, ya que, si bien por un lado el artículo 96.3 precisa el mandato constitucional, por otro, el artículo 95 no sólo prevé con carácter general que sea por medio de la Constitución que se establezca el imperativo de la autorización judicial, sino que la LRJAPyPAC también tiene en cuenta la posibilidad de que legalmente se requiera la intervención judicial en los supuestos de ejecución forzosa, sin precisar el fundamento de dicha intervención — «cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales». Es decir, sin exigir de forma exclusiva y excluyente que sea la protección del domicilio el único fundamento para limitar la potestad de autotutela ejecutiva —ni tan siquiera un derecho fundamental—, sino que la norma básica deja sobreentendido que el legislador ordinario también está facultado para condicionar legalmente la autotutela ejecutiva por medio de la autorización judicial de entrada en los supuestos que así se estime conveniente⁵⁷. Cabe añadir además que, a

⁵⁶ Insiste con vehemencia José María MACÍAS CASTAÑO en la necesaria interpretación sistemática de la LOPJ y también la Ley 29/1998, ambas leyes procesales, junto con la LRJAPyPAC. Según este autor, los artículos 91.2 de la LOPJ y el artículo 8.6 de la Ley 29/1998 «constituyen una previsión competencial, hueca, vacía, y meramente suponen la previsión de que, “cuando ello proceda” el competente será el Juez de lo Contencioso. Hoy por hoy, sin embargo, “ello no procede” porque ninguna Ley impone esa restricción al margen del domicilio, con alguna excepción (...)». Sin perjuicio del posterior comentario que dedicaremos a la cuestión con mayor profundidad, ante esta estricta interpretación cabe tener en cuenta —como apuntamos arriba— que el artículo 95 de la LRJAPyPAC prevé la posibilidad de que a través de disposición legal la ejecución se vea condicionada por la intervención judicial, con independencia de que dicha cautela se fundamente en la inviolabilidad del domicilio o en la protección de otros bienes jurídicos. José María MACÍAS CASTAÑO, «El desahucio administrativo: la problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 127, 2005, pp. 489-517. Análogos argumentos a los de MACÍAS CASTAÑO fueron ya aportados por PECES MORATE para restringir, en el marco de la actuación administrativa, la autorización al domicilio constitucionalmente protegido. Jesús Ernesto PECES MORATE, «La entrada en el domicilio o en otros lugares cerrados para la ejecución de actos de la Administración. Hacia un modelo garantista», en *Jueces para la democracia*, núm. 21, 1994, pp. 42 y ss.

⁵⁷ Cabe apuntar, sin embargo, que no se agotan aquí las posibles interpretaciones del mencionado artículo 95. Existe entre la más acreditada doctrina otra posible lectura del contenido del artículo 95 de la LRJAPyPAC según la cual, la «intervención de los Tribunales» sancionada por la Constitución o las leyes a la que se refiere el precepto, consiste en el traslado del ejercicio de la ejecución forzosa del acto administrativo al poder judicial; es decir, lo que el artículo 95 *in fine* prevé es la posibilidad de que la Constitución o la ley sustraigan a la Administración el ejercicio de la potestad de ejecución forzosa, trasladándolo al juez; la llamada «ejecución forzosa judicial de los actos administrativos». Se refieren a esta interpretación del artículo 95 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de*

pesar de constituir la LOPJ una norma de carácter procesal o adjetivo, no por ello pierden sus mandatos de naturaleza material o sustantiva —como el que analizamos— su valor normativo, más desde la perspectiva de la interpretación sistemática, visto el actual artículo 95 de la Ley 30/92 y, como veremos más adelante, otros preceptos a través de los cuales la autorización judicial se extiende como mecanismo de ponderación de las potestades de la Administración⁵⁸.

Así pues, por un lado cabe alabar la concisión del artículo 96.3 de la LRJAPyPAC por ceñirse estrictamente al mandato constitucional y referirse únicamente al domicilio como espacio digno de protección por medio de la autorización judicial de entrada ante ejecuciones forzosas; pero, por el otro, cabe advertir que el artículo 95 ofrece al legislador ordinario la posibilidad de que a través de normas de rango de ley la ejecución forzosa de la Administración pueda verse sometida a la intervención judicial previa⁵⁹.

C. La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: atribución competencial al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Finalmente, mediante la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA), el legislador puso fin a la principal de las objeciones planteadas por la mayor parte de la doctrina ante la configuración legislativa de la autorización judicial de entrada contenida en la LOPJ, trasladando la competencia para conceder dicha autorización a la jurisdicción contencioso-administrativa⁶⁰.

Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, vol. I, 2004, p. 527; Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 154 y ss.; Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 79 y ss, y Javier BARCELONA LLOP, *op. cit.*, p. 322 y ss. Cabe adelantar que cada autor matiza ciertas particularidades al respecto. Sobre ello se volverá posteriormente, cuando se analice con más detalle la potestad de autotutela ejecutiva.

⁵⁸ Sin ir más lejos, el mismo artículo 8.6 de la Ley 29/1998 en sus tres párrafos o el artículo 51 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (LEF), según la redacción dada por Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

⁵⁹ Reservo para esta nota a pie de página aquello relativo a la interpretación auténtica de los preceptos referidos de la LRJAPyPAC, en tanto que nada relevante se advierte en los trámites parlamentarios. La redacción de los artículos mencionados se mantiene en lo esencial invariable desde su presentación a las Cámaras como Proyecto de Ley, entonces artículos 93 y 94.3 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 82-1, de 4 de marzo de 1992, p. 25) hasta su aprobación definitiva (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 82-12, de 17 de noviembre de 1992, p. 380 y 381). Se presenta una única enmienda al artículo 94.3, la 387, del Grupo Socialista en orden a una mejora técnica que consistió en sustituir «Administración» por «Administraciones Públicas», que fue incorporada en el Informe de Ponencia y confirmada en Comisión. La numeración varía a consecuencia de otras enmiendas.

⁶⁰ Si bien por la mayoría fue aplaudida la atribución competencial al orden contencioso, algunos advertían riesgos en su incorporación a una jurisdicción llamada a ser «revisora». Por ejemplo, el Consejo de Estado, en su Informe núm. 503/1995, de 15 de junio de 1995, al Anteproyecto de Ley reguladora

No obstante, la voluntad del legislador de 1998 no fue esa inicialmente, ya que en el Proyecto de Ley que presentó a las Cortes no se atribuía a ningún órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para autorizar entradas en orden a la ejecución forzosa de actos administrativos⁶¹. La autorización de entrada se incluyó entre las competencias de los jueces de lo contencioso a raíz de una enmienda propuesta por el grupo socialista, la número 277⁶². Ahora bien, el origen de este precepto debe

de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1995 —al que nos referimos más adelante en el texto—, se pronuncia en los siguientes términos ante el precepto estudiado: «El apartado 3 del artículo 8 atribuye, en su letra b), a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la competencia para conceder “las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública”. (...) Esta traslación de unos a otros Juzgados (que, en todo caso, habría de encontrar dificultades prácticas —Juzgados de guardia—) es sumamente cuestionable: no se trata de una competencia para actuaciones de enjuiciamiento sino de protección y garantía de los ciudadanos». Implícitamente el Consejo de Estado advierte de que con la asunción de esta competencia, la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo ánimo es revisor, fiscalizador o de control, adquiere una función alejada de la naturaleza que le es consustancial, aunque no puntualiza cuáles serán dichas «dificultades prácticas».

Tampoco faltan autores que, en contra de la doctrina mayoritaria a favor del traslado competencia a la Jurisdicción contencioso-administrativa, estimen que «diferentes factores aconsejaban una solución contraria (...) tanto desde una perspectiva dogmática como práctica». Desde la perspectiva dogmática, porque supone una ruptura del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Además se pone en duda qué papel asume el órgano judicial en estos casos: si uno análogo al del juez de instrucción que ejerce la total dirección de las diligencias, o si simplemente se limita a autorizar la entrada removiendo un impedimento a la ejecución administrativa. Desde la perspectiva práctica, se alega que los juzgados de lo contencioso-administrativo tienen, a diferencia de los de instrucción, en general un ámbito de competencia territorial provincial. En este sentido se pronuncia Javier OLIVÁN DEL CACHO, «La autorización judicial para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular: aspectos prácticos», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 25, 2011, pp. 200 a 202; en sentido análogo, Jesús María CHAMORRO GONZÁLEZ, «Las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo», en la obra colectiva dirigida por José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, *Cuestiones sobre al competencia surgidas con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 177. Leopoldo TOLIVAR ALAS, *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 29, advertía del peligro de que «el juez administrativo penetre en cuestiones de fondo ajenas a la solicitud de entrada».

⁶¹ Véanse los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 del proyecto de ley 121/000068, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 70-1, de 18 de junio de 1997, pp. 10 - 12.

⁶² De las 16 enmiendas que se presentaron al artículo 8 del mencionado proyecto, interesa aquí la número 277, según la cual se proponía una nueva redacción de los artículos 8, 9 y 10. En lo referente al artículo 8, la nueva propuesta de redacción incluía un apartado 3, del siguiente tenor literal: «Conocerán también los Juzgados de lo contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública». La totalidad de la enmienda puede consultarse en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 70-8, de 24 de noviembre de 1997, p. 128.

Como ya habrá apreciado el lector, el texto propuesto en la enmienda coincide con la actual y vigente redacción del artículo 8.6 de la LRJCA. El periplo de su inclusión en el texto definitivo fue el siguiente. En el informe de Ponencia se propone la inclusión de dicha enmienda en aquello relativo a la autorización judicial como competencia de los Juzgados Contencioso-Administrativo, variando

buscarse en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que en el año 1995 presentó el gobierno socialista, el cual fracasó, como otros intentos de modernización de la jurisdicción contencioso-administrativa⁶³ —regida hasta 1998 por la loada Ley de 1956. Precisamente, en dicho Proyecto de 1995 ya se contemplaba la inclusión de la competencia a favor de los jueces de lo contencioso-administrativo respecto de las autorizaciones de entrada en domicilios para la realización de ejecuciones forzosas, en los mismos términos que la enmienda 277 y, así pues, igual que se recoge actualmente en el artículo 8.6 de la LRJCA. Sin embargo, el Proyecto caducó al disolverse las Cortes en 1996 a consecuencia de la finalización de la legislatura y la celebración de elecciones generales, sin que la tarea de renovar el régimen jurídico la jurisdicción se reprendiera hasta 1998.

Nada más merece ser destacado del trámite parlamentario de elaboración del precepto contenido en el artículo 8.5 de la LRJCA, que fue aprobado definitivamente con la redacción que acompañamos a continuación⁶⁴, y que únicamente ha sido modificado posteriormente por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en los términos que posteriormente se estudiarán. Así, en 1998, la redacción del precepto resultó tal como sigue:

Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.

Decía que, a efectos de este trabajo, interesa destacar de la LRJCA la atribución de la competencia para conceder autorizaciones de entrada a la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello no obstante, fueron muchas las novedades aportadas por la LRJCA al orden jurisdiccional vigente en el momento, lo cual afectó directamente al orden establecido por la LOPJ, con lo que se hizo necesaria su adaptación a las nuevas circunstancias a través de una ley orgánica, como exige su condición como tal. Dicha adaptación se tramitó paralelamente a la LRJCA mediante la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Proyecto de dicha ley de reforma no incluía originariamente la supresión del artículo 87.2 —que,

simplemente la numeración —pasa de situarse en el artículo 8.3 a hacerlo en el 8.5— (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 70-9, de 10 de marzo de 1998, p. 175). Posteriormente, en el dictamen de la Comisión se mantienen intactas tanto la redacción como la numeración propuestas por el informe (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 70-10, de 23 de marzo de 1998, p. 219). De este modo, la defensa y votación en el Pleno de la enmienda 277, que será rechazada, se referirá a otros aspectos distintos a la autorización judicial (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 145, de 16 de marzo de 1998, pp. 7.674 y 7.675).

⁶³ Recordemos que se presentó otro anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en 1986.

⁶⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 70-14, de 13 de julio de 1998.

recordemos, atribuía la competencia a los jueces de instrucción— ni la modificación del 91⁶⁵, dado que el artículo 8.5 de la LRJCA fue fruto de una enmienda, por lo que no se pudo prever en la elaboración del Proyecto. Las enmiendas 10 y 12 del Grupo Parlamentario Socialista fueron las que suprimieron el apartado 2.º del anterior artículo 87 y se añadió el apartado 2.º al artículo 91⁶⁶. Las enmiendas proponían la siguiente redacción del artículo 91.2:

Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar en resolución motivada la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración.⁶⁷

Sin embargo, el Informe de Ponencia propone una nueva redacción del artículo 91.2, más cercana al anterior artículo 87.2 de la LOPJ, que no al 8.5 de LRJCA y con una destacable novedad. En concreto, el texto que incluye el mencionado Informe es el siguiente:

Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar mediante auto, la entrada en domicilios y restantes edificios y lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración.⁶⁸

Su redacción es más próxima al artículo 87.2 de la LOPJ que al 8.5 de LRJCA, en tanto que sigue incluyendo el término «edificios», que se omite en la LRJCA. Aparte de mantenerse la palabra «edificios», también se propone concretar la expresión «resolución motivada», de modo que la autorización se otorgue o deniegue «mediante auto». Esta precisión no resultaba vana con el traslado de la competencia al orden contencioso-administrativo, teniendo en cuenta que hasta entonces los jueces de instrucción hallaban en la LECrim. las pautas para resolver sobre la autorización de

⁶⁵ Véase el DOCG, Congreso de los Diputados, SERIE A, núm. 71-1, de 18 de junio de 1997.

⁶⁶ Véase el DOCG, Congreso de los Diputados, SERIE A, núm. 71-7, de 4 de noviembre 1997, p. 18.

⁶⁷ Para mayor comodidad del lector recordamos aquí la entonces vigente redacción del art. 87.2 de la LOPJ:

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,

Si comparamos la propuesta de la enmienda con el entonces vigente art. 87.2, veremos que son muy pocas las variaciones que se incorporan, entre las que destaca la supresión de la palabra «edificios», en tanto que el artículo 8.5 de la LRJCA tampoco incluía dicho término.

⁶⁸ Véase el DOCG, Congreso de los Diputados, SERIE A, núm. 71-9, de 17 de marzo de 1997, p. 26.

entrada⁶⁹, pero con la nueva asunción competencial, cualquier concreción en los aspectos prácticos era conveniente.

El posterior dictamen de la Comisión incorporó el artículo 91.2 sin introducir variación alguna a la propuesta del Informe de la Ponencia⁷⁰. Así pues, es en la Ponencia donde se gesta la actual redacción del artículo 91.2 de la LOPJ, que incorpora los rasgos característicos mencionados anteriormente y que no variará en los posteriores trámites parlamentarios⁷¹, siendo aprobado finalmente el texto siguiente:

Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo autorizar mediante auto la entrada en domicilios y restantes edificios y lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración.⁷²

A pesar de la indudable mejora respecto de la LOPJ que supone que el juez de lo contencioso se encargue de dicha causa, la LRJCA no evitó caer en algunos de los equívocos en los que ya incurrió la LOPJ, entre los que destaca la inclusión en el precepto no sólo del «domicilio», sino también de los «restantes edificios y lugares cuyo acceso dependa del consentimiento del titular»⁷³. Pero lo que sin lugar a dudas destaca de la LRJCA en relación con la autorización judicial de entrada es la ausencia de preceptos destinados a regular los aspectos operativos de la autorización judicial, como el contenido del auto de autorización o el procedimiento por el que debe sustanciarse, entre muchos otros que la jurisprudencia —y la doctrina aunque en menor medida— ha tenido que resolver a golpe de auto.

II. LA PROBLEMÁTICA ASOCIADA A LA ACTUAL CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.

Esbozados el punto de partida y el marco normativo que acoge la figura de la autorización judicial de entrada, es fácil entrever cuáles son los elementos de conflicto que tanto la Administración como la jurisdicción contencioso-administrativa afrontan en el desempeño de sus funciones.

⁶⁹ Especialmente esclarecedores son los artículos 550 y 558 de la LECrim. en los que se establece que la resolución se articulará a través de auto y el contenido mínimo de dicha resolución, respectivamente.

⁷⁰ DOCG, Congreso de los Diputados, SERIE A, núm. 71-10, de 23 de marzo de 1998, p. 31.

⁷¹ Únicamente en el Senado se incorpora una pequeña modificación de supresión de la coma que seguía a palabra «auto». DOCG, Congreso de los Diputados, SERIE A, núm. 71-13, de 23 de junio de 1998, p. 41. Dicha modificación se incorporará al texto aprobado definitivamente.

⁷² DOCG, Congreso de los Diputados, SERIE A, núm. 71-14, de 13 de julio de 1998, p. 45.

⁷³ Dada la problemática interpretativa ya aludida respecto del contenido al que se refieren los «restantes edificios y lugares cuyo acceso dependa del consentimiento del titular», hubiere sido esta una buena oportunidad para que el legislador se decantara de forma clara a favor de una de las dos opciones interpretativas que se barajaban.

En primer lugar, sigue faltando una interpretación única a través de la cual se delimiten los derechos cuya afectación debe ser amparada por la autorización judicial. Si bien la jurisprudencia constitucional ha ido definiendo paulatinamente el contenido y contornos del concepto de domicilio, respecto del cual las dudas que se generan son las propias e inherentes a la actividad jurídica; no ocurre lo mismo con el concepto de «restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular» del artículo 91.2 LOPJ —trasladado en términos similares a la LRJCA— sobre cuyo contenido todavía a fecha de hoy se discute, intentando resolver si se refiere al concepto constitucional de domicilio o simplemente alude a determinados espacios que carecen de los rasgos de constitucionalidad del primero y la entrada a los cuales requiere el consentimiento del titular —otro concepto que no escapa, como veremos, de múltiples posibles interpretaciones.

Sea como fuere, la literalidad de la ley exige la autorización judicial en cualquiera de los supuestos planteados; literalidad que parece imperar en el actuar administrativo, de modo que las Administraciones Públicas, ante la duda, acuden a la jurisdicción contencioso-administrativa con el fin —y el problema reside aquí— no tanto de velar por la protección de un derecho fundamental (ya la inviolabilidad del domicilio, ya la intimidad), sino de encontrar la cobertura de la jurisdicción y evitar futuras impugnaciones contra su actuación. El hecho es que no puede hallarse tacha en este sentido en el actuar de la Administración, sino al contrario, se trata del necesario estímulo que debería haber generado en el plano jurisdiccional una actividad tal que hubiese tendido a zanjar la cuestión en un sentido u otro. Pero, transcurridas más de dos décadas de práctica jurisprudencial, lo cierto es que no ha sucedido así, principalmente porque la jurisprudencia constitucional ha resultado no ser lo suficientemente clara al respecto, con la correspondiente actitud a imagen y semejanza en los órdenes jurisprudenciales ordinarios, lo cual pondremos de manifiesto a través del análisis de la jurisprudencia emanada de algunos de nuestros tribunales superiores de justicia. Este fenómeno, a mi entender, halla su razón de ser en la cuestión de fondo que subyace a todo discurso que se articule alrededor de la figura de la autorización judicial y que no es otra que los límites que la potestad de autotutela ejecutiva está dispuesta a admitir. En otras palabras, ¿debe enervarse el ejercicio pleno de la potestad de autotutela ejecutiva ante cualquier derecho o sólo ante aquellos de carácter fundamental?

En segundo lugar, brillan por su ausencia en el ordenamiento jurídico español disposiciones dirigidas a disciplinar los aspectos formales del procedimiento de concesión de la autorización de entrada. La parquedad de las normas aludidas genera infinidad de interrogantes de carácter práctico que van desde la determinación del juez competente en supuestos conflictivos, hasta la adecuación o no de la celebración de un trámite de audiencia en el procedimiento, por mencionar sólo algunos de los más

llamativos. Tampoco falta, en tercer lugar, cierta incertidumbre acerca de aspectos materiales en torno a la autorización, como el contenido mismo de la solicitud planteada por la Administración y del auto resolutorio, hasta la determinación del alcance del control ejercicio por el órgano judicial.

En adelante pretendo, mediante el estudio de la doctrina y de la jurisprudencia, dar respuesta a los interrogantes planteados. De un lado, desentrañando cuáles son los bienes jurídicos que se estiman dignos de protección por la autorización judicial de entrada, cuestión de hondo calado aunque pueda parecer baladí, ya que en función del bien protegido podrá concretarse cuál es la actividad administrativa sujeta a la autorización. Aparejado pues con lo anterior, se pretende también determinar cuál es la actividad administrativa susceptible de vulnerar los derechos protegidos por la autorización judicial de entrada, y por lo tanto, en qué supuestos la Administración deberá supeditar su actuación a la previa autorización judicial. A partir de estos elementos, podrá emprenderse el estudio del resto de cuestiones que se alzan alrededor de la autorización judicial de entrada; en especial, las cuestiones de orden práctico planteadas, las cuales se descubren mediante el análisis la práctica judicial desarrollada en los últimos años y a partir del cual se deducen unas pautas o cánones procesales. Y, en último lugar, a la luz de todo lo anterior, pretende darse respuesta a las preguntas planteadas por el magistrado Rubio Llorente en su voto particular a la STC 22/1984, en especial, si la autorización contencioso-administrativa sirve al fin de armonización de intereses que se le encomienda.

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA: DE LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO A LA PROPIEDAD PRIVADA

No está de más empezar este Capítulo recordando la importancia de la Constitución de 1978 como punto de inflexión que ha marcado profundamente la configuración de la Administración pública de nuestros días, la cual no puede entenderse sin la referencia explícita al marco constitucional.

Dicho lo anterior, cabe hacer hincapié en la especial trascendencia que la norma fundamental adquiere en el marco de este trabajo, en tanto que precisamente de la configuración del derecho a la inviolabilidad del domicilio se deriva la institucionalización de la autorización judicial de entrada y su incorporación en el ámbito de la actuación administrativa. En el capítulo anterior, a modo introductorio, se ha puesto de manifiesto la incidencia de la configuración de dicho derecho fundamental, según la interpretación vertida por el Tribunal Constitucional, en la actuación administrativa y cómo se ha recogido en la legislación a través de la figura de la autorización judicial de entrada.

Corresponde a partir de aquí ahondar en los aspectos que hasta ahora sólo se han esbozado con el fin de poder desentrañar la configuración real de la autorización judicial de entrada. A mi entender, para responder a esta finalidad es primordial estudiar, en primer lugar, cuál es el objeto sobre el que recae el ánimo protector de la autorización judicial de entrada según el texto constitucional y la legislación vigente, objeto sobre el que versa el capítulo presente. En función de cuáles sean y cómo se configuren los bienes jurídicos que pretenden protegerse por medio de la autorización, podrá determinarse con mayor precisión cuál es la actividad administrativa supeditada a un control judicial previo por medio de la autorización judicial de entrada. Este será el contenido que se tratará en el siguiente capítulo: la actividad administrativa sujeta a autorización judicial. En tercer y último lugar, a partir de lo anterior podrá desentrañarse cuál es la naturaleza jurídica, la función y la configuración de la resolución judicial llamada a ejercer las veces de autorización judicial de entrada, según el papel que juega en el desarrollo de la actividad y funciones administrativas.

I. INTRODUCCIÓN.

El punto de partida para llegar a concretar cuáles son los bienes jurídicos que se protegen a través de la autorización judicial de entrada es el artículo 18.2 de la

Constitución, contexto en el que nace la autorización judicial y desde el cual se traslada a la legislación ordinaria. Así pues, el estudio de la norma fundamental debe ser la línea de salida, aunque no puede dejar de ir acompañado del de aquella legislación en la que se contempla la autorización judicial en el marco de la actuación administrativa, a la que también se dedicará la merecida atención.

Cabe avanzar ya que en el traslado del mandato constitucional a la legislación ordinaria, el ámbito de protección inicialmente configurado constitucionalmente para la autorización judicial se ve drásticamente ampliado por el legislador. Si la autorización se articula inicialmente como mecanismo de protección de la inviolabilidad del domicilio, puede afirmarse sin ambages que su configuración legislativa y su aplicación jurisprudencial la han acabado transformando también en un mecanismo de protección de la propiedad privada, entendida en sentido lato. Así pues, son dos los bienes jurídicos protegidos por la autorización judicial: el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, por un lado y, por el otro, derechos de contenido patrimonial, principalmente la propiedad privada.

En mi opinión, de la distinta configuración jurídica de los derechos amparados por esta institución, debería consecuentemente derivarse una distinta configuración y naturaleza de la autorización judicial. Pero esta no es una tarea que el legislador haya emprendido y que tampoco la jurisprudencia haya abordado, con lo que un mecanismo de protección ideado para la garantía de un derecho fundamental, se articula también alrededor de derechos de naturaleza patrimonial, con las disfunciones que ello provoca, a mi entender, en la consecución de los fines que persigue la Administración pública, como intentaré poner de manifiesto más adelante.

II. LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO: LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA COMO GARANTÍA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL ANTE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.

El artículo 18.2 de la Constitución española consagra la inviolabilidad del domicilio en los siguientes términos:

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.

Sin el ánimo de hacer un estudio integral del derecho a la inviolabilidad del domicilio, se emprende el estudio de este derecho fundamental siguiendo el esquema clásico que se estructura a través de tres ejes principales: contenido, titularidad y límites. En primer lugar me centraré en su contenido, y en especial en el concepto constitucional de domicilio, el cual constituirá el reducto vedado a las intromisiones de terceros. En segundo lugar, el estudio se dirigirá a los sujetos a los cuales les es reconocido el

derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Y, en tercer lugar, se analizarán los límites de la inviolabilidad domiciliaria, es decir, los supuestos en los que la injerencia en el domicilio viene constitucionalmente amparada y los motivos en los que se fundamentan dichos límites.

La necesidad del estudio del precepto constitucional se deriva de la aplicabilidad directa de la norma fundamental, que con independencia de su plasmación en la legislación, debe ser en todo caso respetada en el actuar administrativo. Así, dicho análisis permitirá que puedan delimitarse con certeza los supuestos en los que la Administración deberá recabar la autorización judicial en todo caso por hallarse ante un domicilio constitucionalmente protegido.

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO.

Tras la promulgación de la Constitución de 1978, el Tribunal Constitucional tuvo que afrontar al poco tiempo el cometido de delimitar el contenido del derecho recogido en el artículo 18.2, así como de configurar los límites constitucionalmente establecidos, dada la falta de una definición en el texto constitucional. Esta tarea se emprendió en la ya comentada Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, en la que se sentaron las líneas básicas al respecto, las cuales vienen manteniéndose en lo sustancial prácticamente inalteradas desde entonces.

A. Fundamento y contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Para poder delimitar con acierto cuál es el objeto de protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio, cabe en primer lugar concretar el fundamento en el que hunde sus raíces este derecho fundamental. En palabras del supremo intérprete de la Constitución «(...) 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)»¹.

Como se aprecia, el Tribunal Constitucional no dudó al declarar el fundamento del derecho a la inviolabilidad del domicilio, a saber: la protección de la «vida privada», el «ámbito de privacidad» o la intimidad. Del fragmento transcrito se desprende que el Tribunal utiliza los términos de «vida privada» y «ámbito de privacidad» como sinónimos del concepto de «intimidad» recogido en el artículo 18.1 de la CE, al que se refiere explícitamente. Sin embargo, parece evidente que dichos conceptos no pueden ser considerados como sinónimos estrictos a la hora de definir el contenido del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el ámbito jurídico español, tal como ha

¹ STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984/22), FJ 2.º.

puesto de manifiesto la doctrina². El hecho es que el concepto de «vida privada» es un concepto amplio, bajo el cual se entienden subsumidos los distintos derechos de la personalidad recogidos en los diferentes apartados del artículo 18, a saber: el honor, la propia imagen, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones³.

En este sentido, la protección de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 CE sería en último término una protección instrumental de este derecho más amplio que es la «vida privada». Ahora bien, cabe advertir que cada uno de ellos se focaliza en un aspecto concreto del vasto contenido de la vida privada y, en el marco jurídico español, el fundamento de la inviolabilidad del domicilio debe concretarse en el derecho a la intimidad⁴. Como señala MATÍA PORTILLA, el concepto de vida privada asociado como bien objeto de protección del domicilio, se da en otros ordenamientos jurídicos y también en sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Pero, efectivamente, en el marco jurídico español debe —inicialmente— asociarse al derecho a la intimidad que explícitamente reconoce el artículo 18.1 CE. La vida privada o privacidad, en cambio, no ha sido positivizada por la norma fundamental y tampoco por la legislación ordinaria como derecho autónomo; ello no obstante, no impide que por otras vías, el bien jurídico que representa la vida privada pudiera entenderse incorporado en el ordenamiento jurídico español, en especial en virtud del artículo 10.2 de la Constitución y en atención a la jurisprudencia del TEDH, como más adelante se verá.

Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional, el derecho a la intimidad personal y familiar «tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad»⁵; implica «la existencia de un ámbito propio y

² Entre la doctrina, destaca en este sentido Francisco Javier MATÍA PORTILLA, que dedica una parte de su trabajo a distinguir entre estos conceptos, sus orígenes y su interpretación tanto en el derecho español como en otros sistemas jurídicos, con el fin de delimitar con precisión el bien jurídico protegido mediante la inviolabilidad del domicilio, que en opinión del autor es la intimidad en sentido estricto. Francisco Javier MATÍA PORTILLA, *El derecho a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 34-64.

³ En este sentido, Eduardo ESPÍN TEMPLADO, «Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, pp. 44-46. También Javier PARDO FALCÓN, «Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 34, 1992, pp. 158 -161; y en «Art. 18.1. Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», en María Emilia CASAS BAAMONDE y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Las Rozas, Fundación Wolters Kluwer, 2008, pp. 421-423.

⁴ En contra, Eduardo ESPÍN TEMPLADO según quien «la vida privada constituye el fundamento de la protección que la Constitución otorga al domicilio», *op. cit.*, p. 46.

⁵ Véase el FJ 5.º de la STC 119/2001, de 29 de mayo (RTC 2001/119).

reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana»⁶.

Sentado el fundamento del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE, se dice que existe entre ambos una relación de carácter instrumental⁷. Visto así, la protección del domicilio se erige en pro de la protección de la intimidad, en tanto que el domicilio es el espacio más inmediatamente abocado a que en este se desarrolle dicha intimidad. Esta es la primera y más importante de las características del derecho a la inviolabilidad del domicilio: su estrecha vinculación con el derecho a la intimidad, en el cual halla su basamento.

El hecho de que el Tribunal Constitucional no dude al determinar el fundamento del derecho a la inviolabilidad del domicilio permite, por su parte, excluir otros contenidos que, a pesar de su conexión con el derecho fundamental, quedan claramente fuera de su ámbito de protección⁸. En primer lugar, cabe mencionar la exclusión del derecho a la propiedad privada y de los derechos reales como objeto de protección del derecho fundamental. Se trata este de un aspecto no controvertido entre la doctrina ni tampoco en la jurisprudencia constitucional, en la que se afirma que «el derecho fundamental aquí considerado [la inviolabilidad del domicilio] no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales y obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros»⁹. No plantea tampoco dudas en el marco español que el derecho a la libre elección de residencia es un derecho distinto a la inviolabilidad del domicilio. El primero, previsto en el artículo 19 de la CE, garantiza la libertad de cada individuo para escoger libremente el lugar en el que establecer su residencia, que con toda

⁶ Así en la STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5.º (RTC 2000/186). Sobre la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar véase el FJ 2.º de la STC 173/2011, de 7 noviembre (RTC 2011/173), en el que el Tribunal resume dicha doctrina.

⁷ Téngase en cuenta que, si bien desde los primeros textos constitucionales se protegía la inviolabilidad del domicilio, la protección expresa del derecho a la intimidad o la vida privada ha sido mucho más tardía —no se positiviza hasta la segunda mitad del s. XX, cuando los derechos humanos y de la persona empiezan a recibir la merecida atención a nivel internacional, tras la Segunda Gran Guerra. Hasta entonces, se consideraba alcanzada la protección de la intimidad a través de la garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio. De ahí este fuerte carácter instrumental del mismo. Al respecto, véase María BALLESTER CARDELL, *La intimidad como fundamento de la inviolabilidad del domicilio*, Palma de Mallorca, Universitat de les Illes Balears, 1998, pp. 38-40.

⁸ Estudia con detalle los «bienes jurídicos» ajenos al marco de protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio Francisco Javier MATÍA PORTILLA, *El derecho a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 10-34, en cuyo estudio baso la breve referencia que aquí se realiza.

⁹ Fragmento extraído del fundamento jurídico segundo de la STC 69/1999, de 26 de abril de 1999 (STC 1999/69). Apunto ya, al hilo de la exclusión de la propiedad como bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio, que llegado el momento de discernir el contenido de los espacios protegidos mediante la autorización judicial por el artículo 8.6 de la LRJCA y el artículo 91.2 de la LOPJ, los límites entre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la propiedad no parecen llegar a confundirse.

probabilidad devendrá su domicilio¹⁰; el segundo recogido el artículo 18.2 de la norma fundamental, defiende un ámbito espacial para el desarrollo de la intimidad. En tercer lugar, cabe mencionar el derecho a la libertad personal como derecho autónomo e independiente a la inviolabilidad domiciliaria, a pesar de la estrecha vinculación que hayan podido mantener en el constitucionalismo español¹¹. La actual configuración del derecho a la libertad personal del artículo 17 CE en nada se apoya en la inviolabilidad del domicilio, ya que «[e]l valor o bien jurídico protegido es la libertad de orientar la propia acción o, más sencillamente, la libertad física. Con ello se hace referencia a la libertad deambulatoria o de movimiento (...)»¹²; bien jurídico, como se constata, totalmente distinto a la intimidad.

¹⁰ Desde el Auto núm. 227/1983 de 25 mayo (RTC 1983/227), el TC define el derecho a la libertad de residencia diferenciándolo del concepto de domicilio: «Con independencia del domicilio, que es la sede jurídica de la persona donde cumple sus derechos y obligaciones por tener su residencia habitual —art. 40 del Código Civil—, la residencia en su sentido jurídico estricto, supone el lugar donde la persona se encuentra accidental o transitoriamente sin llegar a la permanencia domiciliaria, y precisamente el art. 19 de la CE reconoce a los ciudadanos el derecho a elegir libremente su residencia en territorio español, empleando un término más amplio que el domicilio, y que alcanza el hecho real de poder poseer más de un domicilio personal» (FJ 2.º). Ello no obstante, el TC reconoce la vinculación existente con el concepto de domicilio, ya que «lo que no puede discutirse es que el derecho a habitar en un determinado lugar, “el derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente” (ATC 227/1983, fundamento jurídico 2) que el art. 19 CE proclama, implica el reconocimiento a su titular del poder de configurar esa residencia con los elementos propios del domicilio» [STC 28/1999 de 8 de marzo (RTC 1999/28) (FJ 7.º)].

Donde mayor relevancia adquiere el derecho a la libre elección de residencia es en relación con los extranjeros. En este sentido, desde la Sentencia 94/1993, de 22 de marzo (RTC 1993/94), el Tribunal Constitucional reconoce de forma explícita a los extranjeros el derecho del artículo 19 de la CE, «si bien en términos distintos y más limitados que los españoles, y se debe acudir a los términos que establezcan los tratados y la ley», según aprecia Vicenç AGUADO I CUDOLÀ, «La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 1, 2003, p. 59.

Otro enfoque debe prestarse cuando el extranjero es comunitario, ya que entonces la equiparación del extranjero al nacional es mayor en virtud del reconocimiento del derecho a la libertad de residencia a los ciudadanos de la Unión por el artículo 18 del Tratado de la Comunidad Europea (según la modificación operada por el Tratado de Niza) y regulado en la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004. Actualmente, responde a la transposición de dicha directiva el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

¹¹ Recordemos que tanto la Constitución de 1837 como la de 1845 disponían que «[n]o puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa», estableciéndose una estrecha vinculación entre el domicilio y la libertad personal, instrumentalizándose el primero para la protección de la libertad.

¹² Según Luís María Díez PICAZO, este y no más es el contenido que protege el artículo 17 mediante el derecho fundamental a la libertad personal. Extender su contenido hasta entenderlo en el más amplio de los sentidos como «libertad», sería según este autor confundirlo con el libre desarrollo de la personalidad al que alude el art. 10.1 CE. Este matiz no deja de ser relevante en tanto que el rango de protección otorgado al art. 10 no es el de derecho fundamental. Luís María Díez PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 261 y ss.

De su vinculación con el derecho a la intimidad y su fundamento en el mismo, se desprende con clara intensidad el carácter de derecho de la personalidad que reviste la inviolabilidad del domicilio, denominación con la que se alude al conjunto de derechos immanentes a la persona y a su desarrollo como tal¹³. Tratándose de un derecho personal, es también evidente su carácter individual; es decir, cada sujeto ejerce su derecho a la inviolabilidad del domicilio de forma particular o personal, individualmente, sin que pueda compartirse su titularidad, aunque se comparta el espacio físico en el que se ejerce.

Hasta este punto, no se aporta ninguna novedad destacable en la definición del concepto constitucional de domicilio. Lo realmente trascendental de la configuración del derecho a la inviolabilidad del domicilio articulada por el Tribunal Constitucional en la STC 22/1984 es la proclamación de su autonomía respecto del derecho a la intimidad. Es decir, si bien el fundamento de la protección del domicilio es la garantía subyacente del derecho a la intimidad, el domicilio constitucional constituye en sí mismo un bien jurídicamente relevante para la norma fundamental: su protección no se erige únicamente en orden a la protección de la intimidad personal y familiar, sino en orden a la protección de aquel espacio que es emanación de dicha intimidad. Luís María Díez-Picazo se refiere al derecho a la inviolabilidad del domicilio —junto con el derecho al secreto de las comunicaciones— distinguiéndolos del resto de derechos fundamentales porque están configurados «como garantías formales de intangibilidad», es decir, «[l]o que se considera constitucionalmente digno de protección es la limitación de acceso en sí misma, con independencia de cualquier consideración material» o, en otras palabras, «lo decisivo no es el contenido (lo que se guarda en el domicilio...) sino el continente (poder guardarlo... sin que lo sepan los demás, incluido el Estado)»¹⁴.

Lo anterior se desprende del siguiente fragmento de la STC 22/1984: «(...) 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

No obstante, no faltan autores que entienden que el contenido del derecho a la libertad del artículo 17 es más amplio, y entienden que la libertad personal se refiere también a «la libertad de conducta, la posibilidad de orientar la propia conducta en todas las esferas posibles de convivencia humana de acuerdo con la voluntad que cada uno libremente se ha formado». Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 300.

¹³ Antonio E. Pérez Luño se refiere a los derechos personales remitiéndose a la clasificación de Jellinek en cuatro *status* de las relaciones que mantiene el ciudadano con el Estado. Así, los derechos personales encajan en el «*status libertatis* en el que se reconoce un ámbito de autonomía, una esfera de no agresión o injerencia del poder en la actividad de los particulares. Estas libertades, por su inmediata referencia al desarrollo de la personalidad humana, constituyen el núcleo de los derechos personales; derechos que se consideran inherentes a toda persona e inviolables, y explicitan y concretan los valores de la libertad y la dignidad humana en el Estado de Derecho». Antonio E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 174-175.

¹⁴ Luís María Díez Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, p. 305.

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. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones (...)» (FJ 5.º).

Basta esta argumentación para considerar que toda injerencia en el ámbito domiciliario protegido constitucionalmente supondrá un violación del mismo, a pesar de que no haya una afectación autónoma de la intimidad personal y familiar, porque el domicilio en sí mismo, considerado como espacio físico, es la emanación directa de dicha intimidad y, como tal, un bien jurídico digno de la protección constitucional como derecho fundamental¹⁵.

De todo ello debe concluirse que existe un concepto autónomo de inviolabilidad domiciliaria constitucionalmente protegida; autonomía que se establece respecto del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1, y —como más adelante veremos— de los conceptos de domicilio recogidos en la legislación ordinaria, que supondrá que sea un concepto más amplio. Esta configuración constitucional del domicilio fue la que inicialmente dibujó la STC 22/1984, y la que ha sido mantenida en lo fundamental por la jurisprudencia posterior.

La principal de las manifestaciones del contenido visto hasta ahora del derecho a la inviolabilidad del domicilio es de carácter eminentemente negativo. El efectivo ejercicio del derecho a la inviolabilidad domiciliaria se protege garantizando a su titular la interdicción de intromisiones de terceros¹⁶. Se desprende del mismo texto constitucional que hace referencia a las entradas o registros —«ninguna entrada o registro (...)»— de modo que la inviolabilidad supone, desde la perspectiva negativa, la *infranqueabilidad* del domicilio, que su titular instrumenta a través de facultad de exclusión. Como afirma el Tribunal, «lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad

¹⁵ Esta concepción autónoma del derecho a la inviolabilidad del domicilio se confirma en los posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, siendo uno de los más esclarecedores el de la STC 10/2002, de 17 de enero (RTC 2002/10), según la cual: «Si (...) el derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad, (...) el derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado, el “domicilio”, por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada». (FJ 5.º).

¹⁶ Cabe apuntar ya, que las injerencias que se prohíben son solamente las injerencias ilegítimas. En pocas palabras, el derecho fundamental no es absoluto, sino que existen ciertos límites que el mismo texto establece de forma taxativa. Dejo esto pues para el posterior apartado dedicado a los límites del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

pública para la práctica de un registro»¹⁷. Concebido así este derecho, su objeto es la «prohibición de poder público», no se trata de reconocer el «*agere licere*, sino la prohibición misma del poder público»¹⁸.

Dicho lo anterior, se plantea la duda de cuál debe ser la naturaleza de la injerencia en el domicilio. El artículo 18.2 se refiere a las entradas o registros, pero lo relevante aquí es atender a la entrada, pues el registro es sólo uno de los posibles fines perseguidos con la entrada, que también puede estar dirigida a la mera permanencia, a la inspección, a la aprehensión de alguno de los ocupantes o de bienes que se hallen en el domicilio, a su precinto e incluso a la destrucción del inmueble, entre otros¹⁹. Por ello resulta principal atender al concepto de «entrada» y a su naturaleza. En otras palabras, ¿cuándo una entrada recibirá la consideración de injerencia en la inviolabilidad domiciliaria? Según la STC 22/1984, no sólo las entradas físicas o materiales en el espacio domiciliario reciben dicha consideración, sino que el derecho a la inviolabilidad del domicilio «tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las *invasiones o agresiones* exteriores de otras personas o de la autoridad pública (...) la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar *toda clase de invasiones*, incluidas las que puedan realizarse *sin penetración directa* por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos» (FJ 5.º; la cursiva es mía). Como se ve, la entrada en el domicilio puede articularse de muy distintos modos: no sólo a través de la entrada física en el mismo, sino también a través de aparatos tecnológicos que, a pesar de no franquear físicamente el domicilio, sí suponen una injerencia en la inviolabilidad domiciliaria²⁰.

¹⁷ STC 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003/22), FJ 3.º.

¹⁸ Francisco J. BASTIDA FREIJEDO *et. al*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 107.

Junto a lo que apunta BASTIDA, cabe recordar que la Ley superior no sólo vincula a los poderes públicos, sino a todos los ciudadanos en virtud del artículo 9.1. Por eso, como afirma Antonio E. PÉREZ LUÑO, «en nuestro sistema constitucional no debe existir ninguna reserva (...) para admitir una *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, es decir, para extender su eficacia a las relaciones entre particulares», a pesar de que, como se ha visto, en el supuesto de la inviolabilidad domiciliaria, las cautelas y garantías del derecho se erijan especialmente frente a la acción del poder público. Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 67.

¹⁹ Apuntaba ya esto Fernando LÓPEZ RAMÓN, según quien «la Constitución Española prohíbe la “entrada o registro”; literalmente, pues, parece prohibir la mera entrada en el domicilio, con independencia de las finalidades perseguidas a través de la entrada». Precisamente este autor critica la redacción del art. 18.2 porque une entrada y registro por la conjunción disyuntiva «o», en lugar de la copulativa «y», lo que hubiese restringido la protección domiciliaria solamente ante actuaciones tendentes a investigaciones, registros, pesquisas, etc. y no ante toda entrada, lo que en opinión del autor dota de rigidez al precepto. Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *REALA*, núm. 225, 1985, p. 39.

²⁰ Algunos autores consideran que este tipo de injerencias no suponen vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sino del derecho a la «intimidad, honor o propia imagen (...) porque ese propósito de conocer lo que hace o deja de hacer una persona puede ejecutarse de igual forma en un lugar público abierto a todos con lo que la utilización de esos medios técnicos no cualifica el ataque sobre

También determinadas inmisiones pueden suponer la vulneración del derecho fundamental, en especial aquellas provocadas por el ruido que, por influjo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)²¹, el TC finalmente ha considerado como injerencia susceptible de vulnerar la inviolabilidad domiciliar por medio de la sentencia 119/2001, de 29 de mayo²². A pesar de que el amparo solicitado no fuera finalmente concedido —a causa, todo sea dicho, de la poca pericia probatoria de la parte demandante—, el TC afirmó que «una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario»²³.

la persona por el lugar sobre el que se utilizan». Angel Luís ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a la inviolabilidad domiciliar en la Constitución española de 1978*, Madrid, Colex, 1993, p. 97. Si bien es cierto que la finalidad perseguida con los instrumentos técnicos es principalmente la de acceder al ámbito de la intimidad del sujeto, el hecho de que sea la intimidad desarrollada en el domicilio la perseguida, cualifica la conducta y determina que la vulneración sea la de la inviolabilidad del domicilio. Cobra aquí de nuevo importancia la autonomía del derecho a la inviolabilidad del domicilio: precisamente por producirse la agresión en el ámbito domiciliario, el derecho vulnerado es el de la inviolabilidad del domicilio.

²¹ El artículo 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) establece que «[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». Son varias las Sentencias del TEDH en las que el ruido recibe la consideración de elemento vulnerador del derecho al respeto al domicilio —entre otras las Sentencias Guerra contra Italia, de 19 de febrero de 1998; las Sentencia Hatton y otros contra el Reino Unido, de 2 de octubre de 2001, a pesar de ser “revocada” por la de 8 de julio de 2003 dictada por la Gran Sala—, pero en especial merece la pena destacar aquellas en las que España ha sido condenada por el TEDH: Sentencias López Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994, y Moreno Gómez contra España, de 16 de noviembre de 2004. Entre la mucha doctrina que ha dirigido su atención a esta jurisprudencia y a la temática del ruido, remito al lector a la más recientemente publicada: Mariano BAENA ALCÁZAR, «El derecho a la intimidad y tranquilidad del domicilio y la contaminación acústica. La perspectiva judicial», en la obra colectiva coordinada por Francisco LÓPEZ MENUDO, *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 25 y ss.; Enrique Antonio GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, «El ruido, derechos fundamentales y medio ambiente. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3), de 16 de noviembre de 2004, asunto Pilar Moreno Gómez c. España», en la obra colectiva coordinada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA, *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández. Volumen II. Europa y América*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 2915 y ss.

²² Mucho antes de los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo, hubo quien ya consideraba que «la garantía de la intimidad y la protección de la inviolabilidad del domicilio hacen imprescindible abordar cualquiera de las posible[s] agresiones, entre las que no ocupan escaso lugar las derivadas de los ruidos irregulares». Así lo expresaba Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional», en *RAP*, núm. 115, 1988, pp. 205-232 (la cita es de la página 217). Este autor ha dedicado gran atención al tema del ruido, entre otros en: «El ruido en la reciente jurisprudencia», en *RAP*, núm. 125, 1991, pp. 319-342; «El ruido de los grandes aeropuertos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en IGLESIAS PRADA, Juan Luis (coord.) *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Vol. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5389-5404; «El ruido: una pesadilla del Justicia», en *Revista interdisciplinar de gestión ambiental*, núm. 58, 2003, pp. 3-13; «El ruido: reciente respuesta legal y jurisprudencial», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 1, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2006, pp. 1151-1184.

²³ FJ 5.º de la STC 119/2001, de 29 de mayo (RTC 2001/119).

Precisamente en atención a la doctrina de Estrasburgo incorporada por el TC en relación con el ruido como injerencia a la inviolabilidad domiciliaria, el derecho fundamental no se agota en el mencionado contenido negativo, sino que asimismo desarrolla una vertiente positiva, sin duda latente en la configuración constitucional del derecho, pero que la jurisprudencia del TEDH ha despertado²⁴. La inviolabilidad, además de incorporar el *ius resistentiae* del titular ante las intromisiones de terceros, también vincula activamente a los poderes públicos. La Administración pública debe velar por la protección de los derechos de rango fundamental que puedan resultar perturbados por unos niveles de ruido que superen un determinado umbral de gravedad, entre ellos el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la integridad física e incluso el derecho a la libre elección de residencia, así como el derecho a la salud y el derecho al medioambiente recogidos en los artículos 43 y 45 de la CE respectivamente. Así, la dimensión positiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio implica la obligación de la Administración de adoptar aquellas medidas tendentes y adecuadas para la garantía del derecho fundamental, de lo que se deriva que la inactividad de la Administración es susceptible también de vulnerar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio²⁵.

²⁴ Confirman la tendencia iniciada por la STC 119/2001, de 24 de mayo (RTC 2001/119), las más recientes SSTC 16/2004, de 23 de febrero (STC 2004/16) y 150/2011, de 29 de septiembre (RTC 2011/150), en las que se reitera que «los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales» (FJ 3.º y 5.º respectivamente).

²⁵ La dimensión positiva de la inviolabilidad domiciliaria genera en relación con la autorización judicial de entrada, situaciones peculiares. De un lado, en ocasiones, la actividad de la Administración dirigida a garantizar la inviolabilidad domiciliaria de un administrado —manifestación de la dimensión positiva del derecho—, puede suponer la vulneración del mismo derecho respecto de un tercero; en otras palabras, la garantía del derecho de unos, puede vulnerar el de otros. Imaginemos, por ejemplo, el supuesto de un vecino que solicita a la Administración que precinte el uso de una maquinaria gravemente ruidosa: para realizar el precinto y garantizar el derecho del que insta la actuación de la Administración, debe practicarse la entrada en el domicilio de un tercero; entrada, no obstante, legitimada a través de la autorización judicial, a diferencia de la injerencia provocada por el nivel de ruido.

Otra de las peculiaridades que puede llegar a derivarse de la dimensión positiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio es que, aceptada la consideración del ruido como elemento susceptible de vulnerar dicha inviolabilidad, si el agente que genera el ruido es la Administración pública —no ya en sede de inactividad, sino de pura y mera ejecución—, ¿esta debe también solicitar una autorización judicial —¿de entrada?— para legitimar la injerencia en el domicilio y no vulnerar así el derecho fundamental? Imaginemos, por ejemplo, el supuesto de un vertedero municipal, situado en las inmediaciones de una zona residencial, en el que existe un nivel constante y elevado de ruido por la maquinaria que allí trabaja. O el caso, ya no tan extravagante, de los aeropuertos. ¿Podría en estos supuestos condicionarse el inicio y ejecución de la actividad a la resolución judicial que autorizara el ruido —es decir, la injerencia en el domicilio— derivado de la misma? En virtud del artículo 18.2 y de la doctrina constitucional mencionada sobre el ruido, nada obstaría a la exigencia de la previa autorización judicial, en especial teniendo en cuenta que uno de los extremos sobre los que recae la cognición del juez es la existencia de otros medios que, sin agredir el derecho fundamental, posibiliten igualmente la

B. El concepto constitucional de domicilio.

Una vez delimitado cuál es el fundamento y el contenido del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, debe prestarse atención al concepto de domicilio que, precisamente en atención al fundamento y contenido del derecho, ha ido perfilando el Tribunal Constitucional. De nuevo el punto de partida se halla en la definición que el Tribunal Constitucional prestó en la sentencia 22/1984, según la cual el domicilio es aquel «espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima».

Salta a la vista que el Tribunal se aleja de cualquiera de las definiciones que la legislación venía ofreciendo del concepto de domicilio. Incide especialmente en este aspecto al destacar la mayor amplitud del concepto constitucional de domicilio respecto de los conceptos de domicilio establecidos por las normas legales. Según el Tribunal, «la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado, y en especial en el artículo 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones»²⁶. El domicilio constitucionalmente protegido no encaja pues, con la definición que la norma civil pueda aportar. Pero el Tribunal no solo se aparta de la definición del Código Civil²⁷, sino que también se desvincula de las normas de carácter penal²⁸ y las administrativas²⁹ en las que se pueda aludir al domicilio; que

consecución del fin público. Si la anterior afirmación puede sustentarse en el plano teórico, en el práctico resulta un tanto más complejo. Por un lado, sin haberse constatado la intensidad e incidencia del ruido, sería difícil poder determinar apriorísticamente si supone una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio; vulneración, además, que la jurisprudencia suele admitir tras un no leve esfuerzo probatorio de la parte demandante. Por otro, también se halla la dificultad de poder determinar cuáles son los administrados que como titulares de un derecho subjetivo deben oponerse a la injerencia, constar en el proceso judicial y en relación con los cuales debe dictarse el auto de autorización —adelanto que la jurisprudencia no admite resoluciones judiciales de autorización de entrada dirigidas a una pluralidad determinada o indeterminada de personas, dado el carácter personal del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Estas son algunas de las objeciones que, a pie de página, se me ocurren ante el interrogante que sugiere la dimensión positiva del derecho fundamental en relación con la autorización judicial de entrada. Se intuye, sin embargo, que todas estas objeciones comparten un mismo denominador: la naturaleza del ruido —normalmente concebido como una inmisión— y su difícil conceptualización como entrada en el domicilio, a pesar de la configuración amplia del concepto de «entrada» que la jurisprudencia constitucional ha manejado.

²⁶ FJ 2.º de la STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984/22).

²⁷ Según el artículo 40 del Código Civil, el domicilio de las personas físicas «[p]ara el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles (...) es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil». De este modo, el criterio de residencia habitual no es relevante para determinar si el espacio en cuestión es domicilio constitucional.

²⁸ Según la STC 94/1999, de 31 de mayo (RTC/1999/94), «[e]ste concepto constitucional de domicilio, lo hemos repetido, es más amplio que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo, ambos funcionales a otros fines distintos de la protección de la intimidad y la vida privada, y no admite concepciones reduccionistas, como la analizada, que lo equiparan al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación» (FJ 5.º).

deben dejarse a un lado en el momento de valorar cuál es el alcance del concepto de domicilio protegido constitucionalmente.

El TC defiende así un *concepto amplio de domicilio*³⁰, en definitiva un concepto constitucional de domicilio³¹; la primera característica a destacar de su configuración.

Queda pues fuera de consideración el concepto penal de morada que recoge el artículo 202.1 del Código Penal que prevé el delito de allanamiento de morada en los siguientes términos: «El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años». Tampoco se tendrá en cuenta el artículo 554.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según el cual se reputa domicilio «[e]l edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia».

²⁹ Por lo que se refiere a la normativa administrativa, el TC se aleja del contenido que de domicilio prestan normas como la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en cuyo artículo 16.1 se establece que el domicilio habitual es aquel que consta en el padrón, en los siguientes términos: «El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo». El domicilio constitucional deja también al margen la definición que presta el artículo 48 de la Ley General Tributaria, que define el domicilio fiscal de las personas físicas como «el lugar donde tengan su residencia habitual» y el de las jurídicas como «su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios».

Sobre el padrón municipal han volcado su atención, entre otros, VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ, «La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (I)» y «La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 0, 2002, pp. 7-43, y núm. Número 1, 2003, pp. 58-88, respectivamente; también Juan María PEMÁN GAVÍN y Antonio EZQUERRA HUERVA, «La población municipal: la regulación de la vecindad administrativa y del estatuto del vecino», en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 1.219-1.263; igualmente, Antonio EZQUERRA HUERVA, «Extranjería y régimen local: la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal de habitantes», en REDA, núm. 114, 2008, pp. 685-726.

³⁰ Así se establece en FJ 2.º *in fine* de la STC 22/1984, de 17 de febrero: «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».

³¹ Hay quien afirma que no puede hablarse en sentido estricto de un concepto constitucional de domicilio, precisamente porque la Constitución no da una definición del mismo, sino que «en todo caso habría que hablar de la interpretación que la justicia constitucional haga del artículo 18.2 para saber, de forma indirecta que es lo que quisieron realmente los parlamentarios en 1978». Ángel Luis ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Madrid, Colex, 1993, p. 84. Esta misma opinión mantiene Fabio PASCUA MATEO, quien en resumidas cuentas sostiene que no existe un concepto constitucional de domicilio, en tanto que «el Tribunal Constitucional no es el único, sino el *supremo intérprete* de la Constitución y su jurisprudencia obliga tanto al legislador como a los Tribunales ordinarios (...). Ello no significa, en cambio, que unos y otros no tengan nada que decir a la hora de precisar las concepciones constitucionales». El objeto de la argumentación de este autor es sin embargo la de justificar que la autorización judicial de entrada haya sido tomada prestada por el legislador para proteger el derecho a la propiedad privada, lo que en mi opinión en nada obsta que exista un concepto constitucional de domicilio. Fabio PASCUA MATEO, «Las entradas administrativas en inmuebles de propiedad privada», en Luis MARTÍN REBOLLO (dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, 2 vol., Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, vol. I., p. 912-914; la cita pertenece a la página 912.

Se trata además de un concepto jurídico indeterminado³² la concurrencia del cual deberá valorarse en cada supuesto concreto. Su contenido no se mantiene estático, sino que ha ido ampliándose progresivamente a lo largo de los años a través de la jurisprudencia, que viene delimitándolo tanto positiva como negativamente. Por ello, de la escueta definición antes referida han de ser extraídos los elementos a través de los cuales podrá establecerse si un determinado espacio es susceptible de ser considerado o no domicilio a efectos constitucionales.

En la sentencia del Tribunal Constitucional 10/2002, de 17 de enero, se halla una de las mejores pautas interpretativas, que se condensa en el siguiente fragmento: «el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la *aptitud* para desarrollar en él vida privada y en su *destino* específico a tal desarrollo aunque sea eventual»³³. Así pues, cabe distinguir entre una doble

Si bien es cierto que la norma fundamental no define el concepto de domicilio —lo cual a mi entender supone un acierto que garantiza su flexibilidad y más si se lee con perspectiva la evolución jurisprudencial respecto del contenido del término—, estimo correcto hablar de un «concepto constitucional de domicilio». En primer lugar, porque pone de manifiesto la distinción y mayor amplitud de este respecto de las nociones de domicilio que ofrece la legislación ordinaria. En segundo lugar, porque el hecho de que no se defina el término en el texto de la Constitución no implica que esté vacío de contenido, sino que desde el mismo momento en el que el constituyente redactó la norma hasta la fecha de hoy, el art. 18.2 CE acoge un concepto de domicilio propio e identificable, es decir, un concepto constitucional. Hablar de la dificultad que entraña su delimitación y concreción es harina de otro costal, de lo cual, por otra parte, se han encargado y encargan tanto el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, así como el resto de órganos jurisdiccionales, pero siempre desde las coordenadas constitucionales, no legales. En tercer lugar, el hecho de hallarnos a todas luces ante un concepto jurídico indeterminado es motivo de más para defender la existencia de un concepto constitucional de domicilio. Y, en último lugar, el mismo Tribunal Constitucional, se refiere al «concepto constitucional de domicilio», entre otras en las SSTC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984/22); 94/1999, de 31 de mayo (RTC 1999/94), y 69/1999, de 1 de junio (RTC 1999/69).

Se refieren también al «concepto constitucional de domicilio» autores como Ramón CASAS VALLÉS, *op. cit.*, pp. 191 y ss.; Eduardo ESPÍN TEMPLADO, *op. cit.*, p. 48; Francisco Javier MATÍA PORTILLA, que dedica un capítulo de su obra a «El objeto del derecho: el concepto constitucional de domicilio», *op. cit.*, pp. 163-229. Se refiere a la «noción constitucional de domicilio», Pedro José GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *La inviolabilidad de domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 131 y ss.

³² Coincide en calificar la noción de domicilio constitucional como concepto jurídico indeterminado, Alejandro NIETO, «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», en *RAP*, núm. 112 (1987), p. 21.

³³ STC 10/2002, de 17 de enero, (RTC/2002/10), FJ 7.º; la cursiva es mía. En esta Sentencia el TC declaró la inconstitucionalidad del artículo 557 de la LECrim. por negar el carácter de domicilio a las habitaciones de hotel, ya que «[siendo las habitaciones de los hoteles espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle, constituyen ámbitos sobre los que se proyecta la tutela que la Constitución garantiza en su art. 18.2: su inviolabilidad y la interdicción de las entradas o registros sin autorización judicial o consentimiento de su titular, fuera de los casos de flagrante delito]» (FJ 8.º).

Ha analizado en profundidad esta sentencia Víctor FERRERES COMELLA, en «La inconstitucionalidad de la entrada y registro en las habitaciones de hotel sin autorización judicial: ¿Una

dimensión del concepto de domicilio: por un lado, la que llamaré dimensión objetiva y, por el otro, la subjetiva.

Aptitud y destino, elemento objetivo y subjetivo respectivamente, son las principales claves interpretativas que conducen a la concreción de la concurrencia de domicilio constitucional. Ahora bien, el análisis de ambos elementos debe realizarse en todo caso conjuntamente; es decir, no sólo con la determinación del elemento objetivo podrá valorarse la concurrencia de domicilio constitucionalmente protegido, ni tampoco solo desde la perspectiva subjetiva —lo cual llevaría a un concepto de domicilio inagotable³⁴.

Según el TC, lo principal es la concurrencia del elemento subjetivo³⁵, el destino o uso, es decir, se exige que en el espacio llamado a ser un domicilio constitucional exista por parte del sujeto la *voluntad* de destinar dicho espacio al desarrollo de su intimidad personal o familiar otorgándole el carácter de domicilio³⁶.

Una de las manifestaciones más claras de la necesidad de concurrencia del elemento subjetivo se halla en la exclusión de las celdas de los centros penitenciarios como domicilios constitucionalmente protegidos, precisamente, por faltar el elemento subjetivo: el sujeto no destina por voluntad propia dicho espacio al desarrollo de su intimidad, con lo que la celda no puede recibir la consideración de domicilio. Como ha afirmado el TC, «la celda que ocupa un interno en un establecimiento penitenciario no es su domicilio en el sentido constitucional del término (...) aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un “espacio apto para desarrollar vida privada” (STC 283/2000, de 27 de noviembre F2)

cuestión irrelevante? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 10/2002, de 17 de enero», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 2002, pp. 1941-1964.

³⁴ Desde una perspectiva estrictamente subjetiva podría sugerirse que el individuo es capaz de desarrollar su intimidad en cualquier espacio, lo cual desde una perspectiva objetiva carece de todo sentido. Insisto por ello en la necesidad de valorar conjuntamente ante cada supuesto ambos elementos, que denomino «objetivo» y «subjetivo».

³⁵ Eduardo ESPÍN TEMPLADO, en «Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, p. 39, hace un breve repaso histórico al concepto de domicilio y describe que «[e]n el derecho intermedio y hasta la codificación» adquiere importancia como fundamento de la protección del domicilio «un elemento subjetivo, el *animus*, entendiendo por tal la idea del sujeto sobre cuál constituye o va a constituir su residencia perdurable a lo largo de su vida, pese a que pueda estar ausente de ella durante largo tiempo, residiendo en lugares alejados de la misma». Esta valoración del *animus* se incorpora actualmente también como elemento de valoración de la concurrencia del domicilio constitucionalmente protegido, aunque no sea determinante de forma aislada.

³⁶ «Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo», STC 10/2002, de 17 de enero (FJ 7.º).

en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que tal recinto *no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante* ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público. Bien al contrario, el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término»³⁷.

La importancia del elemento subjetivo hace que «en principio, [sean] irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo»³⁸. Sin embargo, por ejemplo, una casa vacía, sin mobiliario alguno³⁹, no puede reputarse domicilio, como tampoco una casa permanentemente abandonada⁴⁰, porque en ambos casos se constata la falta de concurrencia de la voluntad del sujeto de desarrollo de la intimidad, así como su desarrollo efectivo. Cabe destacar aquí que el análisis de la concurrencia del elemento subjetivo, se realiza desde la perspectiva objetiva: son en todo caso elementos objetivos los que ayudarán a determinar si concurre o no la voluntad del sujeto de destinar al desarrollo de la inviolabilidad domiciliaria un determinado espacio.

De ahí que, como se comentaba más arriba, sea imprescindible que concurra también el elemento objetivo, para evitar caer en una configuración del domicilio inagotable⁴¹. Debe concurrir también el elemento objetivo o la aptitud del espacio para recibir el destino de domicilio.

El lugar que se repunte domicilio debe ser un espacio objetivamente apto para que en él pueda desarrollarse la intimidad. Esta aptitud excluye apriorísticamente los espacios abiertos. La lógica que subyace a esta afirmación es clara: la clausura de un espacio es la manifestación primaria de la facultad de exclusión del titular. Así, es en los espacios cerrados en los que el individuo posee la capacidad real de excluir a terceros de su

³⁷ Fragmento extraído del FJ 2.º de la STC 89/2006 de 27 de marzo (RTC 2006/89), en la que si bien no se aprecia la concurrencia de domicilio en la celda de un centro penitenciario, sí el derecho a la intimidad personal, aunque lógicamente con un alcance reducido, que puede ser vulnerado por determinadas actuaciones de los poderes públicos, en este supuesto porque «la limitación del derecho a la intimidad incurri[ó] en desproporción por extenderse más allá de lo necesario para los fines de seguridad que la legitimaban» (FJ 6.º), es decir, el registro efectuado no respetó el principio de proporcionalidad.

³⁸ STC 10/2002, de 17 de enero, (RTC/2002/10), FJ 7.º.

³⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5.ª), de 8 junio 2000 (JUR 2000/253756).

⁴⁰ STS 930/1995, de 27 septiembre (RJ 1995/6643).

⁴¹ «En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada», STC 10/2002, de 17 de enero, (RTC/2002/10), FJ 7.º.

ámbito de intimidad; voluntad de exclusión que difícilmente podrá manifestarse de forma efectiva en un espacio abierto⁴². No obstante, no todo espacio cerrado o en el que el titular manifieste la facultad de exclusión podrá ser considerado domicilio de forma inmediata, ya que no se desprende automáticamente de ello que sea apto para el desarrollo de la intimidad, ni que efectivamente se destine para el desarrollo la vida privada. Es necesario entonces, como decía anteriormente, que el elemento objetivo concorra con el subjetivo⁴³.

Teniendo en cuenta que lo esencial en la configuración del espacio llamado a ser domicilio es su destino al desarrollo de la intimidad, la configuración física del espacio llamado a ser domicilio es del todo irrelevante a efectos constitucionales, siempre que sea un espacio cerrado. Así, el TC considera domicilios las llamadas infraviviendas, como por ejemplo las chabolas o casas en ruina⁴⁴; las habitaciones de hotel⁴⁵ o las habitaciones de una residencia militar⁴⁶, cuando el espacio sea apto para el desarrollo de la intimidad y efectivamente exista dicho desarrollo; también las caravanas y roulottes⁴⁷, así como las tiendas de campaña⁴⁸, para destacar algunos de los supuestos más curiosos. Desde esta misma perspectiva, se excluyen con carácter general del concepto de domicilio los garajes o trasteros⁴⁹; también se excluyen del concepto de

⁴² Así se afirma en la STC 10/2002, de 17 de enero, según la cual «nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, (...), los espacios abiertos» (FJ 7.º). De este modo, si un espacio está abierto deberá presumirse *prima facie* que su titular no manifiesta su la voluntad de excluir a terceros del ámbito de intimidad que en él pueda desarrollarse. Ahora bien, cabe adelantar ya que la facultad de exclusión no sólo puede ponerse de manifiesto con el cierre o clausura de un espacio, sino de otros modos: por ejemplo, mediante carteles o indicaciones que pongan de manifiesto de forma clara y patente dicha voluntad de exclusión. Sobre ello volveré más adelante cuando se analice la propiedad privada como bien jurídico protegido por la autorización de entrada.

⁴³ De nuevo, lo aclara la STC 10/2002, de 17 de enero: «no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de 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» (FJ 7.º).

⁴⁴ STS 1140/1997, de 23 septiembre (RJ 1997/7261); STS 824/1999, de 19 mayo (RJ 1999/5408).

⁴⁵ Por todas la STS 10/2002, de 17 de enero (RTC 2002/10) y la jurisprudencia allí citada.

⁴⁶ STC 189/2004 de 2 noviembre (RTC 2004/189).

⁴⁷ STS 1626/1994, de 19 septiembre (RJ 1994/6996); STS 1129/1995, de 15 noviembre (RJ 1995/9376); STS 721/1996, de 18 octubre (RJ 1996/7186).

⁴⁸ STS 1798/1994, de 15 octubre (RJ 1994/7918); STS 181/1997, de 15 febrero (RJ 1997/1178).

⁴⁹ Por todas la STS 282/2004, de 1 de marzo (RJ 2004/3397) y la jurisprudencia que en ella se cita. Ha de tenerse en cuenta que el criterio de exclusión del concepto de domicilio de garajes y trasteros podrá modularse en función de si el garaje o el trastero están anexos al domicilio y si existe comunicación directa con ellos, y del hecho que efectivamente en ellos se desarrolle la vida privada [STS 616/2005, de 12 mayo (RJ 2005/5139)].

domicilio los bares, restaurantes, pubs y establecimientos de restauración u ocio en general⁵⁰, los almacenes⁵¹ y los locales de negocio⁵².

A los efectos de determinar si existe domicilio o no, también son irrelevantes los aspectos temporales de la ocupación, así que tanto si esta es temporal o accidental, si el espacio reúne el resto de requisitos, recibirá la consideración de domicilio; se trata, por ejemplo, del supuesto de segundas residencias o domicilios desocupados temporalmente⁵³ o de las ya mencionadas habitaciones de hotel.

2. LOS TITULARES DEL DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO.

A. Las personas físicas.

Si el derecho a la inviolabilidad del domicilio es uno de los derechos personales por antonomasia, claro es que su titularidad se atribuye indiscutiblemente a las personas físicas. No distingue la Constitución entre nacionales y extranjeros, de modo que el derecho fundamental se reconoce a toda persona física⁵⁴.

Teniendo en cuenta que uno de los elementos más importantes en la valoración de la concurrencia del domicilio constitucional es el espacial, cabe preguntarse si el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio exige algún título jurídico que vincule a la persona física con el espacio o lugar considerado domicilio. Pues bien, el título jurídico es indiferente a efectos de la protección constitucional del derecho fundamental según la jurisprudencia constitucional más reciente⁵⁵. Tanto el titular

⁵⁰ STS 464/1994, de 2 de marzo (RJ 1994/2090); STS 71/2006, de 23 de enero (RJ 2006/605); STS 1268/2006, de 20 diciembre (RJ 2007/393).

⁵¹ STS 115/2002, de 5 febrero (RJ 2002/3355); ATC 290/2004, de 19 julio (RTC 2004/290).

⁵² Me refiero con posterioridad a las entradas en los llamados «locales de negocio», al ocuparme de la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, apartado al que me remito. Baste apuntar ahora que, ante las entradas en los llamados «locales de negocio», con carácter general la jurisprudencia les ha negado la condición de domicilio, pero en determinados supuestos se mantiene cierta cautela al respecto, dado el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, por un lado, y la jurisprudencia del TEDH en la materia derivada del caso Niemietz contra Alemania (STEDH de 16 de diciembre de 1992).

⁵³ STC 94/1999, de 31 mayo (RTC 1999/94); STC 10/2002, de 17 de enero.

⁵⁴ Sobre el derecho de los extranjeros a la inviolabilidad del domicilio, véase Francisco Javier MATÍA PORTILLA, *op. cit.*, pp. 68-82, que analiza todos los extremos en relación con el supuesto, y con apoyo en la doctrina y en la historia constitucional española, así como en el derecho comparado, concluye «que los extranjeros se ven beneficiados por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio» (cita de la p. 82).

⁵⁵ Según la STC 10/2002, de 17 de enero (RTC 2002/10), en la que se reconoce que una habitación de hotel es susceptible de considerarse domicilio, «el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 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, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su

dominical, como el arrendatario, el usufructuario o incluso aquel que ocupa el domicilio a título de precario o el «ocupa»⁵⁶ son legítimos titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio⁵⁷. Así, es del todo irrelevante que exista o no algún título

configuración física, su carácter mueble o inmueble, *la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso*, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo» (FJ 7.º). La cursiva es mía.

Otro claro ejemplo de la indiferencia respecto del título jurídico se halla en la STC 209/2007, de 24 de septiembre (RTC 2007/209), en la que se considera domicilio la vivienda en la que el demandante de amparo «se quedó a pernoctar unos días» (...) que era la vivienda en la que moraba como arrendatario un amigo suyo (...), en tanto que «resulta que la casa del amigo en la que se encontraba el demandante de amparo cuando fue detenido era su domicilio en tal momento, el lugar en el que, siguiera transitoriamente, mientras se encontraba en dicha localidad, “vivía”, tenía su espacio vital de referencia, un ámbito en el que recogerse, salvaguardar sus objetos más personales y poder desarrollar los aspectos de su vida personal que considerara más privados».

⁵⁶ En relación con el conocido fenómeno «ocupa» cabe tener en cuenta la posibilidad de que la ocupación se considere constitutiva del delito recogido en el artículo 245 del Código Penal, dedicado a la usurpación, según el cual:

1. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, una multa de seis a dieciocho meses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado.
2. El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

Según la literalidad del texto de la ley la ocupación parece encajar en este tipo delictivo, en especial en el recogido en el apartado segundo. Se diferencia del allanamiento de morada, especialmente por protegerse en este la inviolabilidad del domicilio y, en el de usurpación u ocupación, el derecho real dominical. Además, el allanamiento no exige permanencia, mientras que la ocupación sí. En los casos de «ocupación» pues, si se considerara que concurre la flagrancia delictiva, la entrada podría ampararse en la excepción constituida por delito flagrante, según recoge el artículo 18.2 CE.

Sin embargo, la jurisprudencia hace una interpretación restrictiva del artículo 245.2 del Código Penal, moviéndose en una línea interpretativa del precepto orientada por el principio de *última ratio*. Según la jurisprudencia, la aplicación del tipo corresponde únicamente cuando exista entidad real y mayor de riesgo y peligro para el bien jurídico protegido, es decir, cuando el derecho real se vea efectivamente impedido por la «ocupación». De este modo, se considera que «la intervención penal es desproporcionada si se trata de fincas abandonadas o en mal estado». Por todas, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6.ª), de 4 noviembre 2002 (ARP 2003/55), de la cual es el fragmento reproducido; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17.ª), de 12 de marzo (ARP 2007/295). Así pues, la «ocupación» tiende a ser considerada irrelevante desde el punto de vista penal. La jurisprudencia penal recupera así en cierto sentido la figura del *ius usus innocui*, de modo que el uso inocuo de la propiedad ajena no es penalmente relevante.

Sobre el tratamiento penal de la ocupación ha escrito Joan BAUCCELLS I LLADÓS, que considera que el tipo penal del artículo 245 exige que la ocupación se haya realizado con violencia o intimidación sobre las personas en todo caso, de modo que si solo se da fuerza en las cosas, no existe tipo delictivo. Joan BAUCCELLS I LLADÓS, *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 138 y ss.

⁵⁷ A modo de ejemplo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Burgos dictó un Auto por el que no concedía la autorización de entrada solicitada por el Ayuntamiento para acceder a un local ocupado por unas familias rumanas, por ser de titularidad municipal. Según dicho órgano judicial «(...) la autorización de entrada solicitada no puede encontrar acogida bajo la cobertura del art. 8.5 de la LJCA al

jurídico legítimo⁵⁸ en virtud del cual el titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio posea u ocupe el espacio, lo determinante es que en este se desarrolle la vida privada o libertad más íntima de forma ajena a terceros, en ejercicio del derecho a la inviolabilidad del domicilio⁵⁹. En fin, cuando el texto del artículo 18.2 se refiere al «titular», del mismo modo que lo hacen la LOPJ y la LRJCA, debe entenderse que la referencia es al titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio, no del espacio físico⁶⁰.

entender que la autorización de entrada por parte del Ayuntamiento se insta para verificarse no en una propiedad ajena particular sino en un bien de dominio propio, que se encuentra ocupado ilícitamente con ocasión del asentamiento de una familia de origen rumano». El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), en la sentencia 294/2004, de 27 de julio (JUR 2004/207482), aprecia sin embargo que, dada la existencia de un domicilio y con independencia de la titularidad, procede la correspondiente autorización de entrada. La cita pertenece al FJ 1.º de dicho pronunciamiento del TSJ de Castilla y León.

⁵⁸ En contra existe doctrina que estima que la ocupación del espacio en el que se desarrolla la inviolabilidad del domicilio debe ser jurídicamente legítima. Se manifiestan en este sentido: Ángel Luís ALONSO DE ANTONIO, *op. cit.*, p. 94; Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 191; .Mª Carmen FIGUEROA NAVARRO, *Aspectos de la protección del domicilio en el derecho español*, Madrid, Edisofer, 1998, p. 157; Pedro José GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *La inviolabilidad de domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 126.

⁵⁹ La cuestión de la titularidad resulta especialmente relevante en orden a la autorización judicial de entrada en tanto que la Administración deberá solicitarla en aquellos supuestos en los que el «titular» se oponga a dicha entrada. Si nos hallamos frente a un domicilio constitucionalmente protegido, el titular cuya oposición se exige debe ser el titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio, no del espacio físico. En este sentido, no serán pocos los supuestos en los que el procedimiento administrativo se siga contra el titular dominical de un domicilio, pero el titular del derecho fundamental susceptible de ser vulnerado sea el del una persona distinta que puede no haber sido llamada como interesado en el procedimiento, a pesar del imperativo del art. 34 de la LRJAPyPAC. Sirva como ejemplo la misma STC 22/1984, según cuyo relato fáctico inicialmente constaba como interesado en el procedimiento administrativo únicamente el titular inicial del edificio a demoler, no los nuevos adquirentes afectados por la demolición, que se incorporaron posteriormente al procedimiento.

También resulta de interés en este sentido la alusión al consentimiento del titular de los restantes lugares y edificios a los que aluden la LRJCA y la LOPJ, artículos 8.6 y 91.2 respectivamente. Si, en relación con el domicilio, es claro que la titularidad se refiere a la inviolabilidad del domicilio, cuando se trata de restantes lugares o edificios, ¿sobre qué recae la titularidad? quede aquí apuntada esta pregunta, a la cual intentaré responder más adelante.

⁶⁰ Existe legislación que toma nota de este matiz y abandona el término «titular», para evitar posibles equívocos en este sentido. Por ejemplo, el artículo 53.4 de la Ley 1/2007, de 16 de marzo, contra la contaminación acústica de las Illes Balears, al regular las facultades de entrada de la inspección establece lo siguiente: «Cuando, para la realización de inspecciones, sea necesario entrar en un domicilio, y la persona residente se oponga a ello, es preceptiva la correspondiente autorización judicial». La norma da a entender con el concepto de «persona residente» que la vinculación jurídica con el espacio no es relevante, sino el hecho de que desarrolle el derecho fundamental por medio de la residencia, a pesar de lo ambiguo del término.

Pascual SALA SÁNCHEZ, Juan Antonio XIOL RÍOS y Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, hacen la misma observación aludiendo a una «incorrección técnica» del artículo 8.6 de la LRJCA. Entienden que el mencionado precepto debería referirse al «morador, o aquel cuya voluntad se encuentre sometida la restricción de la entrada». Pascual SALA SÁNCHEZ, Juan Antonio XIOL RÍOS y Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, *Jurisdicción y competencia en el proceso contencioso-administrativo*, Barcelona, Bosch, 2002, p. 902.

En relación con la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio, otra de las cuestiones que se plantea es la posibilidad de que sean varios los titulares del derecho fundamental respecto de un mismo domicilio. Son las situaciones que en la jurisprudencia se conocen como supuestos de «comoradores»⁶¹. El problema en estos casos se plantea respecto del consentimiento. ¿El consentimiento a la entrada otorgado por uno de ellos basta para que dicha entrada sea legítima o es necesario que concurra el consentimiento de cada uno de ellos?

En este sentido son especialmente destacables dos sentencias del Tribunal Constitucional: por un lado, la sentencia 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003/22) y, por el otro, la sentencia 209/2007, de 24 de septiembre (RTC 2007/209).

El problema no es baladí dado el carácter personal e individual del derecho a la inviolabilidad del domicilio, de lo cual parece deducirse que, en tanto que derecho personal e individual, el consentimiento también debe ser personal e individual. Así lo entiende el máximo interprete de la Constitución, según el cual «[c]omo afirmamos en nuestra STC 22/2003, de 10 de febrero, “la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio” (F. 7), sin que esta titularidad individual se pierda por el hecho de que un mismo domicilio sea compartido por varias personas». Y sigue el Tribunal en su argumentación «[s]i la convivencia en un mismo domicilio no altera, en principio, ni la titularidad del derecho ni la posibilidad de su ejercicio, resulta que cada titular del mismo mantiene una facultad de exclusión de terceros del espacio domiciliario que se impone al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad del *comorador* que desea la visita de un tercero que no mora en él»⁶². Es decir, prima la facultad de exclusión de uno de los comoradores para proteger su inviolabilidad domiciliaria, frente al posible consentimiento a la entrada de otro *comorador*. Subyace en la anterior consideración del Tribunal la voluntad de garantizar en todo caso el derecho a la inviolabilidad del domicilio⁶³.

⁶¹ Otra opción hubiese podido ser la de aludir a la cotitularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio respecto de un único domicilio. Pero el carácter personal del derecho a la inviolabilidad del domicilio excluye la cotitularidad, por lo que resulta así acertado hablar de *comoradores* y no de cotitulares. En todo caso, la cotitularidad podría establecerse en relación con un bien, en este caso el espacio físico calificado como domicilio, pero no en relación con el derecho fundamental.

⁶² Ambos fragmentos pertenecen al FJ 3.º de la STC 209/2007, de 24 de septiembre (RTC 2007/209).

⁶³ Esta afirmación inicial de la STC 209/2007, se contradice sin embargo claramente con el presupuesto de partida tomado por el Tribunal en la STC 22/2003, en la que se afirmaba que «la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquel con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio» (FJ 7.º).

En mi opinión, el punto de partida correcto para resolver los supuestos de comoradores debe ser el tomado en la STC 209/2007. En este sentido merece la pena traer a colación el voto particular a la STC 22/2003, formulado por el Magistrado Guillermo Jiménez Sánchez y que se corresponde con el

Este es el punto de partida al cual deben ir añadiéndose una serie de matices. En primer lugar, a pesar de este reconocimiento personal e individual del derecho fundamental, se admite que «la composición razonable de los intereses en juego de los comoradores haga que usualmente pacten explícita o implícitamente la tolerancia de las entradas ajenas consentidas por otro comorador y que los terceros que ingresen en el domicilio puedan así confiar a priori en que la autorización de uno de los titulares del domicilio comporta la de los demás»⁶⁴. Este es el caso que se da normalmente entre cónyuges o parejas de hecho⁶⁵. Ahora bien, en aquellos supuestos en los que a pesar de presuponerse un acuerdo de tolerancia sobre entradas ajenas, existan intereses contrapuestos entre los comoradores, la entrada aceptada por uno de ellos no puede reputarse consentida por el resto; de producirse la entrada, se vulneraría el derecho a la inviolabilidad domiciliaria del comorador que no la autorizó⁶⁶.

En segundo lugar cabe tener en cuenta otros supuestos de convivencia de comoradores en los que parece más dudoso el acuerdo de tolerancia sobre las entradas, en tanto que la relación de confianza entre los comoradores no puede compararse a la de los cónyuges o parejas de hecho. Sería el caso, por ejemplo, de pisos compartidos o casas «ocupadas», entre otros. Ante estas situaciones se desprende que prevalece la regla general expuesta anteriormente y según la cual, cada comorador dispone individual y

contenido de la propuesta de Sentencia presentada a la Sala pero desestimada por la mayoría. En dicha propuesta de sentencia, el razonamiento jurídico en relación con los supuestos de comoradores y su derecho a la inviolabilidad del domicilio empezaba con el fragmento que se transcribe a continuación — cuyo contenido es esencialmente idéntico al de la STC 209/2007. Dicho fragmento se recoge en el FJ 8.º y es el que sigue: «En principio cabe afirmar que el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio es un derecho personal cuya titularidad y ejercicio corresponde, individualizadamente, a cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja que conviven en un mismo domicilio. *La convivencia no puede determinar la pérdida de la titularidad de dicho derecho convirtiéndola en colectiva*, máxime si se tiene en cuenta el carácter instrumental que la protección de la inviolabilidad domiciliaria tiene respecto del derecho a la intimidad, puesto que quien consiente en la entrada y registro del domicilio, no sólo abre las puertas de un espacio físico del que puede ser cotitular, sino que también permite la intromisión en la intimidad propia de ese espacio, tanto la suya como la de los demás moradores. Por ello, aun cuando la titularidad del domicilio sea compartida, no es constitucionalmente admisible entender que de ello se deriva una *cotitularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio*. Por el contrario *lo que existe es una pluralidad de derechos individuales* (de los que son titulares cada uno de los convivientes) *que recaen sobre un mismo objeto* (el domicilio compartido) y cuyo contenido esencial radica en la facultad de excluir las injerencias de terceros en ese ámbito reservado». La cursiva es mía.

⁶⁴ FJ 3.º de la STC 209/2007, de 24 de septiembre (RTC 2007/209).

⁶⁵ FJ 7.º de la STC 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003/22).

⁶⁶ Este es el supuesto que recoge la STC 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003/22), en el que autoriza la entrada uno de los cónyuges —la esposa previamente agredida por el marido—, para facilitar las tareas policiales de registro. Se entiende que existe una contraposición de intereses entre la víctima, que autoriza la entrada, y el imputado, en los siguientes términos «el consentimiento del titular del domicilio (...) no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía de dicha inviolabilidad» (FJ 8.º), de modo que se considera vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio del esposo.

personalmente de la facultad de exclusión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sin que se entiendan implícitamente consentidas las entradas facilitadas por el resto de comoradores, en especial cuando la entrada proviene de un poder público⁶⁷.

B. Las personas jurídicas.

En relación con la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio merece especial atención su reconocimiento a favor de las personas jurídicas⁶⁸. Como es bien sabido, nuestra norma fundamental no reconoce con carácter general derechos fundamentales a las personas jurídicas, del mismo modo que tampoco les son negados⁶⁹. Sin embargo, parece existir un lastre ideológico que da por sentada la inmanencia de los derechos fundamentales a las personas físicas⁷⁰, de modo que las jurídicas quedan excluidas de dicho ámbito. Ello no obstante, la jurisprudencia del TC ha ido desprendiéndose paulatinamente de este lastre y reconociendo progresivamente ciertos derechos fundamentales a las personas jurídicas⁷¹. Subyace en esta ampliación la idea de

⁶⁷ Así se estima en la STC 209/2007, de 24 de septiembre (RTC 2007/209), en la que la situación de convivencia es entre dos personas unidas por un vínculo de amistad: una accede a que la otra viva en su domicilio temporalmente. Según el TC «[l]a ponderación de intereses que está en la base del derecho a la inviolabilidad del domicilio debe decantarse en este particular supuesto a favor del interés de exclusión del morador a pesar de las peculiaridades de su situación posesoria y de la autorización del titular que había accedido graciosamente a compartir su morada» (FJ 4.º). En esta sentencia, no obstante, no se considera vulnerado el derecho del artículo 18.2 CE porque el Tribunal valora que concurrió en el comorador un consentimiento a la entrada, aunque fuera tácito (FJ 5.º). En sentido análogo la jurisprudencia de la sala penal del TS, entre otras en las SSTs entre otras, véase las SSTs 1742/2000, de 14 de noviembre (FJ 2.º) (RJ 2000/8716); 1359/2003, de 20 de octubre (FJ 1.º) (RJ 2003/7642); o la 777/2009, de 24 de junio (FJ 5.º) (RJ 2009/4713).

⁶⁸ Sobre el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas morales nos remitimos a: Pedro CRUZ VILLALÓN, «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas», en *Revista de Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, pp. 63-83; Silvina BACIGALUPO SAGGESE, «Los derechos fundamentales de las personas jurídicas», *Revista del Poder Judicial*, núm. 53, 1999, pp. 49-106; Ángel J. GÓMEZ MONTORO, «La titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002, pp. 49-105.

⁶⁹ A lo largo del catálogo de derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional, sólo se reconocen explícitamente derechos fundamentales a personas jurídicas: en el artículo 27.6 que establece la libertad de creación de centros docentes; en el 27.10 donde se reconoce la autonomía a las Universidades —debe recordarse que la STC 26/1987, de 27 febrero, aclaró que la tal derecho era fundamental y no simplemente garantía institucional (FJ 4.º) (RTC 1987/26); y en el 28 que reconoce el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Por su lado, el artículo 53 de la CE establece que «cualquier ciudadano» podrá recabar la tutela de los derechos fundamentales, lo cual parece excluir a las personas jurídicas. No obstante, el artículo 162.1.b legitima a «toda persona natural o jurídica» para interponer un recurso de amparo.

⁷⁰ Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, «Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho Público», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, vol. II, p. 657.

⁷¹ Por ejemplo, las SSTC 99/1983, de 16 de noviembre (RTC 1983/99); 20 y 26/1985, de 14 y 22 de febrero (RTC 1985/20 y RTC 1985/26), respectivamente; 39/1986, de 31 de marzo (RTC

que, en atención a la naturaleza del derecho, algunos de ellos son susceptibles de atribuirse a las personas jurídicas, del mismo modo que otros les estarán vedados por ser ínsitos a la condición humana, como el derecho a la vida o a la integridad física y moral⁷².

Siguiendo esta tendencia extensiva, el Tribunal no tardó en reconocer la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas. Fue mediante la STC 137/1985, de 17 de octubre, en la que, a pesar de denegarse el amparo solicitado, el TC se desvinculó de la doctrina anterior que otorgaba el derecho a la inviolabilidad del domicilio exclusivamente a las «personas individuales», y afirmó 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»⁷³. Sin embargo, el anterior reconocimiento general a favor de las personas jurídicas del derecho fundamental fue delimitado por el Tribunal Constitucional, que precisó que «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*»⁷⁴.

No puede decirse que el Tribunal Constitucional fuese muy explícito al delimitar el reconocimiento del derecho fundamental del artículo 18.2 CE a las personas jurídicas a través del fragmento transcrito, ya que si bien se sobreentiende la voluntad de delimitación de los supuestos, no sin embargo el criterio bajo el cual debe realizarse dicha delimitación. ¿Cuándo debe apreciarse que la persona jurídica ocupa el lugar de la física⁷⁵? ¿En qué sentido son relevantes la naturaleza y fines de la persona jurídica en

1986/39) y la 23/1989 de 2 febrero (RTC 1989/23) reconocen el derecho a la igualdad del artículo 14 CE a las personas jurídicas. En las SSTC 19 y 53/1983, de 14 de marzo y 20 de junio (RTC 1983/19 y RTC 1983/53), respectivamente, les fue reconocido el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

⁷² Algunos textos constitucionales europeos recogen expresamente esta concepción, como por ejemplo la Ley Fundamental de Bonn en cuyo artículo 19.3 se establece que «los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas en la medida en que según su naturaleza les sea aplicable», precepto en el que se inspira claramente el TC que no duda en hacer referencia explícita al mismo en sus pronunciamientos, por ejemplo en la STC 137/1985, de 17 de octubre (RTC 1985/137), FJ 3.º.

⁷³ FJ 3.º de la STC 137/1985, de 17 de octubre (RTC 1985/137).

⁷⁴ Fragmento extraído de nuevo del FJ 3.º de la STC 137/1985, de 17 de octubre (RTC 1985/137). La cursiva es mía.

⁷⁵ Tomás QUINTANA LÓPEZ interpretó que cuando el Tribunal exige que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado, «lo que se pretende (...) es desechar la posibilidad de que todo lo que tenga una dependencia física con la entidad mercantil quede al amparo de la tutela constitucional», lo cual efectivamente realizará el TC posteriormente en la STC 69/1999 calificando los espacios de la persona jurídica protegidos por la inviolabilidad domiciliaria. Tomás QUINTANA LÓPEZ, «Un paso más

relación con la inviolabilidad del domicilio⁷⁶? La clara voluntad del Tribunal de delimitar el reconocimiento del derecho fundamental a las personas jurídicas cobra sentido si se tiene en cuenta la contradicción que supone reconocerles la inviolabilidad del domicilio, cuando al mismo tiempo el TC rechaza que sean titulares del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE, que, como ya se ha dicho, constituye el fundamento último del derecho a la inviolabilidad domiciliaria⁷⁷.

¿Cómo puede serles reconocida la inviolabilidad domiciliaria, si carecen de intimidad personal o familiar que proteger? ¿Cómo puede el Tribunal Constitucional afirmar que se ha «reconocido también su titularidad [del derecho a la inviolabilidad del domicilio] a las personas jurídicas, de las que no cabe afirmar que posean intimidad personal y familiar»⁷⁸? Este es sin duda el aspecto más controvertido del reconocimiento de este derecho fundamental a las personas jurídicas⁷⁹ que, por un lado, ha forzado al TC a

hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho», en *REALA*, 229, 1986, pp. 145-152.

Según Pedro José GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, el objetivo de esta cautela, exigir que la persona jurídica ocupe el lugar de la de la física, pretende evitar «la patrimonialización del contenido del derecho de inviolabilidad de domicilio, su inadecuada utilización para la satisfacción de otros intereses particulares de la más diversa naturaleza». Pedro José GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

⁷⁶ Ante la remisión del TC a la naturaleza y fines de la persona jurídica, cabe recordar aquí de nuevo el artículo 19.3 de la Ley fundamental de Bonn —en el que se inspira el TC para reconocer el derecho a las personas jurídicas— que establece que «los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas en la medida en que según su naturaleza les sea aplicable». Sin embargo, téngase en cuenta que la Ley alemana se refiere a la naturaleza del derecho fundamental, no a la naturaleza de la persona jurídica. Se refiere a la interpretación del artículo 19.2 de la *Grundgesetz* alemana y a la interpretación doctrinal germana vertida al respecto, María José CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Madrid, Iustel, 2004, pp. 176-177.

⁷⁷ Algunos de los pronunciamientos en que se rechaza que las personas jurídicas puedan ser titulares del derecho a la intimidad personal y familiar son el ATC 257/1985, de 17 de abril (RTC 1985/257), ATC 208/2007, de 16 de abril (RTC 2007/208), así como la STC 386/1993, de 23 de diciembre (RTC 1993/386) y la STC 69/1999, de 26 de abril (RTC 1999/69), entre otros, cuya doctrina podría resumirse con el siguiente fragmento extraído del FJ 2.º del Auto 257/1985, de 17 de abril: «El derecho a la intimidad que reconoce el art. 18.1 de la 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, quedarán, en su caso, protegidas por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada».

⁷⁸ Así consta en el FJ 2.º de la STC 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003/22).

⁷⁹ Cabe recordar aquí que la controversia sobre el reconocimiento de este derecho fundamental a las personas jurídicas no se circunscribe únicamente a España. El mismo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas les ha negado el reconocimiento de la inviolabilidad domiciliaria ya que existen varios países europeos como Francia, Irlanda o los Países Bajos que no se lo conceden, de modo que no puede considerarse un principio común a los Estados Miembros. Entre otras, Sentencias Hoechst (de 21 de noviembre de 1989), Dow Benelux y Dow Chemical Iberic (ambas de 17 de octubre de 1989), todas ellas contra la Comisión. Ello, no obstante, no implica que, ante las intervenciones del poder público, las

configurar un contenido especial y diferenciado de la inviolabilidad domiciliaria cuando de personas jurídicas se trata, y, por otro, mayores reticencias ha ocasionado entre la doctrina⁸⁰ y alguna jurisprudencia⁸¹.

Mediante la Sentencia 69/1999, de 1 de junio⁸² —el único pronunciamiento en el que el TC ha resuelto frontalmente en sede de amparo sobre la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas— el Tribunal ha intentado dar respuesta a los interrogantes planteados por la STC 137/1985, conformando un perfil propio del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, principalmente a través de dos extremos. Por un lado, delimitando los espacios físicos afectos a la inviolabilidad domiciliaria y, por el otro, graduando la intensidad de la protección del derecho en estos supuestos. Los argumentos principales del Tribunal se concentran en el fundamento jurídico segundo, que se desglosa a continuación.

En la STC 69/1999, el Tribunal empieza por hacer hincapié en que no cabe confundir el derecho de propiedad con el derecho fundamental y, a renglón seguido se remite a la STC 137/1985 y al reconocimiento que allí se hace del derecho a las personas jurídicas, aunque no sin matices, advierte, dada la ausencia del derecho a la intimidad. Ante ello, la estrategia del Tribunal es la de *adaptar* el contenido del derecho a la inviolabilidad domiciliaria a las personas jurídicas, en tanto que este no es «enteramente idéntico» al de las personas físicas.

personas jurídicas no queden protegidas frente a intervenciones arbitrarias y desproporcionadas, según la misma Sentencia Hoechst (§ 19). Javier MATÍA PORTILLA, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

⁸⁰ Entre los autores que se oponen al reconocimiento de este derecho fundamental a las personas jurídicas se hallan: Javier MATÍA PORTILLA, *op. cit.*, pp. 135-151. Javier BARCELONA LLOP, *op. cit.*, pp. 540 y ss. Otros manifiestan sus temores ante la ampliación del derecho por la posibilidad abusar del mismo, entre otros: Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en *Revista de estudios de la administración local y autonómica* (REALA), núm. 225, 1985, p. 37; Tomás QUINTANA LÓPEZ, «Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho», REALA, 229, 1986, p. 151. Otros ponen de manifiesto las contradicciones que implica este reconocimiento: Rafael ALCÁZER GUIRADO, *op. cit.*, p. 434; Víctor FERRERES COMELLA, *op. cit.*, pp. 1957-1960; Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Granada, Comares, 2002, p. 288, quien exige la determinación del bien jurídico protegido, que en todo caso podría consistir en la vida privada profesional del empresario o a la libertad de empresa.

⁸¹ Por ejemplo, la STSJ de Valencia, núm. 1125/2002, de 22 julio (JUR 2003/77443), en atención al tenor literal del anterior art. 141.2 de la entonces Ley General Tributaria (Ley 230/1963, de 28 diciembre) —según el cual solo se exige la resolución judicial cuando «se refiera al domicilio particular de cualquier español o extranjero»— y omitiendo la Jurisprudencia del TC vertida en la Sentencia 137/1995, considera ajustada a derecho la entrada de la Administración inspectora en el domicilio social de una empresa realizada en 1998. Afirma el TSJ en la referida sentencia, después de glosar parte de los fundamentos jurídicos de la STC 50/1995, que: «De acuerdo con la mencionada sentencia el derecho a la inviolabilidad del domicilio y la necesaria autorización judicial para la realización de las actuaciones inspectoras, queda referido al concepto de domicilio de las personas naturales».

⁸² STC 69/1999, de 1 de junio (RTC 1999/69).

Según el parecer del Tribunal, la falta de intimidad personal o familiar, no justifica que las personas jurídicas dejen de precisar «una protección frente a la intromisión ajena» respecto de determinados espacios de los que son titulares. Pero en su opinión, no basta con el reconocimiento de la facultad de exclusión, sino que requerirán la protección de rango constitucional de la inviolabilidad domiciliaria. Para responder a este fin proteccionista, se califican especialmente determinados espacios, en concreto aquellos «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 al conocimiento de terceros»⁸³.

Una vez delimitados los lugares susceptibles de considerarse domicilios, de lo anterior puede deducirse cuál es el contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas: se trata en lo esencial de un contenido de carácter eminentemente negativo, basado en el reconocimiento de la facultad de exclusión de la persona jurídica respecto de determinados espacios. De ello se deriva la protección con rango fundamental del ámbito espacial en el que *dirigir* sus actividades sin intromisiones ajenas o en el que *custodiar documentación o información* que podría calificarse como de «privada». Se protege pues el libre desarrollo de la función directiva que se asume en el seno de la persona jurídica —que será en la mayoría de ocasiones de carácter económico o empresarial, pero también podrá ser de carácter cultural, político, etc.—, así como el control sobre los documentos o informaciones que sirven a dicho fin⁸⁴.

⁸³ FJ 2.º *in fine* de la STC 69/1999, de 1 de junio (RTC 1999/69).

⁸⁴ El TS interpreta la acotación de los espacios susceptibles de considerarse domicilio constitucionalmente protegido de las personas jurídicas realizada en la STC 69/1999, entre otras, en la sentencia de 23 de abril de 2010 (RJ 2010/3636) —en la que se discute acerca de la legalidad de la entrada de la inspección tributaria en el domicilio social de una empresa—, en los siguientes términos: «(...) tienen la consideración de domicilio a efectos de la protección constitucional otorgada por el artículo 18.2 de la Constitución los espacios que requieren de reserva y no intromisión de terceros en razón a la actividad que en los mismos se lleva a cabo, esto es, los lugares utilizados por representantes de la persona jurídica para desarrollar sus actividades internas, bien porque en ellos se ejerza la habitual dirección y administración de la sociedad, bien porque sirvan de custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento, y todo ello con independencia de que sea el domicilio fiscal, la sede principal o la sede secundaria, exigiéndose en estos casos la autorización judicial o el consentimiento del interesado. En cambio, no son objeto de protección los establecimientos abiertos al público o en que se lleve a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de la sociedad mercantil que no está vinculada con la dirección de la sociedad ni sirve a la custodia de su documentación. Tampoco, las oficinas donde únicamente se exhiben productos comerciales o los almacenes, tiendas, depósitos o similares» (FJ 7.º). En el mismo sentido, la STS de 24 de enero de 2012 (RJ 2012/3681).

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, interpreta en atención a los criterios «finalistas» que fija el TC que «ostentan la cualidad de domicilios inviolables tanto la *sede social* de las entidades jurídicas, como las *sucursales* de éstas». Asimismo considera que «locales, oficinas y otras dependencias administrativas similares (...) en los que se llevan a cabo labores de dirección o se almacena una parte de la documentación referente a tal actividad» también deben de recibir la consideración de domicilio. Excluye del concepto los «espacios físicos en los que se ubican instalaciones de la persona jurídica eminentemente

En este sentido, algunos autores defienden la idea de una «vida privada social» a favor de las personas jurídicas, apoyando así la postura del Tribunal Constitucional según la cual merece protección el espacio donde esta vida privada se desarrolla como si del domicilio de una persona física se tratara⁸⁵. Otros entienden que la ampliación a las personas jurídicas del derecho a la inviolabilidad del domicilio implica que el objeto de protección del derecho se haya visto asimismo ampliado y ya no se circunscriba únicamente a la intimidad, sino que se proteja la privacidad, que es un concepto «más amplio que el de intimidad»⁸⁶. Entre la doctrina, también hay quien identifica que la

productivas —tales como las fábricas, talleres y almacenes—, los cuales resultan plenamente incompatibles con la nota de privacidad». Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, «La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas en el desarrollo de una actividad empresarial: una perspectiva tributaria», en la obra colectiva dirigida por Antonio EMBID IRUJO, *Comercio Internacional y Derechos Humanos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, pp. 222 y 223.

El TEDH también ha tenido la oportunidad de interpretar cuál es el contenido del derecho del art. 8.1 de la CEDH respecto de las personas jurídicas; así en la STEDH caso Petri Sallinen y otros c. Finlandia (de 27 de septiembre de 2005, § 70), el Tribunal recuerda que «the notion of “home” in Article 8 § 1 encompasses not only a private individual's home. It recalls that the word “domicile” in the French version of Article 8 has a broader connotation than the word “home” and may extend, for example, to a professional person's office». Y añade que, «[c]onsequently, “home” is to be construed as including also the registered office of a company run by a private individual, as well as a juristic person's registered office, branches and other business premises», con la cita de abundante jurisprudencia que así lo confirma.

⁸⁵ Ramón CASAS VALLÉS, *op. cit.*, p. 186. Según este autor, el hecho de que el derecho a la inviolabilidad del domicilio esté dotado de autonomía respecto del derecho a la intimidad y «no [sea una] mera concreción específica del artículo 18.1» es uno de los principales argumentos que permite que se proteja «la vida privada de las personas jurídicas [que] sólo alcanza tutela constitucional dentro de su domicilio (en el que no se puede entrar, instalar escuchas o cámaras de televisión, etc.)» (p. 190); sin embargo, a pesar de toda la argumentación que el autor vierte para defender el derecho de las personas jurídicas, acaba su alegato con una afirmación que parece desvirtuar cualquier otra: «La persona física, aun cuando se le negase que determinado espacio tiene la condición de domicilio a los efectos del art. 18.2, siempre podría invocar su derecho a la intimidad. En cambio, la jurídica —como ya se ha dicho— no tiene más tutela constitucional para su vida privada que la que resulta de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones» (p. 195). El autor parece olvidar todos los mecanismos de protección de la propiedad privada y, en especial, la configuración de la autorización judicial de entrada respecto de los restantes lugares y edificios cuya entrada requiere el consentimiento del titular, como comentamos en el texto.

Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ opina también que debe reconocerse el derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas, ya que entiende que «a la persona jurídica le puede corresponder una categoría igualmente artificial [a la personalidad jurídica que se les reconoce], pero funcional a su finalidad, de la intimidad». Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ, «La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. Especial referencia a la de las empresas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990, p. 55 y ss.

También es del parecer que las personas jurídicas merecen el reconocimiento del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, «La coacción administrativa directa en el ámbito de la inspección de consumo. Límites en el acceso a los locales a inspeccionar», en *REDA*, núm. 69, 1991, pp. 54 y 55.

⁸⁶ Según José María ROJÍ BUQUERAS el hecho de que el TC haya reconocido el derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas da a entender que aquello que se protege en el

delimitación espacial del concepto de domicilio operada por el Tribunal responde a su equiparación con el concepto de domicilio social⁸⁷. Otros entienden que la inviolabilidad domiciliar opera en estos supuestos como instrumento al servicio de la protección de otros derechos fundamentales, de modo que se consigue «la salvaguarda del espacio físico en que se desarrollan los derechos fundamentales que resultan predicables de las personas jurídicas, tales como el secreto profesional, la libertad de expresión, el derecho de asociación y de asociación política»⁸⁸. Y existen también autores que a partir de aquí distinguen entre el «domicilio común», cuando es de personas físicas, y «domicilios especiales», para el supuesto de las personas jurídicas o los locales de negocio⁸⁹. Se busca en todo caso un anclaje en el que fundamentar la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, pues a pesar de que el artículo 18.2 de la CE reciba la consideración de derecho autónomo, en ausencia de un fundamento sólido en la protección de la intimidad o de un derecho o bien análogo, la propia entidad del derecho al domicilio inviolable parece desvanecerse⁹⁰.

artículo 18.2 no es el derecho a la intimidad personal o familiar, sino el derecho a la privacidad. José María ROJÍ BUQUERAS, «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», en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2000, pp. 610 y ss. La cita es de la página 610.

⁸⁷ Este es el parecer de Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Granada, Comares, 2002, pp. 285-289. Este autor advierte que el concepto de domicilio constitucional de las personas jurídicas es incluso más amplio que el de domicilio social y domicilio fiscal —que recogen artículo 41 del Código Civil y el artículo 48.2 de la Ley General Tributaria, respectivamente—, y añade que «ello supone extender la idea de domicilio protegido para las personas jurídicas a zonas que exceden a la determinada para el empresario individual, con la consiguiente discriminación, pues la extensión del objeto material de protección viene a depender de la opción de una forma de empresa individual o social». (La cita es de la p. 287). Se adhiere al parecer de FERNÁNDEZ RAMOS, Javier GUILLÉN CARAMÉS, *Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la competencia*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 219-220.

⁸⁸ María José CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Madrid, Iustel, 2004, p. 181. De todas, esta última me parece una de las mejores justificaciones del reconocimiento de la inviolabilidad domiciliar de las personas jurídicas, porque busca el anclaje o fundamento en derechos de rango fundamental. Sin embargo, se obvia uno de los rasgos esenciales del domicilio constitucionalmente configurado: su autonomía, predicada respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, y que debiera también poder predicarse de los derechos fundamentales de las personas jurídicas que la autora menciona. Sin embargo, la configuración que CABEZUDO BAJO presenta del derecho a la inviolabilidad domiciliar es estrictamente instrumental. En otras palabras, a diferencia de lo que ocurre con el domicilio de las personas físicas, la mera entrada en una sede social, por ejemplo, no parece susceptible de vulnerar el derecho de asociación o la libertad de expresión; en cambio, la mera entrada sí vulnera la inviolabilidad domiciliar de las personas físicas, al ser esta una emanación de su intimidad. Esta vinculación-emanación no se da entre el domicilio de las personas jurídicas y los derechos que la autora menciona.

⁸⁹ Así Esther MORÓN LERMA, «La libertad de entrada en los centros de trabajo y la inviolabilidad del domicilio», en la obra colectiva coordinada por María Jesús ESPUNY TOMÁS y Olga PAZ TORRES, *La inspección de trabajo 1906-2006*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 333 y ss.

⁹⁰ La inviolabilidad del domicilio como derecho autónomo exige ser la emanación de un bien jurídico —sea la intimidad, sea la privacidad—, no simplemente ser. Así lo advierte Víctor FERRERES

A la vista de las consideraciones del Tribunal Constitucional, el punto de conexión que entronca la inviolabilidad domiciliaria de las personas físicas y de las jurídicas es la facultad de exclusión de terceros. Para el Tribunal este ha sido elemento suficiente para extender la fundamental protección del domicilio inviolable a las personas jurídicas: debe respetarse la facultad de exclusión respecto de determinados espacios de su titularidad. Pero ha evitado la determinación del bien jurídico protegido, esto es, del fundamento de dicha protección, con el desasosiego que ello conlleva no sólo entre la doctrina, sino entre los destinatarios primarios de la norma, es decir, las Administraciones públicas⁹¹.

A mi entender, son dos las opciones por las que el Tribunal Constitucional hubiese podido optar ante la petición de amparo del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. Bien hubiese podido ampliar el bien jurídico protegido por la inviolabilidad domiciliaria y hablar en sentido estricto de la protección de la «vida privada» o «privacidad», como bien jurídico más amplio que la intimidad y no estrictamente anudado a la persona física y su proyección vital de lo íntimo. La adecuación de esta ampliación conceptual hubiese podido ser discutida por la doctrina, pero el TC hallaría en la Jurisprudencia del TEDH⁹² y en el artículo 10.2 de la Constitución, los anclajes jurídicos y formales suficientes para sustentar una nueva interpretación del contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio. La segunda opción a disposición del Tribunal era ser congruente con la configuración del derecho a la inviolabilidad del domicilio establecida y su vinculación con el derecho a la intimidad personal y familiar, categoría intrínseca a las personas físicas, con la correspondiente exclusión de las jurídicas del alcance constitucional de protección por esta vía.

COMELLA: «Aquí hay una verdadera contradicción que no se puede ocultar con la pirueta de la “autonomía del derecho a la inviolabilidad”». Víctor FERRERES COMELLA, *op. cit.*, p. 1959.

⁹¹ Piénsese en especial en el ejercicio de las funciones inspectoras, no sólo las tributarias, sino las sanitarias, de trabajo, de la seguridad social, etc., dirigidas especialmente a actividades desarrolladas por personas jurídicas y en las que es fundamental acceder a los centros de dirección y a los documentos mencionados para la consecución de los fines públicos perseguidos. El primer problema es la determinación apriorística de cuáles son los espacios en los que la persona jurídica desarrolla dichas funciones de dirección y custodia documentación excluida de terceros, que no en todos los supuestos será un elemento evidente. El segundo problema, como ha advertido ya la doctrina, es la instrumentalización del derecho al servicio de la protección de intereses no fundamentales.

⁹² Cabe recordar que la protección que el artículo 8 del CEDH concede al domicilio abarca un contenido más amplio que el del art. 18.2. Igualmente, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del TEDH que reconoce que: «Building on its dynamic interpretation of the Convention, the Court considers that the time has come to hold that in certain circumstances the rights guaranteed by Article 8 of the Convention may be construed as including the right to respect for a company's registered office, branches or other business premises (see, *mutatis mutandis*, *Niemietz*, cited above, p. 34, § 30)»; STEDH Caso Société Colas Est y otros contra Francia, de 16 abril 2002, §41 (JUR 2002/132780). En el mismo sentido, la más reciente STEDH Caso Van Rossem contra Bélgica, de 9 diciembre 2004, § 36 (TEDH 2004/96).

La segunda opción es, desde mi perspectiva, la más oportuna. La llamada «vida privada social» de las personas jurídicas no queda por ello desprotegida, simplemente dicha protección se articulará por los cauces de la legislación ordinaria o a través del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, el secreto profesional, la libertad de expresión o el derecho de asociación, pero en ningún caso en atención a la inviolabilidad del domicilio⁹³. Aquí es precisamente donde adquiere mayor relevancia la autorización judicial de entrada según ha sido configurada por la LOPJ y la LRJCA, en atención a las cuales, en los supuestos de ejecución forzosa de actos administrativos, la autorización no sólo es necesaria para acceder al domicilio constitucionalmente protegido, sino para acceder a cualquier lugar cuyo acceso dependa del consentimiento del titular. Y es que a falta de intimidad personal o familiar, los espacios en los que se ejercen funciones directivas o se custodian documentos que el titular pretende excluir del conocimiento de terceros, pueden mejor reputarse como «edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular» —como reza el artículo 91.2 de la LOPJ—, que como domicilios constitucionalmente tutelados. Su defensa ante las entradas en ejecución forzosa de actos administrativos de los poderes públicos se vería también sometida a la autorización judicial previa, casi como si del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliar se tratara, y se evitaría así una construcción voluble del contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio según sea el titular.

Sin embargo, como se ha visto, la opción por la que de momento ha optado el Tribunal Constitucional no ha sido ninguna de las anteriores, sino que ha preferido abrir una tercera vía, condicionando el contenido del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio según sea el titular que pretende hacerlo valer. Ello ha propiciado que, al margen de que en el plano teórico pueda discutirse sobre la idoneidad del reconocimiento de este derecho a las personas jurídicas, el problema se traslade a la delimitación del alcance del mismo, que deberá concretarse de forma singularizada en cada caso⁹⁴.

FERRERES COMELLA, que también entra en el estudio de la STC 69/1999, añade una objeción de hondo calado ante los argumentos del Tribunal. Según este autor, si en relación con las personas jurídicas se protegen determinados espacios desde los que se dirige y controla el desarrollo de sus fines, la lógica debería apuntar que en el supuesto de las personas físicas también tendrían que protegerse los espacios en los que

⁹³ En este mismo sentido se pronuncia Javier BARCELONA LLOP, *op. cit.*, p. 543.

⁹⁴ Ejemplo de ello son varias sentencias del TS en las que en voto particular, promovido por el magistrado Rafael Fernández Montalvo, se pone en duda la consideración como domicilio de determinados locales empresariales a los efectos de una inspección tributaria por el hecho de albergar documentación contable. Así, las SSTs de 24 de abril de 2010 (RJ 2010/3640, RJ 2010/3639, RJ 2010/3638, RJ 2010/3637, RJ 2010/3636, RJ 2010/4721) y las SSTs de 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7098, RJ 2010/7097, RJ 2010/7096 y RJ 2010/6907). Sobre la necesidad de reparar en las características del lugar para poder determinar si es un domicilio constitucionalmente protegido, con acopio de la jurisprudencia constitucional y del TS anterior, véase la STS de 12 de julio de 2012 (RJ 2012/10182).

desarrollen estas actividades como domicilios constitucionalmente protegidos⁹⁵. Cabe en este punto traer a colación la doctrina del TEDH al respecto de los locales de negocio, que el Tribunal Supremo ha incorporado a través de varias sentencias⁹⁶. Según esta doctrina, los locales de negocio y despachos profesionales quedan protegidos por el derecho a la inviolabilidad del domicilio en tanto que también son una manifestación de la vida privada o intimidad del sujeto, ya que «en la medida en la que el trabajo, la profesión y la industria tienen una importancia decisiva para la autorrealización de los ciudadanos, tales espacios (...) no abiertos al público por sus titulares⁹⁷, gozan de la protección que otorga el art. 18.2 CE. El despacho de un ciudadano pertenece a su esfera de privacidad protegida por la Constitución aunque no esté situado en el lugar donde el ciudadano tiene su domicilio particular en sentido estricto»⁹⁸.

⁹⁵ Según justifica el autor, «(...) sería extraño que se protegiera el local de una persona jurídica y no se protegiera, en cambio, el de la persona física, cuando materialmente se desarrollan en uno y otro el mismo tipo de actividades (así, por ejemplo, el ejercicio de la profesión de abogado)». Víctor FERRERES COMELLA, «La inconstitucionalidad de la entrada y registro en las habitaciones de hotel sin autorización judicial: ¿Una cuestión irrelevante? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 10/2002, de 17 de enero», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, ISSN 0212-2855, N° 1, 2002, pp. 1959-1960.

⁹⁶ Ante las entradas en los llamados «locales de negocio», con carácter general la jurisprudencia les ha negado la condición de domicilio, pero en determinados supuestos se mantiene cierta cautela al respecto, dado el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, por un lado, y la jurisprudencia del TEDH en la materia derivada del caso Niemietz contra Alemania (STEDH de 16 de diciembre de 1992), por otro. De la jurisprudencia del Tribunal Europeo se deriva que en determinados locales de negocio, principalmente despachos profesionales, puede el titular desarrollar aspectos de su vida privada protegidos por el derecho al respeto del domicilio del art. 8 del CEDH. El TS ha acogido esta doctrina en la Sentencia 2206/1993, de 11 octubre (RJ 1993/7371), y posteriores.

Agustín GARCÍA URETA comenta la jurisprudencia del TEDH y su influjo en la constitucional, en *El domicilio y su régimen jurídico*, Bilbao, Lete, 2007, pp. 181-187; del mismo autor, «Protección del domicilio en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el caso de los despacho de abogados», en la obra colectiva coordinada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA, *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández. Volumen II: Europa y América*. Eduardo, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 2891-2913; ESPÍN TEMPLADO presenta una interesante argumentación al respecto, coincidente en líneas generales a la que se ha expuesto en el texto, en «Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, pp. 50 y 51; Francisco Javier MATÍA PORTILLA opina que los locales profesionales no pueden ser considerados domicilio a efectos constitucionales, *op. cit.*, p. 221.

⁹⁷ Si se trata de un local abierto al público pierde el carácter de domicilio, según precisó la posterior STS 797/1994, de 14 de abril de 1994 (RJ 1994/3291), según la cual es «[c]ierto que algunos locales de negocios o despachos profesionales, en los que la actividad del titular se desarrolla sin admitir libremente el acceso a terceros, pueden formar parte de su ámbito de privacidad e intimidad, extendiéndose a ellos el concepto de domicilio [así, la Sentencia de 11 octubre 1993]. Pero no cabe confundir (...) el ámbito negocial privado con aquel que se abre al público para obtener un lucro de los asistentes al mismo» (FJ 2.º).

⁹⁸ STS 2206/1993, de 11 octubre (RJ 1993/7371), FJ 2.º. Esta doctrina viene siendo confirmada por posteriores sentencias del TS, entre otras, las SSTS 773/2002, de 30 de abril (RJ 2002/7156) y 384/2004, de 22 de marzo (RJ 2004/3414).

A la vista de lo anterior, entiendo que es claro que tanto respecto de las personas jurídicas como de las físicas, los espacios que estas se reservan para el desarrollo de lo que venimos concretando como ejercicio y dirección de su actividad, y custodia de documentos, están en los mismos términos protegidos por el derecho a la inviolabilidad del domicilio, siempre que exista la efectiva voluntad de exclusión de terceros ajenos, lo cual se constata cuando son espacios cerrados al público en ambos supuestos. No obstante, también es clara la diferencia en el fundamento de la protección: en el supuesto de las personas físicas se establece la conexión con el derecho a la intimidad, mientras que con las jurídicas no.

Por ello, la objeción de FERRERES COMELLA queda un tanto diluida en atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con locales de negocio y despachos profesionales. Pero cabe tener en cuenta que el comentario del mencionado autor gira en torno de las habitaciones de hotel como domicilios (STC 10/2002), que reciben dicha consideración cuando en ellas se desarrolla la intimidad, pero no cuando se desarrolle una actividad de dirección de actividades económicas, supuesto en el que claramente entrarían en contradicción la jurisprudencia del TC y la del TS.

Siguiendo con el estudio de la STC 69/1999, cabe tener en cuenta que el Tribunal no solo restringe los espacios de las personas jurídicas que pueden considerarse domicilios, sino que también gradúa la intensidad de la protección de dichos espacios, la cual será menor que la concedida al domicilio de las personas físicas⁹⁹. Se establece así un *tertium genus* de nivel protector en atención al domicilio de las personas jurídicas: será superior, por un lado, al otorgado por las normas de rango legal, e inferior, por el otro, al concedido al domicilio de las personas físicas. Ello se justifica, de nuevo, en la ausencia de concurrencia del derecho a la intimidad personal y familiar, fundamento del derecho a la inviolabilidad del domicilio¹⁰⁰.

⁹⁹ Alejandro NIETO asume esta configuración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas, remitiéndose a la doctrina constitucional alemana, que configura su protección de un modo similar al realizado por el TC. Pero en sus argumentos, el autor añade uno que el Tribunal Constitucional no ha hecho explícito. Según NIETO, «resulta igualmente claro que tales domicilios [el de las personas jurídicas o el lugar de trabajo] han de tener una protección menos intensa, puesto que no media la intimidad o privacidad y, además, porque las actividades que en ellos se realizan no son ajenas a los intereses públicos, de cuya custodia no puede inhibirse la Administración». La cursiva es mía. Alejandro NIETO, «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», en *RAP*, núm. 112 (1987), p. 31.

¹⁰⁰ También el Derecho penal da cuenta de esta distinción del domicilio según sea su titular y, en definitiva, del fundamento de su protección, pues el Código Penal castiga con distintas penas el allanamiento de morada de las personas físicas, con una pena de prisión de seis meses a dos años, y el allanamiento de domicilio de persona jurídica, con una pena de prisión de seis meses a un año (arts. 202 y 203 respectivamente). Al respecto, entre otros, Manuel J. ARIAS EIBE, «La inviolabilidad del domicilio: dimensión constitucional y protección penal», en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. 4, 2001, pp. 1.643-1.668.

Según se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional que venimos comentando, la menor intensidad de la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas se traduce en que no pueden trasladarse en todos sus extremos las exigencias relativas a las entradas amparadas por resoluciones judiciales a los supuestos de domicilios de personas físicas a efectos de considerar vulnerado el derecho fundamental de las jurídicas¹⁰¹. En otras palabras, se reduce la intensidad del control de «corrección constitucional» de los elementos que debe revestir la autorización judicial de entrada¹⁰². En el supuesto enjuiciado por la sentencia referida, la menor intensidad se constata cuando el Tribunal considera que la falta de indicación de la fecha y la hora de la entrada en el auto que la autorizaba no suponen la vulneración del derecho fundamental¹⁰³.

No falta doctrina que valore de otro modo la reducción de la intensidad del nivel de protección. Por ejemplo, ALCÁCER GUIRADO interpreta que la graduación de la intensidad se manifiesta en el control del principio de proporcionalidad de la entrada y registro, al fin perseguido y al derecho fundamental afectado¹⁰⁴. LÓPEZ MENUIDO pone en duda que realmente exista una menor intensidad de protección de la inviolabilidad domiciliaria de las personas jurídicas. Según este autor, la maniobra del TC no consiste en reducir la intensidad de protección de la inviolabilidad domiciliaria de las personas

¹⁰¹ Comenta este pronunciamiento constitucional MARCO MARCO, destacando en especial la «protección más liviana» o «débil» del domicilio de las personas morales. Joaquín J. MARCO MARCO, «La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas: La sentencia del Tribunal Constitucional 69/1999, de 26 de abril de 1999», en *Revista General del Derecho*, núm. 664-665, enero-febrero 2000, pp. 117-124.

¹⁰² Según el TC, «el juicio sobre la constitucionalidad de la entrada domiciliaria (...) adopta perfiles característicos que alejan los criterios rectores del proceder judicial, y también de nuestro enjuiciamiento sobre la corrección constitucional de las resoluciones judiciales aquí impugnadas, de supuestos en los que, bien por la intensidad de aflicción que la medida suponga para el derecho en cuestión, bien por tratarse del núcleo esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que es la preservación de la intimidad personal y familiar, el canon de enjuiciamiento deba ser mucho más estricto» [STC 69/1999, de 1 de junio (RTC 1999/69), FJ 5.º].

¹⁰³ Sin embargo, cabe tener en cuenta que a pesar de que el Tribunal fundamente su fallo en este extremo, anteriormente había ya valorado si el espacio en el que se realizó la entrada constituía domicilio o no a efectos constitucionales, lo cual consideró imposible de determinar por falta de acreditación de las circunstancias necesarias. Según se expone en el FJ 3.º, «en el presente caso no resulta posible determinar si nos encontramos ante un domicilio constitucionalmente protegido, pues en las actuaciones judiciales recibidas no existen elementos suficientes que permitan llegar con certeza a una conclusión sobre este extremo. (...) No obstante, la carencia de datos que se acaba de indicar excluye que esta apreciación, por sí sola, pueda determinar nuestro fallo. De manera que, aun teniendo presente lo expuesto sobre el concepto constitucional de domicilio de las personas jurídicas, han de ser otros los criterios que permitan resolver el presente caso, sin necesidad de despejar las dudas que sobre este extremo suscitan las actuaciones recibidas». Con esta argumentación el TC se brindó la oportunidad de entrar a valorar el fondo del asunto y resolver así los planteamientos que la STC 137/1985 había dejado abiertos, no sólo declarando la delimitación de los espacios, sino también ejemplificando cómo debe articularse la menor intensidad en la protección.

¹⁰⁴ Rafael ALCÁCER GUIRADO, «El derecho a la inviolabilidad del domicilio», en María Emilia CASAS BAAMONDE y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, XXX Aniversario, Las Rozas, Fundación Wolters Kluwer, 2008, p. 434.

jurídicas, sino en reducir el ámbito espacial en el que la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio es tan intensa como en el domicilio de las personas físicas¹⁰⁵. Independientemente de cuál fuera la voluntad o aspiración del TC al redactar la sentencia en cuestión, el análisis de la jurisprudencia permite constatar lo que apunta este último autor. Los Juzgados de lo contencioso-administrativo y los tribunales superiores de justicia no modulan la intensidad de la protección, sino que trasladan miméticamente los requisitos de la autorización judicial de entrada en domicilios de personas físicas a las entradas a los domicilios de las jurídicas.

3. LÍMITES DEL DERECHO A LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO.

Ni la propia naturaleza del derecho a la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental permite que este se conciba como un derecho absoluto, sino que cederá ante otros derechos, intereses o fines de igual interés constitucional con los que sea incompatible. Se configura, pues, el derecho del art. 18.2 de la CE como un derecho susceptible de limitarse o excepcionarse en determinados supuestos, que se estudian con carácter meramente ilustrativo a continuación.

A. Los límites taxativos impuestos por el art. 18.2 junto a otras excepciones a la inviolabilidad del domicilio.

Según el tenor literal del artículo 18.2 de la Constitución, la sacralidad del domicilio no es absoluta, pues la Carta Magna prevé explícitamente y de forma taxativa¹⁰⁶ tres supuestos en los que la injerencia en el domicilio no supondrá la vulneración del derecho fundamental. A saber: en caso de delito flagrante, cuando medie resolución judicial y en los casos en que la entrada sea consentida por el titular. Estos tres supuestos suelen englobarse bajo la categoría de «límites» al derecho fundamental, en tanto que subyace en su configuración la asunción de que ningún derecho fundamental es absoluto¹⁰⁷. Por oposición pues a la absolutidad del derecho fundamental se habla de su limitación, restricción o de excepciones a los derechos fundamentales¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Francisco LÓPEZ MENUDO, «La intervención del juez para la defensa del domicilio ¿y también de la propiedad?», en Luis MARTÍN REBOLLO (dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, 2 vol., Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, vol. II., p. 1.887.

¹⁰⁶ En la STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 3.º), el Tribunal ya se refirió al «carácter taxativo de las excepciones».

¹⁰⁷ Cabe apuntar que hay quien defiende que algunos derechos fundamentales no admiten límite alguno, como el derecho a no ser obligado a declarar sobre la ideología, religión o creencias propias (art. 16.2); el derecho a no declarar (art. 17.3); a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia (art. 24.2); así como el derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento (art. 25.1). Juan Andrés MUÑOZ ARNAU, *Los límites de los Derechos fundamentales en el Derecho constitucional español*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 117-118.

¹⁰⁸ No faltan autores, sin embargo, que prefieran referirse a los mencionados límites como «títulos legitimadores», porque la inviolabilidad del domicilio se erige únicamente ante las entradas ilegítimas, y porque el supuesto del consentimiento, más que un límite, es una manifestación del libre ejercicio del

No obstante, si el concepto de límite se entiende desde su perspectiva más amplia, cabe aquí hacer también mención a los supuestos de suspensión previstos, de un lado, en el artículo 55.1 de la Constitución que recoge la posibilidad de suspensión colectiva del derecho fundamental cuando se declaren los estados de excepción o de sitio —queda excluido el estado de alarma¹⁰⁹—; y, del otro, en el art. 55.2 del mismo texto que prevé la suspensión individual del derecho a la inviolabilidad del domicilio en los supuestos de investigaciones en relación con bandas armadas o terrorismo¹¹⁰. Asimismo, cabe aludir al estado de necesidad, que a pesar de no estar incluido de forma expresa en el texto constitucional, la jurisprudencia del TC la incorpora como excepción al derecho¹¹¹.

derecho por parte de su titular. Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2007, pp. 179 y ss.

Debe admitirse que en especial la figura de la autorización judicial de entrada se presta a ser referida como «título legitimador» de la injerencia en el domicilio. Sin embargo, a mi entender, el uso de una u otra denominación es una cuestión que —más que desprenderse de la naturaleza de la autorización judicial de entrada, del delito flagrante o del consentimiento— depende del punto de vista desde el que se enfoque. Así, desde la perspectiva del titular a la inviolabilidad del domicilio, cualquier entrada, legitimada o no por un título, supondrá una restricción, limitación u excepción a su derecho fundamental y particularmente cuando, aun precedida de una resolución judicial, la entrada provenga del poder público. Mientras que, desde la perspectiva del poder público dichas excepciones devendrán en verdaderos títulos legitimadores de su actuación. Así, sin voluntad de entrar en disquisición terminológica alguna, mantengo en el texto el término que tradicionalmente se emplea para el estudio del consentimiento, el delito flagrante y la autorización judicial como «límites» del derecho fundamental, sin perjuicio de que cuando se ahonde en la naturaleza de la autorización judicial de entrada se hagan las pertinentes matizaciones.

¹⁰⁹ Junto a los mencionados artículos de la norma fundamental, es preciso tener también en cuenta el art. 116 de la CE, que prevé que mediante ley orgánica se regulen dichos estados. En este sentido, debe hacerse referencia a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, de la cual interesa en especial el art. 17, pues regula la inspección y registro de domicilios para «el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público».

¹¹⁰ De recordarse aquí el art. 553 de la LECrim., modificado por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que habilita la entrada en domicilios en el marco de actuaciones relacionadas con delitos de terrorismo y bandas armadas sin ser necesaria una autorización judicial previa, aunque se dará inmediata cuenta a la autoridad judicial de dicha actuación. El tenor literal del art. 553 es el siguiente: «Los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas (...) en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido. Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente (...)».

¹¹¹ Durante la discusión parlamentaria del artículo 18.2 el senador Lorenzo Martín-Retortillo Baquer insistió en la pertinencia de prever de forma explícita en el texto constitucional los supuestos de necesidad, dado el carácter taxativo con el que se delimitaban el resto de supuestos de excepción del derecho. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Materiales para una Constitución: los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado*, Madrid, AKAL, 1984, pp. 100-108.

A pesar de que la propuesta no fuera acogida en sede parlamentaria, la jurisprudencia constitucional no ha dudado al respecto. En la misma STC 22/1984, el Tribunal afirmaba lo siguiente:

Como se desprende de lo anterior, la limitación de los derechos fundamentales no sólo puede venir impuesta por el texto constitucional o derivarse de sus contenidos —los llamados límites internos—, sino que también puede remitirse al legislador para que lo haga mediante ley orgánica —los llamados límites externos¹¹². Esta construcción de la limitación del carácter absoluto de los derechos fundamentales pone de manifiesto que dicha restricción no responde a fines arbitrarios, sino que se alza con basamento en otras finalidades, intereses o derechos también constitucionalmente reconocidos. Bajo este prisma, parece totalmente adecuado hablar de la limitación de los derechos fundamentales orientada al mantenimiento de un «orden público constitucional», como dice MATÍA PORTILLA¹¹³.

Así configurados los límites del derecho fundamental, las injerencias en el domicilio inviolable realizadas de conformidad con alguna de ellos serán reputadas como legítimas. Evidentemente interesa al fin de este trabajo el estudio de la resolución judicial como autorización de entrada, tema al que se dedica el último capítulo del trabajo, por lo que el resto de límites se dejan al margen del estudio por escapar de su objeto, en especial el delito flagrante. Ello no obstante, interesa también en gran medida considerar cómo opera el consentimiento del titular de la inviolabilidad domiciliaria ya que, a falta de otros supuestos de excepción, la resolución judicial debe ser requerida por la Administración en los supuestos en los que de un modo u otro «no concurra» el consentimiento; de ahí el interés en la configuración del consentimiento del titular del domicilio.

«Sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante delito y salvo, naturalmente, las hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con el *estado de necesidad*». La cursiva es mía.

Por otro lado, no falta legislación que contemple explícitamente el estado de necesidad como límite al derecho fundamental. En concreto, el art. 21.3 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, según el cual: «Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad»; o el Código Penal en su artículo 20.5 que, a pesar de referirse al estado de necesidad como causa eximente de responsabilidad penal, puede entenderse también como causa justificante; es decir, como causa legitimadora de la limitación del derecho fundamental. En atención a este artículo: «El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1) Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».

¹¹² Los límites externos «son aquellos creados por el poder público habilitado a tal fin por la Constitución», mientras que los límites internos «o bien vienen dispuestos explícitamente por la Constitución (...) o bien deriva de la coexistencia de los derechos fundamentales con otras normas de igual rango constitucional». Francisco J. BASTIDA FREIJEDO *et. al*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 120.

¹¹³ Francisco Javier MATÍA PORTILLA, *El derecho a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 233-249.

B. En particular, el consentimiento del titular del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

Ha quedado ya aclarado en epígrafes anteriores que la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio no se determina en atención a la titularidad del espacio o lugar en el que se desarrolla la intimidad personal o familiar, sino en atención a la vinculación subjetiva entre la persona y el desarrollo del derecho, con independencia del título jurídico que exista sobre el espacio. Así, pueden ser titulares del derecho fundamental tanto el propietario, como el arrendatario, el usufructuario, el precarista e incluso el «ocupa», por poner algunos ejemplos.

La titularidad del derecho implica el poder o la facultad de desarrollar en todas sus facetas el contenido del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, entre las que se incluye tanto la facultad de exclusión —manifestación del contenido negativo del derecho— como, a *sensu contrario*, lo que podría llamarse como facultad de inclusión o, en otras palabras, la posibilidad de consentir entradas en el ámbito domiciliar. Aquello pues que suele considerarse como una excepción a la inviolabilidad domiciliaria, el consentimiento, se explica y entiende mejor como una de las posibles formas de ejercicio del derecho fundamental¹¹⁴. Teniendo en cuenta la específica configuración del derecho a la inviolabilidad del domicilio como ámbito espacial específicamente restringido ante las injerencias del poder público¹¹⁵, parece acertado adecuar el estudio del consentimiento desde este enfoque, es decir, el consentimiento del titular ante las entradas realizadas por los poderes públicos.

Como no podía ser de otra forma, ha sido la jurisprudencia la que ha ido configurando los elementos que deben concurrir para que el consentimiento prestado legitime la injerencia en el domicilio¹¹⁶. En primer lugar, aunque parezca obvio, cabe señalar que

¹¹⁴ Según la STC 22/2003, de 10 febrero (RTC 2003/22), FJ 4.º: «La exigencia de la garantía judicial decae en caso de flagrante delito y, obviamente, tampoco es necesaria si media consentimiento del titular (pues si éste decide no preservar ese ámbito y abrirlo a la acción y conocimiento de los demás *está ejerciendo facultades propias de su derecho*, lo que manifiestamente excluye la posibilidad de existencia de cualquier suerte de vulneración)». La cursiva es mía.

¹¹⁵ Recuérdese, como afirma el Tribunal, que «lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, *específicamente, de la autoridad pública* para la práctica de un registro», STC 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003/22), FJ 3.º. La cursiva es mía.

¹¹⁶ Especialmente interesante en este sentido es la STS 1803/2002, de 4 de noviembre (RJ 2002/10007), (FJ 5.º), en la que la Sala de lo penal, para enjuiciar si existió o no vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, desglosa los requisitos que debe reunir el consentimiento, enumerándolos: a) otorgado por persona capaz: mayor de edad y sin restricciones en la capacidad de obrar; b) otorgado consciente y libremente; c) oralmente o por escrito; d) de forma expresa, aunque también se admite en determinados supuestos de forma tácita; e) otorgado por el titular del domicilio; f) otorgado para un asunto concreto; g) no es necesaria la presencia del secretario judicial. Se evidencia que la perspectiva de enjuiciamiento desde la que se juzga la vulneración del derecho fundamental es la penal, basada en la LECrim., pero algunos de los extremos resaltados por los juzgadores serán tratados a continuación, por haber sido también objeto de atención en los supuestos de entradas administrativas.

el consentimiento debe ser previo, es decir, debe prestarse con anterioridad a la entrada o injerencia en el domicilio. En segundo lugar, el consentimiento, de existir, debe haber sido prestado libremente; es decir, no debe haber vicio en el consentimiento provocado por error, violencia o intimidación¹¹⁷. Igualmente, en caso de prestarse el consentimiento, este no se considera otorgado de forma indefinida sino para una determinada entrada o actuación afecta al domicilio¹¹⁸; el consentimiento tampoco puede ser ajeno a la finalidad de la entrada, sino que su otorgamiento se condiciona a la consecución de la finalidad que persiga el acceso domiciliario. Igualmente, cabe tener en cuenta que el titular del derecho podrá en cualquier caso y momento revocar el consentimiento previamente concedido, ante lo cual la autoridad o personal actuante deberá abandonar el domicilio sin dilación¹¹⁹.

¹¹⁷ Añade Ricardo GARCÍA MACHO que, para que el consentimiento se considere libremente prestado, el titular tiene que saber que goza del derecho o facultad a «prohibir la entrada al funcionario». Ricardo GARCÍA MACHO, «La inviolabilidad del domicilio», en *REDA*, núm. 32, 1982, p. 862.

Es muy frecuente que, ante la oposición del administrado a la entrada, la Administración advierta de que la actuación podrá llevarse a cabo con el auxilio de las fuerzas policiales o sobre las consecuencias que puede tener dicha oposición. Por ejemplo, en el supuesto de las inspecciones, no son pocas las ocasiones en las que la resistencia es sancionable. Ahora bien, la resistencia contra la entrada que en virtud de la Constitución o la ley deba ir acompañada con el correspondiente auto judicial y no lo haga, es totalmente legítima. Así, esta oposición no puede constituir en ningún caso resistencia sancionable, en tanto que para que la Administración pueda ejecutar la entrada coactivamente y ajustándose a la legalidad, debe ir acompañada de la preceptiva autorización. En este sentido, las SSTSJ de Madrid 1539/2011, de 13 de octubre, FJ 2.º (RJCA 2011/872) y 243/2012, de 23 de febrero, FJ 3.º (RJCA 2012/383) y

Igualmente, si la entrada se realiza dentro de los parámetros de la legalidad —es decir, junto la correspondiente autorización si fuere preceptiva—, el advertimiento por parte de la Administración de que la oposición o resistencia ante la entrada puede constituir una conducta sancionable o punible, no puede recibir la consideración de coacción o intimidación, sino que simplemente de comunicación al administrado de las consecuencias asociadas a dicho comportamiento por la norma. Así que, el consentimiento prestado bajo dichos advertimientos, no puede apriorísticamente considerarse viciado, tal como se establece, entre otras, en la STSJ de Cataluña 512/2006 de 1 de junio (JT 2007/229), FJ 1.º, apartado 3.º.

¹¹⁸ Téngase en cuenta que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho de carácter personal y, por tanto, irrenunciable. Un apoderamiento indefinido a los poderes públicos para que realizaran entradas, es decir, el consentimiento prestado indefinidamente, equivaldría a la renuncia al derecho. Ricardo GARCÍA MACHO, *op. cit.*, p. 862.

¹¹⁹ Sobre este particular, son interesantes las observaciones de ÁLVAREZ MARTÍNEZ en relación con el art. 172.5 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria (aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio), según el cual: «Si se produce la *revocación del consentimiento* del obligado tributario para la permanencia en los lugares en los que se estén desarrollando las actuaciones, los funcionarios de inspección, *antes de la finalización de estas, podrán adoptar las medidas cautelares reguladas* en el artículo 146 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria». Según el mencionado autor la previsión de que, aún habiendo sido revocado el consentimiento, antes de finalizar la inspección se puedan adoptar medidas cautelares constituye «un evidente y gravísimo error» puesto que «choca, de manera frontal y flagrante, con el mandato constitucional que proclama el carácter inviolable del domicilio, el cual impide, a mi modo de ver, no sólo las entradas y registros llevados a cabo en un domicilio sin el consentimiento de su titular o al amparo de una autorización judicial, sino también la permanencia en el mismo en idénticas condiciones».

Respecto de si el consentimiento debe ser expreso o tácito, la doctrina se inclina mayoritariamente por entender que puede ser otorgado tanto de forma expresa como tácitamente, siempre que sea inequívoco¹²⁰. Interesa sin embargo destacar lo que el Tribunal Constitucional ha manifestado en este sentido. En su Sentencia 22/1984, el Tribunal afirmó que el consentimiento «según el texto del precepto no necesita ser expreso» (FJ 3º). De aquí, sin embargo, no cabe deducir que se admita en los mismos términos el consentimiento otorgado expresamente que el prestado de forma tácita. Esta matización es especialmente relevante en aquellos supuestos en los que existe ausencia de oposición del titular. ¿Deben entenderse la falta de oposición y el consentimiento positivo como equivalentes? Según ha determinado el Tribunal, la falta de oposición a la entrada no puede considerarse apriorísticamente como una manifestación tácita del consentimiento, sino solo en determinados supuestos como, por ejemplo, en los de comoradores —en los términos que ya analizamos en el epígrafe dedicado a la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Así se afirma en la STC 209/2007, de 24 septiembre, según la cual el enfoque constitucional exige reconducir el análisis de la concurrencia del elemento volitivo al consentimiento, exigiendo que se constate si se consintió o no se consintió, ya que el enfoque centrado en la falta o no de oposición desvirtúa la protección fundamental. En conclusión, «es preciso el consentimiento de su titular para justificar la intromisión domiciliaria ex art. 18.2 CE, no bastando su falta de oposición a la misma, por mucho que en determinados contextos la falta de oposición pueda ser indiciaria de la concurrencia de un consentimiento tácito»¹²¹.

En relación con el consentimiento, por último, cabe hacer referencia a las personas jurídicas, en orden a determinar quién dentro del marco de la persona jurídica está habilitado para consentir o prohibir entradas de terceros. La doctrina apunta que, en primer término, debe considerarse que aquel que ostenta la titularidad respecto de la persona jurídica es el que está facultado para consentir o prohibir entradas en los

Es decir, una vez revocado el consentimiento no sería posible la permanencia en el domicilio y, por lo tanto, el autor considera que la adopción de dichas medidas en tales condiciones implicaría su nulidad de pleno derecho en virtud del art. 62.1.a) de la LRJAPyPAC, además de poder constituir un delito de allanamiento de morada (arts. 202 y 204 del CP). Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, «La adopción de medidas cautelares al hilo de las intromisiones practicadas por los órganos de la Inspección de los tributos en el domicilio de los obligados tributarios: la dudosa constitucionalidad de algunas de las previsiones en el nuevo Reglamento de Gestión, Inspección y Aplicación de los tributos», en *Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, núm. 11, 2007, p. 78.

¹²⁰ Así, Alfonso DE ALFONSO BOZZO, «Sobre la inviolabilidad del domicilio», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 1985, p. 174; Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos*, cit., pp. 203 y ss.; Ricardo GARCÍA MACHO, *op. cit.*, p. 862; Pedro José GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 189 y 170; José María ROJÍ BUQUERAS, *op. cit.*, p. 625-627; M.^a Carmen FIGUEROA NAVARRO, *Aspectos de la protección del domicilio en el derecho español*, Madrid, Edisofer, 1998, pp. 150 y ss.;

¹²¹ STC 209/2007, de 24 septiembre, FJ 5.º (RTC 2007/209). Como ya se ha dicho, el consentimiento puede entenderse tácitamente prestado en determinados supuestos de comoradores.

espacios considerados como domicilios. Sin embargo, se tiene en cuenta la dificultad que ello puede entrañar en algunos supuestos complejos de construcción y articulación de personas jurídicas, de modo que dicha facultad se remite a los órganos directivos o responsables de la persona jurídica que ostenten la representación de la entidad o que ejerzan labores de dirección o administración de la misma, con efectiva intervención en las decisiones de la empresa, a pesar de no ser necesariamente titulares de la persona jurídica¹²²; en todo caso, habrá de tenerse especial cuidado en que aquel que se arroga la representación de la persona jurídica efectivamente tenga reconocido dicho poder¹²³. Puede decirse que esta es otra de las peculiaridades que se derivan de la especial configuración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas.

En este breve epígrafe se han esbozado los rasgos esenciales del consentimiento desde su vertiente positiva, es decir, el consentimiento entendido en sentido estricto como acción o efecto de permitir, acceder o condescender a que se haga algo, en este caso la entrada en el domicilio. En este sentido, la doctrina se refiere al ejercicio del *ius admitendi*, que halla su opuesto en el *ius prohibendi*, que en este contexto equivale a la facultad de exclusión¹²⁴. Cuando se aborde el estudio de la autorización judicial de entrada, deberá volverse de nuevo al consentimiento y su caracterización ya que algunos de los extremos discutidos serán, por un lado, si la autorización judicial de entrada debe ser en todo caso posterior y subsidiaria al consentimiento; y, por el otro, cabrá también tener en cuenta si los atributos predicables del consentimiento como *ius admitendi* también lo son del no consentimiento como manifestación del *ius prohibendi*.

III. PROPIEDAD PRIVADA: LA EXIGENCIA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA PARA ACCEDER A ESPACIOS NO DOMICILIARIOS.

Si bien la resolución judicial como autorización de entrada nació circunscrita al ámbito del domicilio constitucionalmente protegido en virtud del artículo 18.2 de la Constitución y de su interpretación por el Tribunal Constitucional, este mecanismo judicial de ponderación apriorística de intereses ha ido ampliando su radio de aplicación a derechos ajenos a la inviolabilidad domiciliaria.

¹²² En este sentido, Ángel Luís ALONSO DE ANTONIO, *op. cit.*, p. 113; Pedro José GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 119; M.^a Carmen FIGUEROA NAVARRO, *op. cit.*, p. 163. Entre la jurisprudencia, entre otras, véanse las SSTs de 13 de diciembre de 2002 (RJ 2003\1257); de 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7097), de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011/1018), de 24 de enero de 2012 (RJ 2012\3681), de 25 de enero de 2012 (RJ 2012/360).

¹²³ Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos, cit.*, pp. 217-218.

¹²⁴ Pedro José GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 124.

Si nos asomamos a la legislación actual, se constatará que la mayor parte de la normativa que se ocupa de regular la infinidad de ámbitos a los que alcanza la actividad de la Administración Pública elude hacer mención expresa a la autorización judicial de entrada, a pesar de ser susceptible la actividad que se regula de vulnerar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Ello, sin embargo, no impide la aplicabilidad directa del artículo 18.2 de la Constitución con lo que, a pesar de que la norma especial guarde silencio al respecto, la autorización judicial de entrada será preceptiva cuando la actividad administrativa sea susceptible de conculcar la inviolabilidad del domicilio. En menor medida, hallaremos normativa que ha acogido de forma explícita el mandato constitucional, imponiendo la autorización judicial de entrada si la Administración pretende acceder a un espacio domiciliario. Y, en tercer lugar, se constatará la tendencia creciente a que la legislación prevea la articulación de la autorización judicial de entrada para el acceso a espacios no domiciliarios.

En este contexto, el artículo 91.2 de la LOPJ —trasladado al art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA— se revela de gran trascendencia al exigir la autorización de entrada no solo para acceder al domicilio sino también a los «*restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular*», en el marco de la ejecución forzosa de actos administrativos.

Dada la amplitud de supuestos en los que la Administración Pública recurre a la ejecución forzosa, no resulta en absoluto baladí la interpretación que se haga del precepto allí donde impone la autorización para acceder a otros espacios. Junto al artículo 91.2 de la LOPJ, se verá que existen varios supuestos en los que la normativa sectorial impone de forma explícita la autorización judicial de entrada para acceder a espacios no domiciliarios en determinados marcos de la actividad administrativa. Supuestos que, a pesar de escasos, no dejan de ser indicativos de que el legislador reputa la autorización judicial de entrada como un mecanismo apto y necesario para cohonstar el ejercicio de las potestades administrativas con otros derechos distintos a la inviolabilidad domiciliaria. A la vista de esta legislación y de la voluntad del legislador que en ella se manifiesta, merece la debida atención la determinación de esos otros derechos o bienes jurídicos distintos al del art. 18.2 de la CE que se tutelan por medio de la autorización de entra.

1. EL CONCEPTO DE ESPACIOS «CUYO ACCESO REQUIERA EL CONSENTIMIENTO DE SU TITULAR», SEGÚN EL ART. 91.2 DE LA LOPJ.

Como se ha visto en el primer capítulo, la vocación del originario artículo 87.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial era la de cubrir uno de los vacíos legales que provocaba la interpretación sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 22/1984 sobre el artículo 18.2 de la norma fundamental. En concreto pretendía determinar cuál era el juez competente para autorizar y legitimar mediante resolución judicial la entrada en el domicilio del interesado afectado por la actuación

administrativa. No a gusto de todos, inicialmente dicha competencia se otorgó a la jurisdicción penal mediante el artículo 87.2, hasta que en 1998 la aprobación de la LRJCA trasladara la competencia a los jueces de lo contencioso-administrativo y se operara la correspondiente reforma en la LOPJ, que actualmente en su artículo 91.2 establece lo siguiente:

Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en *los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular*, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración.

Resuelta la cuestión competencial, se suscitó un nuevo problema, esta vez de carácter interpretativo: ¿Qué debe entenderse por «domicilios y restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular»? y por tanto, ¿cuál o cuáles son los bienes jurídicos protegidos por la resolución judicial de autorización de entrada?

A. Las posibles exégesis del precepto.

La redacción del art. 91.2 de la LOPJ allí donde se refiere al domicilio y a otros lugares cuyo acceso dependen del consentimiento acoge dos incógnitas íntimamente relacionadas. De un lado, si la autorización de entrada se requiere para acceder además de a domicilios a otros lugares no domiciliarios. Y, de ser así, qué derecho o derechos quedan amparados junto a la inviolabilidad domiciliaria. Existen en este sentido tres grandes propuestas exegéticas entre las que se debate la doctrina.

De un lado, existe una línea interpretativa según la cual a través del artículo 91.2 de la LOPJ solamente debe entenderse protegido el derecho fundamental a la inviolabilidad domicilio. Algunos defienden esta exégesis, en atención al concepto de domicilio defendido por el Tribunal Constitucional, por lo que se añade la referida coletilla en el intento de positivizar el espíritu garantista del TC al hacer del concepto constitucional de domicilio un concepto amplio, tal como se definió inicialmente en la STC 22/1984 y posteriores pronunciamientos¹²⁵. Otros abogan también por una interpretación

¹²⁵ Este es uno de los motivos que PECES MORATE esgrime para excluir la exigencia de autorización para las entradas administrativas en propiedad privada. El autor lo expresa del siguiente modo: «Ante la indeterminación de lo que ha de estimarse como domicilio protegido constitucionalmente, no es de extrañar que el legislador utilizase en el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la expresión «restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular», que permite a la Administración, en todos aquellos casos que estime necesario, útil o conveniente por la ausencia de consentimiento o negativa del titular de tales edificios o lugares, pedir autorización al Juez de Instrucción, con el fin de evitar una ulterior acción ante la jurisdicción, tendente a invalidar la ejecución forzosa». Jesús Ernesto PECES MORATE, «La entrada en el domicilio o en otros lugares cerrados para la ejecución de actos de la Administración. Hacia un modelo garantista», en *Jueces para la democracia*, núm. 21, 1994, p. 46.

restringida limitando la necesidad de autorización a las entradas en domicilios, apoyándose en fundamentos varios¹²⁶.

De otro lado, en atención a la pura literalidad del texto, algunos autores interpretan que a través del artículo 91.2 de la LOPJ no sólo se exige la autorización para acceder al domicilio, sino también a otros lugares ya que el precepto utiliza la conjunción copulativa «y» sumando al domicilio otros espacios cuyo acceso dependa del consentimiento del titular; espacios que, por oposición al concepto de domicilio, se definen como espacios constitutivos de propiedad privada. Así se postula que la autorización judicial no solo protege el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, sino también el derecho a la propiedad privada. La mayoría de la doctrina apunta esta exégesis, sin que ello implique que en no pocos supuestos se incorpore un apunte crítico a esta ampliación legislativa del ámbito de protección de la autorización al derecho a la propiedad privada¹²⁷.

¹²⁶ En este sentido, César SEMPERE RODRÍGUEZ apela a una interpretación teleológica y restrictiva ya que, de lo contrario, se «olvidaría la relación funcional existente entre la protección de la intimidad y el domicilio y vulneraría la distinción constitucional entre domicilio (art. 18.2) y propiedad privada (art. 33), vaciando además de contenido el principio de autotutela administrativa». Y sigue más adelante: «No comparto esta interpretación amplia del precepto, entiendo que debe interpretarse restrictivamente, limitando la necesidad de autorización judicial para la entrada a efectos de ejecución de los actos administrativos a los lugares que constituyan la vivienda (...) o sean manifestaciones de la vida privada (...)», en Oscar ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. II, Madrid, Cortes Generales Editoriales de Derecho reunidas, 1997, p. 428-430. También PECES MORATE defiende que el artículo 87.2 de la LOPJ (actual 91.2) impone la autorización para acceder a espacios cerrados «cuando la Administración [la] precise (...), ahora bien la norma que determine la necesidad de solicitar tal autorización habrá de ser otra [distinta a la LOPJ]». Jesús Ernesto PECES MORATE, «La entrada en el domicilio o en otros lugares cerrados para la ejecución de actos de la Administración. Hacia un modelo garantista», en *Jueces para la democracia*, núm. 21, 1994, pp. 42 y ss. En argumentos similares fundamenta MACÍAS CASTAÑO la exclusión de la propiedad privada del ámbito de tutela de la autorización judicial de entrada. José María MACÍAS CASTAÑO, «El desahucio administrativo: la problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 127, 2005, pp. 502 y 506-507. También aboga por la exclusión de la propiedad privada, Antonio Pablo RIVES SEVA, «La autorización judicial de entrada en domicilio para la ejecución forzosa de los actos de la Administración», [en línea], marzo de 2012, disponible en web: <<http://noticias.juridicas.com/articulos>>. Ruíz LÓPEZ opina que debe restringirse la imposición de la autorización judicial únicamente al domicilio inviolable y postula que el único argumento válido para defender lo anterior es la interpretación restrictiva del art. 91.2 de la LOPJ. Miguel Ángel Ruíz LÓPEZ, «La autorización judicial de entrada en el domicilio como límite sustantivo a la ejecución de las potestades administrativas» [en línea], julio de 2012, disponible en web: <<http://www.urbeetius.org>>.

¹²⁷ Entre la mencionada doctrina, se incluyen los siguientes autores: Rogelio GÓMEZ GUILLAMÓN, «El artículo 87.2 de la LOPJ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. 23, 1991, pp. 73-85; Francisco SANZ GANDÁSEGUI, «La ejecución de los actos administrativos que requieren entrada en domicilio», en *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1.688, 1993, pp. 148-150; Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, pp. 529-533; Carlos GIÓN SUÁREZ, «La protección de la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución administrativa: artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», en Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ y Manuel ARAGÓN REYES (coords.), *La Constitución y la práctica del derecho*, vol. 2, 1998, p. 1.008; Severiano FERNÁNDEZ

Por último, algunos autores postulan la exégesis según la cual la autorización se exige para acceder al domicilio y también a otros espacios, ahora bien, la voluntad del legislador no es la de tutelar el derecho a la propiedad privada, sino el derecho a la intimidad o incluso, en un sentido mucho más amplio, la privacidad de los administrados afectados por la ejecución administrativa¹²⁸.

Lo cierto es que la letra del precepto puede dar pie a cualquiera de las anteriores propuestas exegéticas, siendo cada una de ellas defendibles. Ahora bien, más allá del sentido literal y propio de las palabras, es debido ahondar en el precepto y recurrir a otras vías interpretativas para llegar a su mejor comprensión¹²⁹. Además de la interpretación auténtica y aquella que atiende al contexto histórico —a las que me referiré a continuación— ante una redacción tan ambigua de la norma, desempeña un papel preponderante la jurisprudencia y su exégesis del precepto, así como las regulaciones posteriores en las que se incluye la autorización de entrada, esto es el contexto legislativo —a las que se dedican posteriores epígrafes.

En cuanto a la interpretación auténtica del precepto, ya se ha comentado en el primer capítulo que en los trámites parlamentarios no se halla clave alguna acerca del contenido que el legislador pretendía otorgar a dicho fragmento¹³⁰. La interpretación auténtica no sirve pues al fin que perseguimos.

Sin embargo, sí es relevante tener en cuenta el contexto temporal en que el precepto se formuló, ya que difiere de aquel en el que entró en vigor. Como apuntó Javier BARCELONA LLOP¹³¹, el origen del actual art. 91.2 de la LOPJ —en aquello relativo a

RAMOS, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Granada, Comares, 2002, pp. 290 y ss.; Fabio PASCUA MATEO, «Las entradas administrativas en inmuebles de propiedad privada», en Luís MARTÍN REBOLLO (dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, 2 vol., Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, vol. I., p. 909 y ss; Francisco LÓPEZ MENUDO, «La intervención del juez para la defensa del domicilio ¿y también de la propiedad?», en Luís MARTÍN REBOLLO (dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, 2 vol., Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, vol. II., pp. 1869-1907; Javier OLIVÁN DEL CACHO, «La autorización judicial para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular: aspectos prácticos», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 25, 2011, pp. 202-203.

¹²⁸ Manuel REBOLLO PUIG, «La actividad inspectora» [en línea], ponencia presentada en el VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, febrero de 2013, disponible en web: <www.aepda.es>; Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2012, p. 558.

¹²⁹ Según el artículo 3.1 del CC: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

¹³⁰ Me remito al epígrafe I.2.A del capítulo primero en el que se ha repasado la tramitación parlamentaria de referido artículo de la LOPJ.

¹³¹ Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, cit., p. 513.

«los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular»— no se halla en los boletines oficiales de las Cortes Generales de 1985, sino en los de 1980. Dicho precepto fue incluido en el Proyecto de LOPJ de 1980, el cual no prosperó, y que presentaba una redacción casi idéntica a la del antiguo artículo 87.2 de la LOPJ. En su artículo 101, dicho Proyecto establecía lo siguiente:

Corresponderá exclusivamente a los Jueces de Partido, y en casos de urgencia a los de Distrito, *autorizar en resolución motivada 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*¹³².

Tal como apuntan algunos autores¹³³, el hecho de que el precepto se redactara en 1980, a pesar de que entrara en vigor en 1985, descarta el argumento principal de las exégesis que postulan que solo se protege el domicilio constitucional. Difícilmente el legislador podía haber pretendido acoger el concepto amplio de domicilio que maneja el Tribunal Constitucional, porque en abril de 1980, fecha de publicación del Proyecto en el BOCG, no existía pronunciamiento constitucional alguno y, en particular, no se había pronunciado la sentencia 22/1984¹³⁴. No obstante, alguna otra doctrina señala que, cuando el legislador trasladó en 1985 el precepto en cuestión del Proyecto a la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, sí tuvo en cuenta la nueva conceptualización del domicilio constitucionalmente protegido y definido en la STC 22/1984, de modo que se *reinterpretó* el originalmente redactado en 1980 a la luz de la exégesis del Tribunal Constitucional del artículo 18.2 de la CE¹³⁵.

También en atención al contexto histórico en el que se ideó el precepto y en contra de presunción de la voluntad de proteger derechos patrimoniales frente a la ejecución administrativa, pesa la aquilatada tradición española de la potestad de autotutela y, en especial, la de la potestad de ejecución forzosa, con contados límites a su uso por parte de la Administración¹³⁶. Sin embargo, el contexto histórico del momento era esencialmente de renovación, impulsado por la nueva y flamante Norma Constitucional que tantos cambios auguraba para la Administración Pública. Contexto en el que el

¹³² BOGC, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 129-I, de 16 de abril de 1980, p. 895.

¹³³ Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, cit., p. 513; y Francisco LÓPEZ MENUDO, *op. cit.*, pp. 1894-1895.

¹³⁴ El TC se puso en marcha a partir del acuerdo de 30 de junio de 1980 del Colegio de Magistrados por el que se aprobó la constitución del Tribunal y se fijó el comienzo de sus funciones a los quince días, de modo que su primer pronunciamiento fecha de 11 de agosto de 1980. Según la base de datos del BOE de jurisprudencia constitucional y la página web del Tribunal Constitucional, el primer pronunciamiento del TC es el Auto núm. 1/1980, de 11 de agosto de 1980.

¹³⁵ En este sentido, Francisco LÓPEZ MENUDO, *op. cit.*, pp. 1894-1985.

¹³⁶ Francisco LÓPEZ MENUDO apunta esto mismo cuando afirma que «[n]o 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» Francisco LÓPEZ MENUDO, *op. cit.*, p. 1894.

Proyecto de LOPJ así como la posterior LOPJ bien pudieran haberse sumergido con la voluntad de proteger no solo el domicilio, sino también el derecho a la intimidad proyectado en otros espacios, en tanto que derechos fundamentales; o incluso la propiedad privada quizás por tratarse de un derecho de hondo arraigo social, quizás por la influencia de otros sistemas jurídicos en los que el alcance de la potestad de autotutela es mucho más restringido, quizás para legitimar mediante una resolución judicial aquellas actuaciones administrativas susceptibles de ser paralizadas por la vía interdictal.

Dicho todo esto, es preciso apuntar que tampoco existía ningún precepto de igual redacción en el marco jurídico español en el que se inspirar el legislador. Ahora bien, cabe presumir que la redacción del artículo 101 del Proyecto de LOPJ fuera fruto de la influencia de la normativa procesal penal, dada la larga tradición en la regulación de las entradas y registros de las instrucciones penales disciplinadas en la LECrim., que dedica el Título VIII del Libro II a la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica. En concreto, resultan especialmente relevantes los artículos 547.3, 550 y 554.2 de la Ley procesal penal, puesto que se refieren a la entrada en «otros edificios o lugares cerrados», fragmento similar al de la LOPJ (en todas sus versiones, art. 101 de 1980, art. 87.2 de 1985 y art. 91.2 de 1998), que también se refiere a «otros edificios o lugares», pero en lugar de «cerrados» son «de acceso dependiente del consentimiento del titular» según el anterior art. 87.2, o «cuyo acceso requiera el consentimiento del titular», según el actual art. 91.2 LOPJ¹³⁷. De la LECrim. interesa resaltar la previsión de que en el marco de las instrucciones penales el órgano judicial pueda decretar la entrada tanto en domicilios (art. 550), como en «[c]ualesquiera otros edificios o lugares cerrados *que no constituyeren domicilio* de un particular...» (arts. 546 y 547), pero solamente las entradas y registros domiciliarios exigirán que el juez dicte un auto motivado¹³⁸. Se desprende de

¹³⁷ Según Francisco LÓPEZ MENUDO «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.)». FRANCISCO LÓPEZ MENUDO, *op. cit.*, p. 1894.

¹³⁸ Transcribo a continuación los artículos de la LECrim. en cuestión.

Art. 545: Nadie podrá entrar en el *domicilio* de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes.

Art. 546: El Juez o Tribunal que conociere de la causa *podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos*, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación.

Art. 547: Se reputarán edificios o lugares públicos para la observancia de lo dispuesto en este capítulo:

1. (...).
2. (...).
3. Cualesquiera *otros edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio de un particular* con arreglo a lo dispuesto en el artículo 554.

ello que desde la perspectiva penal, se establece una distinción en los espacios domiciliarios y los cerrados, puesto que solo son dignos de protección por medio auto motivado —el equivalente a la autorización en sede contencioso-administrativa— los espacios domiciliarios, mientras que la entrada y registro en los cerrados que no constituyan domicilio decretará sin motivación¹³⁹. En parte pues, puede que el legislador se inspirara en la LECrim. pero de un lado, amplió el ámbito tutelado por el órgano judicial puesto que asocia la autorización para el entrada a todo lugar cuyo acceso queda sometida al consentimiento del titular y no solo a los cerrados; y del otro, equipara el nivel o intensidad de tutela del domicilio y de los espacios de acceso dependiente del titular.

Las anteriores son algunas de las posibles aproximaciones al precepto para desentrañar su significado y la posible voluntad del legislador en el momento de la redacción del Proyecto de la LOPJ y de la LOPJ en 1985. Sin embargo, no determinan cuál es la actual significación del precepto tras más de treinta años en la escena jurídica. Cuestión que sólo puede dilucidarse acudiendo a la interpretación y aplicación jurisprudencial del precepto en cuestión.

B. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante el art. 91.2 de la LOPJ.

La doctrina suele fijar su atención en la jurisprudencia constitucional para dilucidar cuál es el contenido del artículo 91.2 de la LOPJ. Pero cabe avanzar ya que el análisis de la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución en este sentido debe ser realizado con sumo tiento. Como veremos, los pronunciamientos constitucionales que suelen citarse e interpretarse con el fin de conocer el contenido del artículo tienen por objeto resolver en sede de amparo sobre la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, de modo que difícilmente entran a desentrañar el contenido del artículo 91.2 de la LOPJ, sino que se concentran en el alcance de la inviolabilidad domiciliaria del artículo 18.2 de la CE. Por ello suelen resaltarse fragmentos de sentencias o autos que han sido pensados y redactados al margen del precepto de la LOPJ y de la

4. (...).

Art. 550: Podrá asimismo el Juez instructor ordenar en los casos indicados en el artículo 546 la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en *cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio* de cualquier español o extranjero residente en España, pero precediendo siempre el *consentimiento* del interesado conforme se previene en el artículo 6 de la Constitución, o *a falta de consentimiento, en virtud de auto motivado*, que se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado.

Art. 554: Se reputan domicilio, para los efectos de los artículos anteriores:

1. (...).

2. El *edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación* de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia.

3. (...).

¹³⁹ Véase a modo de ilustración de lo anterior el FJ 3.º de la STS 457/2007, de 29 de mayo (RJ 2007/4816).

disyuntiva interpretativa que plantea su redacción, lo que a mi entender puede llegar a desvirtuar la jurisprudencia constitucional y su valor interpretativo.

Creo que el mejor modo de emprender el análisis de la jurisprudencia constitucional es fijando inicialmente de forma clara y precisa la cuestión a resolver —a pesar del riesgo de reiteración. A saber: ¿«los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular» del artículo 91.2 de la LOPJ entran dentro del concepto constitucional de domicilio? Y, de no ser así, ¿qué derecho se tutela al imponerse la autorización judicial para acceder a los mismos?

Como punto de partida debe tomarse en consideración la clara distinción entre domicilio y propiedad privada en la que insiste reiteradamente el TC a efectos de delimitar el ámbito de protección del artículo 18.2 de la CE. Distinción que el Tribunal establece con meridiana claridad en la STC 69/1999, cuando afirma que «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 art. 18.2 CE garantiza [SSTC 149/1991, fundamento jurídico 6.º y 76/1992, fundamento jurídico 3.º b), así como, respecto a distintos locales, los AATC 272/1985, 349/1988, 171/1989, 198/1991, 58/1992, 223/1993 y 333/1993]. 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 los terceros»¹⁴⁰. En líneas generales el Tribunal Constitucional se ha mantenido firme en esta postura al enjuiciar los casos en los que se alegaba la vulneración de la inviolabilidad domiciliaria: a través del artículo 18.2 CE se protege la inviolabilidad del domicilio, no la propiedad privada¹⁴¹.

Como se apuntaba, cierto es también que en la mayoría de sus pronunciamientos el Tribunal Constitucional no ha emprendido la interpretación del alcance del art. 91.2 LOPJ al resolver recursos de amparo en los que se alegaba la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio respecto de espacios que muy dudosamente cumplían la

¹⁴⁰ Como se ve, no es esta la primera sentencia en la que el TC establece la necesaria distinción entre el domicilio constitucionalmente protegido y la propiedad privada, muestra de lo cual es la jurisprudencia que en el fragmento reproducido el mismo Tribunal aduce. Sin embargo, me he permitido tomar como punto de partida esta sentencia del año 1999, por la claridad y contundencia de los términos en que se expresa. Se cita el FJ 2.º de la STC 69/1999, de 26 de abril (JUR 1999/69)

¹⁴¹ Resulta esta distinción aceptada por la mayor parte de la doctrina, que coincide en disociar el domicilio constitucionalmente protegido de la propiedad privada. Entre otros, Pedro José GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *La inviolabilidad de domicilio*, cit., pp. 55 y ss.; Francisco Javier MATÍA PORTILLA, *El derecho a la inviolabilidad del domicilio*, cit., pp. 10-34; Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de actos administrativos*, cit., p. 542; Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, «El derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la actuación inspectora», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 17, 2000, pp. 228-231; el mismo autor en *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Granada, Comares, 2002, pp. 208-284.

condición de domicilios y sobre los cuales, en virtud de la LOPJ, se había concedido la autorización de entrada¹⁴². Ya fuere porque no solo se alegaba la vulneración del 18.2 de la CE, sino de otros derechos fundamentales, ya porque no se alegaba directamente la vulneración de la inviolabilidad domiciliaria, ya porque existía una resolución judicial que amparaba la entrada, en estos supuestos el Tribunal ha podido dictar sentencia o auto sin necesidad de pronunciarse sobre el alcance de los conceptos en cuestión del artículo 91.2 de la LOPJ. En la mayoría de estos supuestos, además, el máximo exegeta de la Constitución se ha pronunciado en sentido desfavorable al recurrente. Es decir, ha desestimado el amparo o no ha admitido el recurso, de modo que para resolver la cuestión de fondo era irrelevante a efectos constitucionales la interpretación de la legalidad ordinaria, función que corresponde entonces a los órganos judiciales ordinarios, no al Tribunal Constitucional.

No obstante, sí existen pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional ha afrontado directamente la interpretación del anterior artículo 87.2 de la LOPJ. Sin ánimo de valorar si la interpretación de la LOPJ correspondía al TC en dichos

¹⁴² Francisco LÓPEZ MENUIDO califica estos pronunciamientos constitucionales como «acríticos» y cita como ejemplos las SSTC 144/1987, de 23 de septiembre, 171/1997, de 14 de octubre, y la 92/2002. Francisco LÓPEZ MENUIDO, *op. cit.*, pp. 1900-1901. José María MACÍAS CASTAÑO también cita alguna jurisprudencia constitucional en la que, como afirma el autor, el TC preocupado por otros extremos como la función del juez que autoriza, «se olvida en ocasiones de verificar que el lugar donde se pretende hacer la entrada, y que ha motivado el recurso concreto que examina, es efectivamente un domicilio». Cita como ejemplos las SSTC 137/1995 y 144/1987, y los AATC 258/1990 y 198/1991. José María MACÍAS CASTAÑO, *op. cit.*, p. 504.

Ejemplo paradigmático de esta «despreocupación» por delimitar el concepto de domicilio, es la STC 69/1999, en la que el TC pone de manifiesto la falta de elementos de juicio suficientes para entrar a valorar si el espacio en cuestión podía considerarse o no como domicilio de la persona jurídica y, a pesar de ello, entra en el fondo del asunto, convirtiéndose en una de las más importantes sentencias sobre el contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas.

Cabe insistir, ante los pronunciamientos utilizados como ejemplos, en el hecho de que en todos ellos el fallo del Tribunal ha sido desestimatorio, de modo que existían motivos suficientes para denegar el amparo, sin necesidad de entrar a discurrir sobre el concepto de domicilio y su extensión al resto de lugares o edificios.

Existen otros supuestos, sin embargo, en los que el Tribunal también omite establecer si el espacio en el que se pretende la entrada es un domicilio, pero concede igualmente el amparo. Buen ejemplo de ello es la STC 27/2002, de 11 de febrero (RTC 2002/27). Se trata de un procedimiento de embargo por la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social del derecho de traspaso sobre un local de negocio, en concreto, un negocio de hostelería. Recordemos, en primer lugar, que los bares, restaurantes, pubs, etc. no reciben la consideración de domicilios. El recurrente alega la vulneración del 24.1 CE por falta de motivación de los autos por los que se autorizó la entrada en el local, así como la vulneración de la inviolabilidad domiciliaria del artículo 18.2 CE con fundamento entre otros, en la falta de motivación de los autos de autorización. El TC estima la vulneración del 24.1 CE, sin ocuparse directamente del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, pero parece deducirse que si los autos que autorizaron la entrada atentaron contra el derecho fundamental del 24.1 CE, la entrada conculcaba la inviolabilidad del domicilio.

supuestos¹⁴³, el Tribunal se ha pronunciado en todos, excepto en uno de estos, en un mismo sentido: la autorización judicial de entrada que recogía el antiguo art. 87.2 de la LOPJ —correspondiente al actual art. 91.2— no solo protege el domicilio constitucional, también la propiedad privada. Dada la importancia de estos pronunciamientos, reiteradamente citados por jurisprudencia constitucional posterior, así como por la jurisprudencia menor y de los tribunales superiores de justicia, debe dedicárseles un breve comentario.

En primer lugar, debe hacerse referencia al ATC 198/1991, de 1 de julio¹⁴⁴, que trae causa en un acto cuya ejecución requiere la entrada en un kiosco de bebidas, un espacio que carece a todas luces de las características del domicilio protegido constitucionalmente. Ante la alegación del recurrente de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por no aplicarse el sistema de recursos previstos en la LECrim., el Tribunal justifica esta circunstancia en la distinta naturaleza de las resoluciones dictadas por el juez de instrucción al amparo de las normas penales y las dictadas según el artículo 87.2 de la LOPJ. En el fundamento jurídico 3.º, el TC explica cuál es la atribución competencial que la LOPJ confiere a los jueces de instrucción, en los siguientes términos:

El art. 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.

El contenido del anterior art. 87.2 de la LOPJ está aquí más que claro para el Tribunal Constitucional. Según el fragmento transcrito, para el Tribunal no hay duda de que la Ley Orgánica del Poder judicial no solo exige autorización para acceder a domicilios, sino también a otros espacios. Dicha interpretación es más que evidente cuando se refiere tanto a la protección de la intimidad, como a la tutela de la propiedad, dos bienes jurídicos absolutamente distintos, pero que exigen por igual la autorización judicial de entrada. Pero, por si ello fuera poco, sigue un poco más adelante el Tribunal con la siguiente afirmación:

(...) basta con el examen de legalidad que prima facie efectúa el Juez de Instrucción del expediente administrativo que le es sometido a su consideración para solicitar la entrada, *aquí en lugar cerrado*, que requiere necesariamente la ejecución de una resolución administrativa. (La cursiva es mía.)

¹⁴³ Al respecto de la interpretación del TC del artículo 87.2 de la LOPJ, José María MACÍAS CASTAÑO opina que el TC ha incurrido en «cierto exceso (...) en la interpretación de la legalidad ordinaria». José María MACÍAS CASTAÑO, *op. cit.*, p. 504.

¹⁴⁴ ATC 198/1991, de 1 de julio (RTC 1991/198).

Finalmente, el Tribunal inadmite la demanda de amparo «por carecer manifiestamente de contenido constitucional».

En segundo lugar, merece especial mención la STC 76/1992, de 14 de mayo¹⁴⁵, en la que se resuelven varias cuestiones de inconstitucionalidad. Entre ellas, una dirigida contra el artículo 87.2 de la LOPJ por vulneración del artículo 117.3 de la CE al atribuir a los jueces una función automática y ajena a la función de juzgar y ejecutar lo juzgado, y del artículo 24.2, por vulnerar el principio de juez predeterminado por la ley. El Tribunal, que no halla tacha de inconstitucionalidad en el artículo 87.2, discurre sobre las funciones que la LOPJ atribuye a los jueces de instrucción, que son dos: autorizar las entradas en domicilios y en otros lugares. Así se afirma en el FJ 3.º.a):

(...) el Juez de Instrucción, al que se le solicita la autorización para entrar en domicilio o en los lugares indicados en el artículo 87.2 de la LOPJ, no actúa de un modo automático.

También en el FJ 3.º.b), donde el TC prosigue su argumentación sobre las funciones atribuidas al juez que autoriza las entradas, afirmando que actúa como:

(...) el Juez de la legalidad de la entrada en el domicilio y en los demás lugares enumerados en el art. 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 dependiente del consentimiento de sus titulares” que es el supuesto de las autorizaciones para la entrada en fincas rústicas instadas en este caso del Juez ponente.

De nuevo también en el FJ 3.º.b), se insiste en la dualidad de ámbitos protegidos, aunque no de una forma tan clara, cuando entre las funciones del juez se incluye la siguiente:

(...) asegurarse de que la ejecución de ese acto requiere efectivamente la entrada en el domicilio o lugares asimilados a él por el artículo 87.2 LOPJ.

Aquí debe entenderse que la asimilación al domicilio se produce en tanto que también se exige la autorización judicial de entrada para acceder a la otros espacios no domiciliarios, como si de un domicilio se tratara a pesar de no serlo¹⁴⁶.

¹⁴⁵ STC 76/1992, de 14 de mayo (RTC 1992/76).

¹⁴⁶ Es preciso advertir ya que no en poca jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia se recurrirá a la expresión «domicilio y lugares asimilados a él» utilizada en la STC 76/1992, con la aparente intención de obviar la propiedad privada como ámbito protegido por el artículo 91.2 de la LOPJ. Sin embargo, debe tenerse presente en todo momento el contexto en el que el TC insiere dicha frase, del que claramente se desprende la interpretación de que junto al domicilio el precepto aludido protege la propiedad privada. Entre otras, la STSJ de Asturias 34/2001, de 11 de mayo (JUR 2001/198405) y la STSJ de Cataluña 650/2002, de 5 de julio (JUR 2002/278670).

En tercer lugar, destaca la STC 283/2000, de 27 de noviembre¹⁴⁷. En esta Sentencia el Tribunal Constitucional desestima un recurso de amparo en el que se alega, entre otros, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio al haberse producido el cierre y clausura de un local de hostelería y un almacén. En su argumentación jurídica, el Tribunal empieza por dilucidar si se vulnera el derecho fundamental del artículo 18.2 CE (FJ 2.º). Entiende que el recurrente «no ha acreditado que el establecimiento de hostelería y el almacén (...) constituyan domicilio a efectos del artículo 18.2 CE» y a renglón seguido se enumeran los elementos esenciales del domicilio constitucionalmente protegido —básicamente su necesaria vinculación con el desarrollo de la intimidad. Y seguidamente, se incluye uno de los fragmentos que más fácilmente puede inducir a confusión, por lo que se transcribe íntegramente a continuación:

Si bien es cierto que en la STC 76/1992, de 14 de mayo, F. 3 b), dijimos que el art. 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 de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares», y *por consiguiente se estaba en principio en el campo de aplicación del art. 87.2 LOPJ* [por tratarse el establecimiento de hostelería y el almacén de lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular], no lo es menos que 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. Es más, dado que en el encabezamiento de la demanda de amparo el propio señor B. identificó expresamente ambos espacios como «locales» y, ya en el cuerpo del escrito, como «bar» y como «almacén», existe la presunción de que *no son domicilios, en el sentido expresado y protegido por el art. 18.2 CE.* (La cursiva es mía.)

A mi juicio, lo que el Tribunal manifiesta en el anterior fragmento es que, del hecho de que el acceso al local de hostelería y al almacén requiera autorización judicial de entrada por estar «en principio en el campo de aplicación del art. 87.2 LOPJ», no debe inferirse que se tratan de domicilios constitucionalmente protegidos por el artículo 18.2 de la CE. Más si se tiene en cuenta que el mismo recurrente los califica como bar y almacén, y no acredita que dichos espacios constituyen su domicilio. Se deduce de ello, que el Tribunal Constitucional sigue admitiendo que el artículo 87.2 LOPJ exige la resolución judicial de autorización de entrada tanto en el supuesto de domicilios como de restantes lugares la entrada a los cuales dependa del consentimiento del titular¹⁴⁸.

¹⁴⁷ STC 283/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000/283).

¹⁴⁸ Esta misma interpretación del fragmento de la STC 283/2000 hace José María MACÍAS CASTAÑO, *op. cit.*, p. 505. En contra, Francisco LÓPEZ MENUDO, quien entiende que en ese pasaje se «hace una interpretación reductora en el sentido de que pone en equivalencia con el domicilio los

Cabe añadir aquí otros pronunciamientos en los cuales el Tribunal Constitucional, a pesar de no abordar frontalmente como en los anteriores la interpretación del artículo 87.2 de la CE, se pronuncia claramente sobre su alcance. En concreto, merecen ser destacadas la STC 69/1999 y la STC 10/2002.

La STC 69/1999, de 26 de abril¹⁴⁹, suele citarse cuando se explica el contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, por haberse concretado en esta Sentencia la línea jurisprudencial sentada en la STC 137/1995. Quizás por ello, haya pasado inadvertido un fragmento especialmente relevante en la interpretación del artículo 91.2 de la LOPJ. En el fundamento jurídico tercero, el Tribunal advierte que en el supuesto enjuiciado se carece de suficientes elementos de cognición para esclarecer si los espacios en los que se realizaron las entradas revisten la condición de domicilios constitucionalmente protegidos, pero que a pesar de ello existen otros criterios que permiten enjuiciar el caso. Entre tanto, se afirma lo siguiente:

En efecto, no existe certeza de que dicho local comercial pudiera estar abierto al público y, por tanto, sólo es oportuno señalar que, si así fuera, no cabría considerar que en ese espacio pueda producirse una vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio; al igual que no se produciría en aquellos locales, *aun de acceso sujeto a autorización*, donde se lleva a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de una sociedad mercantil que no está vinculada con la dirección de la sociedad o de un establecimiento ni sirva a la custodia de su documentación. Y lo único que resulta evidente de dichas actuaciones es que *la autorización judicial no se refería al domicilio legal de la sociedad mercantil recurrente, sino a un local de la que era titular*, en el que existía al menos en parte, un ámbito de actividad enteramente *ajeno al concepto de domicilio de las personas jurídicas constitucionalmente protegido*, ya que en él se encontraban los equipos cuya venta al público se pretendía impedir mediante su precinto. Lo que aparentemente nos situaría en un supuesto similar al resuelto por el ATC 171/1989. (La cursiva es mía.)

Aunque no se haga referencia explícita al anterior artículo 87.2 de la LOPJ, resulta claro que las autorizaciones a las que se refiere el Tribunal son las que dicho precepto prevé para las entradas en «los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el

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». FRANCISCO LÓPEZ MENUDO, *op. cit.*, p. 1898. También en contra Agustín GARCÍA URETA, *El domicilio y su régimen jurídico*, Bilbao, Lete, 2007, pp. 200-202.

¹⁴⁹ STC 69/1999, de 26 de abril (RTC 1999/69).

consentimiento del titular» o, en otras palabras, espacios ajenos al domicilio constitucionalmente protegido.

En esta misma línea interpretativa parece incluirse la más reciente STC 10/2002, de 17 de enero¹⁵⁰, referenciada principalmente por declarar inconstitucional el artículo 557 de la LECrim., al estimar que las habitaciones de hotel también pueden reputarse domicilios. En dicho pronunciamiento, el TC hace hincapié especialmente en los elementos definitorios del concepto constitucional de domicilio y en las exclusiones que de su caracterización se derivan. Se excluyen del concepto de domicilio, según se afirma en el FJ 6.º *in fine*, los locales destinados a almacén de mercancías, los bares y almacenes, las oficinas de una empresa, los locales abiertos al público o de negocios, así como «los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares a los que el art. 87.2 LOPJ extiende la necesidad de autorización judicial para su entrada y registro [STC 76/1992, de 14 de mayo, F. 3 b)]».

Se constata así, a mi entender, una consolidada línea interpretativa establecida por el Tribunal Constitucional según la cual, el anterior artículo 87.2 de la LOPJ y hoy el actual artículo 91.2 de la misma Ley, tienen por objeto no solo la imposición de la autorización judicial de entrada en los supuestos en los que se afecte un domicilio constitucionalmente protegido, sino también otros espacios sobre los cuales el titular dispone y ejerce el derecho de exclusión, en tanto que el acceso a los mismos depende de su consentimiento, pero que en ningún caso podrá considerarse domicilios.

Existe, sin embargo, un pronunciamiento del TC en el que esta línea interpretativa quiebra. Se trata de la STC 50/1995, de 23 de febrero¹⁵¹, que enjuicia la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, y de otros derechos fundamentales, a raíz de las actuaciones inspectoras llevadas a cabo por Hacienda en el domicilio del obligado tributario. El Tribunal dedica el fundamento jurídico 5.º al análisis del derecho a la inviolabilidad del domicilio, describiendo su contenido y límites según establece el artículo 18.2 CE. Se remite entonces al artículo 87.2 de la LOPJ a través del cual «se encomienda la función tuitiva a los Jueces de Instrucción, encuadrados en el orden penal (...)». Y seguidamente, afirma:

A tal efecto, 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 (...).

La claridad del fragmento no deja lugar a dudas. Aquí el Tribunal interpreta que el artículo 87.2 de la LOPJ protege un único bien jurídico: la inviolabilidad del domicilio.

¹⁵⁰ STC 10/2002, de 17 de enero (RTC 2002/10).

¹⁵¹ STC 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995/50).

Si no incurrir en error o descuido, los anteriores son los únicos pronunciamientos en los que de un modo más o menos explícito el Tribunal Constitucional se pronuncia respecto de la interpretación del que es hoy el artículo 91.2 de la LOPJ. Ello justifica que se atienda especialmente a estos pronunciamientos para establecer cuál es el contenido del precepto de la LOPJ según el parecer del Tribunal Constitucional, dejando de un lado aquellos en los que el Tribunal omite hacer una interpretación de la legalidad ordinaria cuando no es preciso para emitir su fallo. De estos autos y sentencias constitucionales que cumplen su función con independencia del contenido del artículo 91.2 de la LOPJ, no puede deducirse ni en un sentido ni en otro el contenido del artículo. No porque el TC deje referirse a los «restantes lugares y edificios» y afirme que mediante la LOPJ pretende protegerse la inviolabilidad domiciliaria, debe inferirse que los subsume al concepto de domicilio constitucionalmente protegido; del mismo modo que tampoco puede concluirse que ello implique una asunción tácita de la protección de la propiedad privada por la LOPJ y que precisamente esto sea lo que motive que en sede de amparo el Tribunal Constitucional obvie ocuparse de derechos que no son fundamentales.

Dicho lo anterior, pueden extraerse conclusiones acerca de la interpretación del artículo 91.2 LOPJ según la jurisprudencia constitucional aquí citada que, excepto en uno de dichos pronunciamientos, en todos se mantiene en la misma exégesis. En 1991, el ATC 198/1991 abre la vía interpretativa dualista: tanto el domicilio como otros espacios no domiciliarios vienen protegidos por la autorización judicial. Sin embargo, en 1995, parece que mediante la STC 50/1995 quiera darse un giro a dicha interpretación: los restantes lugares y edificios deben subsumirse bajo el concepto amplio de domicilio constitucionalmente protegido. Pero el Tribunal no tardó en retomar la interpretación inicialmente fijada por el auto mencionado y de nuevo la sentencia 72/1996 distinguió entre domicilio y otros espacios como bienes tutelados por la LOPJ. A la vista de las sentencias 69/1999, 283/2000 y 10/2002, parece que el Tribunal Constitucional se mantenga firme en esta postura hasta fecha de hoy. La LOPJ no sólo contempla la potestad de los jueces de lo contencioso para autorizar entradas en los domicilios constitucionalmente protegidos; también son competentes para autorizar las entradas en los «restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular», es decir, espacios que no encajan dentro del concepto constitucional de domicilio.

Ahora bien, el hecho de que desde la perspectiva y el reposo del estudio académico pueda deducirse una tendencia interpretativa en la jurisprudencia constitucional, no obsta que sea contradictoria internamente en virtud de la STC 50/1995. Contradicción que ha desencadenado entre la jurisprudencia menor y de los tribunales superiores de justicia la coexistencia de las dos posibles vías interpretativas del artículo 91.2 de la LOPJ.

Cuestión distinta es la determinación de qué bien jurídico o derecho se tutela con la imposición de la autorización para acceder a espacios de acceso dependiente del titular, cuestión que el TC no aborda en ningún caso. Como se recordará, solo en el ATC 198/1991 el Tribunal opone el derecho a la intimidad protegido por la inviolabilidad domiciliaria al derecho a la propiedad privada protegido por el art. 91.2 de la LOPJ, sin que en ningún otro pronunciamiento se refiera al derecho del art. 33 de la CE para describir el contenido protegido al exigirse la autorización para acceder a otros espacios. Sin embargo, tampoco se refiere al derecho a la intimidad del art. 18.1 de la CE, el cual de considerarse salvaguardado por la autorización de entrada en lugares no domiciliarios debería haber sido tenido en cuenta por el TC, en tanto que derecho fundamental susceptible de amparo; extremo este de suma importancia, a mi juicio, para dilucidar el bien jurídico tutelado.

C. La interpretación de los tribunales superiores de justicia.

En este viaje interpretativo por el artículo 91.2 de la LOPJ no puede olvidarse la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, que adquiere trascendental relevancia. Y es que será en último término la interpretación jurisprudencial sentada por nuestros TSJ la que acabará por conformar el contenido del aludido precepto, en tanto que son estos los encargados de la interpretación de la legalidad ordinaria. El estudio jurisprudencial se trata, además, de un aspecto que la mayoría de la literatura doctrinal existente en torno de la autorización judicial de entrada no aborda —la mayoría de ella por haber sido escrita cuando aún la jurisprudencia al respecto era parva o haber incidido en aspectos cuya trascendencia jurisprudencial era otra—, motivo que redobla el interés de su análisis¹⁵².

El hecho es que transcurridos más de diez años desde que la jurisdicción contencioso-administrativa asumiera la competencia, son bien abundantes entre la jurisprudencia de los TSJ las resoluciones atinentes a la solicitud de autorización judicial de entrada¹⁵³. La atención se ha centrado en la dictada en los años más recientes, aunque sin olvidar aquella más destacada de los precedentes. Al respecto, de forma preliminar, pueden avanzarse las siguientes observaciones. De un lado, la Administración presenta por igual solicitudes tanto para acceder al domicilio como a espacios que en ningún caso pueden considerarse domicilios, de modo que parece clara la asunción por parte de la Administración de que la autorización judicial de entrada se exige tanto para penetrar

¹⁵² A excepción del reciente trabajo de Francisco LÓPEZ MENUIDO, «La intervención del juez para la defensa del domicilio y también de la propiedad?», *cit.*, en el que el autor incide especialmente en el papel de la jurisprudencia en la interpretación del artículo 91.2 de la LOPJ.

¹⁵³ Es cuestión de consultar las bases de datos jurisprudenciales para constatarlo. No obstante, me parece oportuno mencionar que en las más recientes Memoria de la Abogacía General del Estado (véanse las de 2007 y 2008), esto mismo se pone de manifiesto por las Abogacías del Estado de distintas comunidades autónomas. Dichas memorias pueden consultarse en la página web de la Abogacía General del Estado, a través del portal del Ministerio de Justicia (<http://www.mjusticia.es>).

en el domicilio constitucionalmente protegido, como para acceder a espacios sobre los cuales el titular dispone de la facultad de exclusión, a los que por oposición se refieren como espacios constitutivos de propiedad privada. De otro lado, se observa que el fallo de la mayoría de las resoluciones implica la concesión de la autorización judicial de entrada, mayoritariamente confirmando la sentencia de instancia, aunque también revocándola. Según LÓPEZ MENUDO, que coincide con estas observaciones, se desprende de ello que las Administraciones han «abdicado (...) de defender una suerte de fuero propio, inherente al principio de autotutela» —al ser abundante la petición de solicitudes con abstracción del lugar al que se dirija la actuación administrativa. A su vez, entiende que la excepcionalidad de las resoluciones que deniegan la entrada implica un «inequívoco *fumus* de que la institución se ha acabado impregnando de automatismo con la consiguiente merma de garantías que ello conlleva»¹⁵⁴.

Si bien es cierto que gran número de resoluciones han sido dictadas a raíz del recurso interpuesto por el administrado —es decir, en instancia la autorización suele ser concedida—, es preciso tener en cuenta que existen no pocas sentencias que responden al recurso interpuesto por la Administración, de modo que en instancia también existen los supuestos en los que la autorización se deniega. Cuestión distinta es discernir las causas en que se fundamentaba dicha denegación. En todo caso, afirmar que el concurso judicial se ha convertido en un mero automatismo es una cuestión que no puede dilucidarse solo en atención a los numerosos fallos que autorizan la penetración en la propiedad privada, dado el tenor literal del artículo 91.2 de la LOPJ y de la tendencia observada en la legislación posterior (como más adelante se verá); sino que el automatismo se verificará, de existir, en atención a los fundamentos jurídicos y, especialmente, motivación que incorporen dichas resoluciones¹⁵⁵.

Hechas las anteriores apreciaciones, procede el estudio de la aludida jurisprudencia. LÓPEZ MENUDO —a quien de nuevo me remito por haber sido este el único autor que ha profundizado en el estudio jurisprudencial en este sentido— establece al respecto una triple distinción. Distingue, por un lado, las resoluciones que defienden que el artículo 91.2 de la LOPJ solo protege el domicilio constitucionalmente protegido; por otro lado, aquellas que estiman que junto al domicilio se protege la espacios no

¹⁵⁴ Francisco LÓPEZ MENUDO, «La intervención del juez para la defensa del domicilio ¿y también de la propiedad?», *cit.*, p. 1.879.

¹⁵⁵ No porque en la mayoría de ocasiones la Administración obtenga la autorización tanto para penetrar en el domicilio como en la propiedad privada, debe desdeñarse la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, al haber estos asumido, especialmente en los últimos años, la ardua tarea de compleción del marco jurídico regulador de la autorización judicial de entrada ante el vacío legal al respecto. Ello no obstante, es claro que existen sentencias que adolecen de la falta de un razonamiento y motivación proporcionales a la potestad de administrativa afectada y al bien jurídico protegido, especialmente cuando es la inviolabilidad del domicilio el derecho en juego, lo cual se pone de manifiesto en algunas resoluciones de los TSJ en los que se revoca la autorización concedida en instancia por falta de motivación suficiente. Así en la STSJ del País Vasco 693/2005, de 14 octubre (JUR 2006/59488) o la STSJ de Cataluña núm. 753/2008, de 30 julio (JUR 2009/4693).

domiciliarios o constitutivos de propiedad privada; y, en tercer lugar, alude a un «grupo de sentencias que no toman partido, es decir, *acríticas*»¹⁵⁶. Debe mantenerse esta triple distinción, a la que se añaden algunas matizaciones.

- a. *Jurisprudencia que defiende el domicilio como único bien jurídico protegido por la autorización judicial de entrada.*

LÓPEZ MENUDO se refiere a un grueso de jurisprudencia según la cual el único bien jurídico protegido por la autorización judicial de entrada en el artículo 91.2 de la LOPJ es el domicilio constitucionalmente protegido. Si bien es cierto que no falta jurisprudencia de la que se desprenda la anterior afirmación, es preciso ante todo advertir que las resoluciones en las que un Tribunal Superior de Justicia haya denegado la autorización judicial de entrada por ser esta innecesaria, es decir, por pretenderse el acceso a un espacio ajeno al domicilio y, por tanto, fuera del ámbito protegido por el artículo 91.2 de la LOPJ, son realmente excepcionales —salvo error o descuido en la búsqueda jurisprudencial realizada^{157, 158}. No obstante, a pesar de ser excepcionales los

¹⁵⁶ Francisco LÓPEZ MENUDO, «La intervención del juez para la defensa del domicilio ¿y también de la propiedad?», *cit.*, pp. 1.880-1.884.

¹⁵⁷ Solo ha sido posible localizar un pronunciamiento en dicho sentido: la STSJ de Asturias 34/2001, de 11 mayo (JUR 2001/198405), en la que el Tribunal resuelve el recurso interpuesto por la Administración frente a la denegación de la autorización en instancia. El Tribunal asturiano es escueto pero claro, afirma en el FJ 2.º que «no constando que los citados predios constituyan el domicilio, ni lugares asimilados a él, es evidente, como acertadamente razona el Juez de Instancia, que no estamos ante el supuesto del artículo 96.3 de la Ley 30/92, en relación con el artículo 18.2 de la Constitución, al no verse afectada la inviolabilidad del domicilio por la ocupación de las fincas afectadas por el procedimiento expropiatorio», tras lo cual desestima el recurso confirmando íntegramente el auto denegatorio. Obsérvese que el TSJ no menciona ni el artículo 91.2 de la LOPJ, ni el art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA.

En supuestos como el anterior, la denegación de la autorización equivale a una autorización implícita; es decir, la resolución autoriza indirectamente la entrada. La Administración no requiere entonces autorización judicial para cumplir los requisitos de legalidad, con lo que la autotutela ejecutiva puede desenvolverse normalmente sin en auxilio judicial que la autorice, pero cuenta no obstante con un pronunciamiento judicial que amparará la entrada.

¹⁵⁸ Si bien solo se ha localizado un pronunciamiento en el que un TSJ estime innecesaria la autorización por excluirse la propiedad privada del ámbito de protección de la autorización judicial de entrada, cabe señalar que por supuesto existen resoluciones en las que los Tribunales aprecian la *innecesariedad* de la autorización judicial de entrada por otros motivos. Por ejemplo, cuando la solicitud se insta en el marco de un procedimiento expropiatorio, tras la modificación operada en el artículo 51 de la LEP, según el cuál además del domicilio solo la ocupación de «locales cerrados y sin acceso al público» deberá acompañarse de la preceptiva resolución judicial, con lo que la entrada en fincas, terrenos o locales abiertos al público no requiere el concurso judicial (entre otras, la STSJ de Valencia 681/2004, de 3 de mayo (JUR 2005/2654) y la STSJ de Cataluña 753/2008, de 30 julio (JUR 2009/4693). Junto a los anteriores, existen pronunciamientos ciertamente peculiares, como el de la STSJ de Cataluña 156/2006, de 17 de febrero (JUR 2007/119060), en el que la Administración solicita autorización para acceder a un inmueble de su propiedad, tras un procedimiento de recuperación oficio efectuado casi diez años atrás, que aparentemente está abandonado «ante la eventualidad de que se encontrara algún ocupante en el momento en el que ejecutara el decreto». Frente a la solicitud, el TSJ resuelve que «el artículo 18.2 de la

pronunciamientos en los que se deniega la concesión de la autorización de entrada por ser el acceso pretendido en una propiedad privada, es preciso tener presente aquella jurisprudencia en la que de un modo u otro se pone de manifiesto que el artículo 91.2 de la LOPJ, así como el 8.6 párrafo primero de la LRJCA, solo protegen el domicilio.

Entre estas adquieren especial relevancia las resoluciones cuyo razonamiento jurídico se remite a la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo, en concreto a la Sentencia de 23 de septiembre de 1997, en la que el Alto Tribunal deducía de la jurisprudencia constitucional dictada hasta entonces que el juez de instrucción solo tenía encomendada la tutela del derecho a la inviolabilidad del domicilio con lo que, a pesar de que el artículo 87.2 refiriera junto al domicilio los restantes lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular «al no estar en juego la garantía constitucional del artículo 18.2 de la CE [el juez de instrucción] no tenía que actuar»¹⁵⁹.

Se inspiran en dicha sentencia del Alto Tribunal, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 2 diciembre 2000, sobre el recurso frente al auto de entrada asociado a la ejecución de una orden de derribo de un edificio en ruina. En dicho pronunciamiento el Tribunal estima *obiter dictum* que «aunque el art. 87.2 de la LOPJ (precepto reproducido en el art. 8.5 de la Ley Jurisdiccional 29/98, y referido a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo) ha establecido la necesidad de que el Juez de Instrucción autorice la entrada en los domicilios y en los restantes lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración, tal circunstancia no concurría en el presente caso por no ser exigible su intervención, al no estar en juego la garantía constitucional del art. 18.2 de CE, ya que el local desalojado no constituye la morada de persona alguna»; a pesar de lo cual el TSJ en cuestión desestima el recurso interpuesto por el administrado contra el auto que autorizaba la entrada¹⁶⁰.

CE exige el consentimiento del titular o una resolución judicial de autorización, salvo el caso de flagrante delito; pero, en el caso de autos, además de que el titular del inmueble es el propio Ayuntamiento, no consta la existencia de persona o personas alguna que, con o sin título, tenga su el domicilio en el inmueble de referencia, no haciéndose por ello necesaria la autorización que ese solicita» (FJ 3.º).

U otros, en los que es evidente que no concurriendo el concepto de domicilio —ni el de propiedad privada— no procede la autorización por innecesaria. Es el caso de la STSJ de Madrid 1546/2012, de 8 de noviembre (JUR 2013/1626), en la que deniega el auto para desalojar a una persona que vive en la calle, bajo un paso elevado. El Ayuntamiento solicita la autorización porque aunque «pueda parecer dudosa la necesidad de autorización judicial para desalojar a una persona que duerme en la calle, pues difícilmente puede reconocerse en este supuesto las notas de exclusividad y privacidad propias de todo domicilio», (...) considera que según se desprende del expediente administrativo se trata de un asentamiento con vocación de permanencia, por lo que puede considerarse como domicilio». Tanto el juez de instancia como el TSJ consideran que la autorización no procede porque «no se desprende, en modo alguno, que nos hallemos ante la ocupación de la vía pública con algún tipo de instalación, siquiera infravivienda, con carácter propio, cerrado, exclusivo o privado» (FJ 3.º).

¹⁵⁹ STS de 23 septiembre 1997 (RJ 1997/6478), FJ 9.º.

¹⁶⁰ FJ 2.º de la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 2 diciembre 2000 (JUR 2001/93510).

En un sentido parejo puede añadirse a la anterior aquella jurisprudencia, también inspirada en la referida sentencia del TS, que estima que la entrada en un bar o local de similares características no requiere la autorización judicial de entrada, con la justificación de que no se desarrolla en dichos espacios el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, ni por tanto a la intimidad personal y familiar. Son destacables en este sentido las Sentencias del TSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 602/2000, de 25 mayo¹⁶¹ y 613/2000, de 29 mayo¹⁶², en las que se desestiman las alegaciones de los recurrentes que fundamentaban la nulidad de la actuación administrativa al haberse procedido a la penetración en «edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular» sin autorización, ante lo cual el TSJ arguye que al no desarrollarse en los mismos privacidad alguna la autorización no era preceptiva y, por tanto, la actuación administrativa fue ajustada a derecho.

Junto a las anteriores, pueden incluirse en este primer grupo aquellas sentencias que se remiten a la doctrina fijada en la STC 50/1995 según la cual «se extiende el concepto de domicilio no solo a la vivienda en sentido estricto sino a los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del titular» —que, como se recordará, es la única sentencia constitucional de la que se desprende que el artículo 91.2 de la LOPJ solo protege el domicilio constitucionalmente protegido. Sin embargo, en la mayoría de estas resoluciones el espacio al cual la Administración pretende ingresar constituye efectivamente un domicilio constitucionalmente protegido, con lo que pierde relevancia la interpretación del artículo 91.2 de la LOPJ¹⁶³. En otras ocasiones, la cita a la jurisprudencia de la STC 50/1995 es totalmente rutinaria, ya que no se entra en consideración alguna respecto del espacio afectado¹⁶⁴ e incluso se da el caso de que, aun adhiriéndose la Sala a la doctrina de la STC 50/1995, se autoriza la entrada a un espacio que indudablemente escapa del concepto de domicilio constitucional¹⁶⁵.

¹⁶¹ STSJ de Canarias 602/2000, de 25 mayo (RJCA 2000/268027).

Merece destacarse también de este pronunciamiento el apéndice que se añade tras la argumentación jurídica que excluye la necesidad de autorización para penetrar en un bar. El TSJ refuerza su razonamiento jurídico señalando que «la diligencia de precinto, en tanto no exige la entrada en el domicilio o lugar de acceso dependiente del consentimiento del titular, no requiere de la autorización judicial, cuya finalidad es someter a un control preventivo la actividad administrativa que puede lesionar el derecho a la intimidad». Argumento este que en mi opinión no puede ser aducido en ningún caso, siendo claro que la actividad consistente en el precinto constituye una actuación perfectamente subsumible bajo el concepto de «entrada» entendida en el sentido de injerencia, intromisión o afectación ya del derecho a la inviolabilidad del domicilio, ya del derecho a la propiedad privada.

¹⁶² STSJ de Canarias 613/2000, de 29 mayo (RJCA 2000/2345).

¹⁶³ Entre otras, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de enero 2003, FJ 2.º, (JUR 2003/127620); la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 25 de abril 2002, FJ 2.º, (JUR 2002/185156); la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de febrero de 2002, FJ 2.º, (JUR 2002/115096).

¹⁶⁴ Entre otras, la STSJ de Cantabria de 6 de abril de 2001, FJ 1.º, (RJCA 2001/637); STSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de abril de 2000, FJ 3.º, (RJCA 2000/2045).

¹⁶⁵ Entre otras, la STSJ de Castilla y León (Burgos) 515/2005, de 7 de octubre, FJ 2.º, (RJCA 2005/944), que concede la autorización para acceder a una nave de la que incluso se afirma que está en

La significación de la anterior jurisprudencia debe ser valorada con precaución. De un lado, porque, del grueso jurisprudencial dictado entorno de la figura de la autorización judicial de entrada, esta representa una proporción realmente escasa. De otro lado, porque subsiste en las resoluciones aludidas una interpretación extremadamente literal de la jurisprudencia constitucional —que ya hemos visto que se centra en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por lo que en ocasiones el recurso a la misma puede resultar tangencial para la interpretación de la legalidad ordinaria—, así como el recurso a jurisprudencia del TS que queda ya ciertamente alejada en el tiempo¹⁶⁶. En último término, la casi falta absoluta de resoluciones en las que un TSJ deniegue la autorización por considerarla innecesaria para penetrar en ámbitos distintos al domicilio en virtud del artículo 91.2 de la LOPJ, resta intensidad al valor que la jurisprudencia aludida pudiera adquirir en un contexto mayoritario en el que junto al domicilio, se conceden autorizaciones para penetrar en espacios constitutivos de propiedad privada.

Así, a pesar de ser indudable la relevancia de los aludidos pronunciamientos por poner de manifiesto la existencia de cierta tendencia a reducir al domicilio la tutela de la autorización de entrada, del contexto y circunstancias concomitantes en las que han sido dictados se deriva una falta de intensidad suficiente para considerar —como más tarde se verá— que existen posturas encontradas en el seno de la jurisprudencia española; sino que, en su lugar, los anteriores pronunciamientos deberían valorarse como excepcionales.

b. Jurisprudencia que defiende tanto el domicilio como los espacios constitutivos de propiedad privada como objeto de tutela de la autorización judicial de entrada.

Frente a las anteriores resoluciones, se alza con aplomo un grueso jurisprudencial en el que nuestros tribunales superiores de justicia manifiestan sin ambages que el artículo 91.2 de la LOPJ no solo recoge el mandato constitucional de protección del derecho a

desuso; la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 12 julio 2001, (JUR 2001/279719), en la que se autoriza la entrada en un cobertizo.

¹⁶⁶ Como se ha visto, suele citarse la jurisprudencia del TSJ de la década de 1990. En este sentido, es preciso advertir que de las pocas sentencias dictadas por el Alto Tribunal tras la LRJCA de 1998 y en las que juegan algún papel el artículo 91.2 de la LOPJ y la autorización judicial de entrada en el marco de la actuación administrativa, se desprende de los fundamentos jurídicos la tendencia a reducir al domicilio el ámbito protegido por la autorización judicial. Véase por ejemplo la STS de 9 de octubre de 2009 (JUR 2009/443892), FJ 6.º a 13.º, aunque en este supuesto efectivamente se trataba de un domicilio (el Pazo de Meirás). A pesar de todo, conviene señalar que, dado que tras la aprobación de la LRJCA de 1998 las sentencias dictadas por los TSJ en segunda instancia contra los autos sobre autorizaciones de entrada quedan fuera del objeto del recurso de casación (arts. 86 y 87 de la LRJCA) —como ejemplos, STS de 30 de septiembre de 2004 (JUR 2005/197); ATS de 9 de marzo de 2006 (JUR 2006/145699)—, la cognición del Alto Tribunal respecto de la materia se ha reducido considerablemente. Igualmente, cabe advertir que el TS ha aceptado implícitamente en alguna de sus resoluciones autorizaciones de entrada concedidas para acceder a espacios no domiciliarios en incidentes de ejecución de sentencias; así el ATS de 28 de marzo de 2007 (JUR 2007/109299), el

la inviolabilidad del domicilio, sino que también plasma la voluntad legislativa de proteger mediante el mismo instrumento autorizador espacios constitutivos de propiedad privada. La destacada relevancia que estas resoluciones adquieren en el contexto jurisprudencial estudiado estriba esencialmente en la claridad y contundencia con la que, como se verá a continuación, distinguen entre domicilio y otros espacios, declarando incluso el derecho a la propiedad privada como bien jurídico tutelado por la autorización judicial. Dicha claridad y contundencia contrasta con la timidez de la jurisprudencia que defiende el domicilio como único espacio cuya entrada se somete a la autorización judicial y, especialmente, con la falta de resoluciones que denieguen la autorización por considerarla innecesaria para penetrar en espacios no domiciliarios. Todo ello contribuye en fin a que, a pesar de que las aludidas resoluciones no resulten ser la mayoría en número, supongan sin embargo la confirmación en el ámbito jurisprudencial de aquella interpretación del artículo 91.2 según la cual domicilio y espacios constitutivos de propiedad privada constituyen a la par el objeto de tutela de la autorización judicial de entrada.

Destaca en este contexto la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual va siendo progresivamente asumida por el resto de los TSJ. Sirva de ejemplo una de sus sentencias del año 2000¹⁶⁷, en la que el Tribunal resuelve sobre la solicitud de autorización de la Diputación Foral de Álava que considera innecesario el auto de entrada para acceder a unos locales o instalaciones destinados a animales, por lo que la misma «sólo habría sido recabada del Juzgado, “ad cautelam” o por razones de imagen y oportunidad». Ante la desidia de la Administración, inicia su argumentación jurídica el TSJ haciendo hincapié en la siguiente distinción (FJ 1.º):

Como el artículo 8.5 LJCA [actualmente, art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA] está hablando de autorizaciones para «entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular», debe partirse de una diferenciación entre ambos términos.

Y, tras el estudio del domicilio como espacio tutelado por la autorización, sigue su argumentación en los siguientes términos:

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. En este sentido, aunque el artículo 96.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se refiera en exclusiva a la necesaria entrada en «el domicilio» del afectado a fin de ejecutar forzosamente los actos administrativos, ya hemos visto que tanto el artículo 87.2 de la LOPJ, — STC 50/1995, F. 5—, como la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción

¹⁶⁷ Se trata de la STSJ del País Vasco 48/2000, de 21 enero (RJCA 2000/95).

Contencioso-Administrativa, *amplían este ámbito a los restantes edificios y lugares de acceso dependiente del titular.*

Es por ello, que en las mismas resoluciones constitucionales que estamos examinando se deja esporádica constancia de la separación entre la idea de domicilio en el ámbito del derecho fundamental del artículo 18 CE, y la necesidad empero de, «autorización judicial» para la entrada, que puede afectar a esos otros lugares e inmuebles, y así la STC 171/1997, ya mencionada alude a los «lugares asimilados a él (el domicilio) por el artículo 87.2 LOPJ», mientras que la de 26 de abril de 1999, descarta que pueda producir violación del derecho fundamental en la entrada en lugares, «aún de acceso sujeto a autorización», donde se lleve a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de una sociedad mercantil, e insistiendo en el último párrafo del F. 5, en la alusión a la autorización judicial de entrada en local «cuya protección constitucional es necesariamente menor a la del domicilio de las personas físicas». Se recuerda también que incluso respecto de los «almacenes, locales comerciales y fábricas» no susceptibles de calificarse como domicilios («públicos», según el artículo 547.3 LECrim.), dicha ley procesal impone, en su caso, determinados requisitos y garantías. —STC 228/1997, de 16 de diciembre.

La relevancia de este pronunciamiento se asienta —más allá de la distinción entre domicilio y propiedad privada, y la protección de ambos espacios por la autorización judicial de entrada— en el hecho de que el basamento de la argumentación del Tribunal vasco se halle en la jurisprudencia constitucional y la interpretación en ella vertida del contenido del artículo 91.2 de la LOPJ, lo que a mi entender, legitima la línea jurisprudencial que ha acabado consolidándose de forma definitiva en posteriores pronunciamientos del mismo Tribunal, empezando por la sentencia 864/2001, de 20 de julio¹⁶⁸, según la cual:

(...) 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.

En efecto, el principio de autotutela garantiza a la Administración Pública, previo apercibimiento, la ejecución forzosa de sus actos, y se halla reconocido con carácter general en la Ley de Régimen Jurídico de las

¹⁶⁸ Se glosa parte del FJ 2.º de la STJ del País Vasco 864/2001, de 20 de julio (JUR 2001/310055); la cursiva es mía. En idéntico sentido las SSTJ del País Vasco 195/2003, de 4 de marzo (RJCA 2003/703); 808/2003, de 7 de noviembre (JUR 2004/42748); 776/2005, de 10 de noviembre (JUR 2006/71364); 205/2007 de 14 de marzo (JUR 2007/137164); 342/2007, de 11 de mayo, FJ 2.º (JUR 2007/338408), 321/2009, de 11 de mayo (JUR 2009/365972), entre otras.

Administraciones Públicas en sus arts. 56, 57, 94 y 95, si bien, éste último precepto excepciona los supuestos en que la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales, disponiendo por su parte el art. 96.3 que “si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”.

La Constitución en su art. 18.2 establece la inviolabilidad del domicilio disponiendo que «ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito».

De lo razonado hasta el presente momento, cabría concluir que la necesidad de la autorización judicial sólo opera ante la entrada en el domicilio del interesado.

Sin embargo, el art. 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial *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 judicial para la ejecución de los actos administrativos, también cuando requieran la entrada en otros lugares que, aun no siendo domicilio, su acceso quede legalmente condicionado al consentimiento de su titular.

Con muy similares fundamentos a los del Tribunal vasco, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha emitido diversos pronunciamientos en los que defiende, en los siguientes términos, que junto al domicilio, la autorización se requiere para acceder a otros espacios no pertenecientes al ámbito domiciliario. Así en la STSJ 354/2001, de 1 de marzo, se afirma que:

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. En este sentido, aunque el artículo 96.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se refiera en exclusiva a la necesaria entrada en “el domicilio” del afectado a fin de ejecutar forzosamente los actos administrativos, ya hemos visto que tanto el artículo 87.2 de la LOPJ – STC 50/1995, F. 5–, como la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *amplían este ámbito a los restantes edificios y lugares de acceso dependiente del titular*¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Se ha transcrito parte del FJ 1.º de la STSJ de Valencia 354/2001, de 1 de marzo (JUR 2002/2193). En el mismo sentido, entre otras, las SSTSJ de Valencia 755/2002, de 24 de abril (RJCA 2002/1053); 1994/2002, de 20 de noviembre (JUR 2004/17237); 2023/2002, de 11 diciembre (JUR

En la misma línea interpretativa destaca la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Valga como ejemplo el Auto 80/2001, de 29 enero¹⁷⁰, en el que el Tribunal madrileño resuelve el recurso interpuesto por la Administración tras haber sido denegada en instancia la autorización por tratarse de un terreno el lugar en el que se pretende el acceso. El aludido TSJ, en el FJ 2.º, afirma lo siguiente:

El artículo 96.3 de la Ley 30/1992 exige esa autorización, sólo para “entrar en el domicilio”, y a su vez el 8.5 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción prevé dicha autorización por la entrada “en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular”; obviamente, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración. En términos de experiencia este Tribunal advierte que ha autorizado entradas no sólo en domicilio sino además en finca cercada y en nave industrial, al haberse estimado que estos dos últimos casos se hallan en la previsión legal de lugares cuyo acceso requiere el consentimiento de su titular, bien que el concepto de titular es el amplísimo que corresponde, en el caso de expropiación a quien, como consecuencia de ésta y del acta de ocupación, no es ya el propietario, esto es, al ocupante que, como tal y como antiguo propietario, no consiente la entrada. La garantía que los referidos preceptos legales otorgan al “titular” es la máxima otorgable para los casos extremos, que la Constitución reduce a la entrada en domicilio (artículo 18.2) al configurar su inviolabilidad como derecho fundamental, y *que la ley de nuestra Jurisdicción extiende, como derecho de legalidad ordinaria, a aquellos otros “restantes lugares”*.

Se confirma esta interpretación del artículo 8.6, párrafo primero, de la LRJCA —y por tanto, del artículo 91.2 de la LOPJ—, en posteriores pronunciamientos, especialmente tras la modificación en 2007 del artículo 100 de la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid, según la cual los agentes forestales requieren autorización para acceder a «montes o terrenos forestales de titularidad privada». Ampara el TSJ el acogimiento de dicha regulación en el artículo 8.6 de la LRJCA cuando se refiere a «restantes lugares». En este sentido, son varias las resoluciones de dicho Tribunal en las que se discurre en los siguientes términos sobre la imposición de la autorización para acceder a propiedad privada:

(...) las diferencias existentes entre la autorización judicial de entrada en domicilio, en el sentido constitucional del término, destinada a proteger el

2004/17390); 144/2003, de 15 de enero (JUR 2004/17505); 1544/2004, de 4 de noviembre (JUR 2005/26086); de 18 de enero 2008 (JUR 2008/115469); de 14 de marzo 2008 (JUR 2008/190528).

¹⁷⁰ ATSJ de Madrid 80/2001, de 29 de enero, FJ 2.º (JUR 2001/175655). Obsérvese que la resolución se dicta antes de la modificación en el artículo 51 de la LEF, con lo que la norma aplicable era el art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, junto con el art. 91.2 de la LOPJ.

derecho fundamental a su inviolabilidad reconocido en el art. 18.2 CE , y la autorización judicial de entrada en los “restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular”, a los que también se refiere el art. 8.6 LJ, pero que no tienen la consideración constitucional de domicilio -como en el caso presente ocurre, en el que se trata de la autorización judicial de entrada en una finca rústica-, supuesto en el que no está en juego tal derecho fundamental, sino el *derecho de propiedad reconocido en el art. 33 CE* , dotado, como es suficientemente conocido, de un distinto e inferior nivel de protección constitucional¹⁷¹.

El resto de tribunales superiores de justicia, aun no con la contundencia expresada en los anteriores supuestos, se acogen no obstante con claridad a aquella interpretación del los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, según la cual junto al domicilio se protege la propiedad privada¹⁷².

Cuestión distinta es determinar, una vez asumido que junto al domicilio se protegen espacios constitutivos de propiedad privada, cuándo el acceso a los restantes edificios o lugares debe considerarse sometido al consentimiento de su titular. En este sentido, se constata cierta tendencia a poner de manifiesto que el condicionamiento del acceso al consentimiento del titular depende de la configuración física del espacio; es decir, cuando el edificio y especialmente el lugar estén cerrados, vallados, cercados, etc., será precisa la autorización. Se alza explícitamente en esta dirección, por ejemplo, el ATSJ de Madrid 80/2001, de 29 de enero¹⁷³, en la que el Tribunal se pronuncia en los siguientes términos:

La indeterminación de estos [«restantes lugares»] por parte del precepto legal obliga al Tribunal a determinarlos en cada caso y en tal determinación no podemos estimar que esos lugares sean todos, sin excepción, todos aquellos que tengan o hayan tenido un dueño u ocupante que niegue su consentimiento; interpretación, ésta, que implicaría la frecuente parálisis de la actividad de las Administraciones públicas y que estaría justificada por supuesto, si ese fuese el sentido del precepto, el cual, por el contrario, da a entender que en los supuestos de hecho previstos no basta que el titular niegue su consentimiento sino que es preciso además que ese consentimiento sea necesario. Volvemos aquí a los

¹⁷¹ FJ 5.º de la STJS de Madrid 1394/2008, de 30 de septiembre (JUR 2009/53466). En idéntico sentido, las SSTSJ de Madrid 2096/2008, de 5 de diciembre (RJCA 2009/319); 2172/2008, de 18 de diciembre (JUR 2009/160292); 2306/2008, de 30 de diciembre (JUR 2009/180916);

¹⁷² Entre otras, la STSJ de las Islas Baleares 383/2000, de 19 de mayo (RJCA 2000/1106); STSJ de Galicia 2320/2008, de 24 de septiembre (JUR 2008/367251); STSJ de Navarra 543/2006, de 20 de julio (JUR 2007/8898); STSJ de Cantabria, de 4 de julio 2001 (JUR 2001/277674); STSJ de Cataluña 1408/2002, de 18 de noviembre (RJCA 2003/645).

¹⁷³ ATSJ de Madrid 80/2001, de 29 de enero, FJ 2.º (JUR 2001/175655).

términos de experiencia: hemos estimado y estimamos que ese consentimiento es necesario para entrar en una nave industrial ocupada y en una finca vallada, esto segundo extendiendo el ámbito protector del concepto de construcción ocupada al signo que la valla realiza. Extender todavía más el supuesto de hecho de la norma implicaría una improcedente judicialización de la actividad de las Administraciones públicas que vendrían así a necesitar una especie de complemento judicial para todas las actuaciones que de cualquier modo incidan en la propiedad (incluso perdida) o posesión, sin más distinciones, de modo que quedasen exentas de verificar la legalidad y responsabilidad de sus propias actuaciones.

Son varios los aspectos a reseñar de la argumentación del Tribunal. Por un lado, interesa el hecho de que evidencia la indeterminación o vaguedad de la norma. Por otro, es preciso destacar el argumento en que sostiene una interpretación restrictiva de los lugares cuya entrada se somete al consentimiento del titular. Como ya se habrá apreciado, la exégesis del Tribunal se basa en la conservación de la eficacia en la actuación administrativa. Y, por último, se confirma que es la configuración física del lugar lo que determinará que se considere que el acceso depende del consentimiento del titular. Son varias las resoluciones que pueden citarse que fundamentan la necesidad de la autorización, en atención a las condiciones físicas del espacio en cuestión¹⁷⁴. Sin embargo, también es cierto que en muchas ocasiones se concede la autorización para acceder a parcelas, terrenos, fincas o demás espacios sobre los que no consta su configuración física y sin que el tribunal incida en ello¹⁷⁵; así como pronunciamientos en los que de forma explícita se evidencia que el cercado, vallado o cierre son elementos superfluos para la concesión de la autorización¹⁷⁶.

Ahora bien, en esta concreta cuestión interpretativa, la modificación en el año 2002 del artículo 51 de la LEF, que ahora exige de forma explícita la autorización para acceder al domicilio y a los «locales cerrados sin acceso al público» ha supuesto un punto de

¹⁷⁴ En idéntico sentido, la STSJ de Extremadura 142/2006, de 19 de septiembre, FJ 2.º (JUR 2006/257884), en la que se afirma que «[e]l vallado de la parcela y cerramiento de las puertas con llave conlleva la necesidad de interesar la autorización judicial para proceder a la ejecución del acto administrativo». La STSJ de Navarra 543/2006, de 20 de julio, FJ 4.º (JUR 2007/8898), que se refiere a «las entradas en domicilio, recintos cerrados y similares (como señala el indicado Artículo 8.6 de la Ley Jurisdiccional)».

¹⁷⁵ Véanse las resoluciones que más adelante se citarán como «indiferentes» en las que se concede la autorización para acceder a espacios como los mencionados.

¹⁷⁶ Así la STSJ de Cantabria, de 4 de julio 2001 (JUR 2001/277674), FJ 3.º, según la cual: «el alcance espacial de la previsión legal, del Art. 8.5 LJCA, alude a la entrada en “domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular” y, en su consecuencia, se requiere la autorización no solo para la entrada en el domicilio considerado en sentido estricto, sino también es exigible respecto de los locales, anejos, y demás recintos y demás pertenencias, como es en este caso concreto, terreno». No consta la configuración del terreno.

inflexión a ojos de alguna jurisprudencia de nuestros TSJ¹⁷⁷. De nuevo, debe aludirse en primer lugar a la jurisprudencia del TSJ del País Vasco, pues en resoluciones como la sentencia 808/2003, de 7 de noviembre¹⁷⁸, tras exponer su doctrina en materia de autorización y repasar brevemente la evolución legislativa al respecto, se ha pronunciado en los siguientes términos:

Como se ve se trata de una intervención judicial garantista, con el único designio de preservar la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de los ciudadanos de consentir el acceso a los lugares de su posesión, que el legislador eleva al máximo rango, *si bien ya comienza a cuestionar dicha previsión tras la reforma de la LEF a que hemos hecho referencia anteriormente.*

Esta misma línea interpretativa ha calado con fuerza en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, si bien no disponía de una jurisprudencia en la que expresamente se declarara la protección del domicilio y de la propiedad privada por la autorización judicial de entrada, desde la modificación de la LEF parece asumirlo sin la timidez propia de sus anteriores pronunciamientos. Así, entre otras, en la sentencia 365/2006 de 6 de abril¹⁷⁹, dicho Tribunal afirma lo siguiente:

Sin perjuicio de lo expuesto, asistimos en la actualidad a lo que quizás podríamos denominar una *interpretación restrictiva de la necesidad de solicitar del órgano jurisdiccional la correspondiente autorización para la entrada tanto domicilios, como en lugares cuyo acceso depende del consentimiento de su titular*, lo cual obtiene oportuno reflejo en ámbitos sectoriales, como acontece por ejemplo con relación al artículo 51 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, cuyos apartados segundo y tercero han sido objeto de modificación por la Ley 53/2002, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, (...).

En definitiva, dicha restricción anteriormente aludida, ha operado sobre la base de *reducir el objeto respecto del cual se legitima la petición de autorización*, de forma tal que al menos, en expropiación forzosa, —materia ajena al recurso que nos ocupa, aunque su cita se justifica, siquiera sea a efectos meramente hermenéuticos— las potestades de autotutela ejecutiva de la Administración despliegan totalmente su virtualidad, *sin necesidad de apoyo*

¹⁷⁷ Además de los que se citan a continuación, también reparan en la modificación de la LEF a efectos de delimitar qué espacios no domiciliarios exigen autorización: STSJ de Asturias 92/2010, de 10 de febrero (JUR 2010/134584).

¹⁷⁸ STSJ del País Vasco 808/2003, de 7 de noviembre, FJ 3.º (JUR 2004/42748). La cursiva es mía.

¹⁷⁹ STSJ de Cataluña 365/2006 de 6 abril, FJ 2.º *in fine* (JT 2007/24). En el mismo sentido, entre otras, las SSTSJ de Cataluña 542/2004, de 22 de junio (JUR 2004/224673); 1045/2005, de 27 de septiembre (JT 2006/434); 973/2007, de 29 de octubre (JUR 2008/110655).

jurisdiccional alguno respecto de aquellos inmuebles que no sean domicilio de personas físicas y jurídicas, ni locales cerrados sin acceso al público.

Lo mismo puede decirse del TSJ de Extremadura que en la sentencia 105/2009, de 15 de abril, concede la autorización de entrada en un garaje —denegada en instancia por considerar el juzgador *a quo* que no constituía un domicilio—, con fundamento a lo establecido en la LEF. En concreto, el discernimiento del Tribunal es el siguiente:

Es cierto que no ha sido pacífica la catalogación de los conceptos de domicilio y “restantes lugares”. Ahora bien, tras la modificación del art. 51.2 de la Ley de 16 de Diciembre de 1954, conforme al cambio operado por la Ley 53/2002, se determina que: “(...) además del domicilio de las personas físicas y jurídicas en los términos del art. 18.2 de la Constitución Española, los locales cerrados sin acceso al público”. Así pues una *interpretación integradora y respetuosa con el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, a la intimidad e incluso a la propiedad privada*, hacen necesaria la autorización judicial para que la ejecución forzosa administrativa se lleve a término. Si así se entiende legalmente para ocupar inmuebles expropiados, *no existe motivo alguno para excluir tal requisito en supuestos distintos, en los que la Administración también interviene*. Incluso ello supone una *garantía* para el particular frente a posibles *excesos* en el ejercicio de la autotutela administrativa. Así por tanto, siendo un garaje un local cerrado que no posee acceso al público, entendemos que se dan los supuestos para que el Juez acordase lo procedente¹⁸⁰.

El interés de lo que el TSJ extremeño plantea radica en varios extremos. Por un lado, en la confirmación de nuevo del problema interpretativo que supone el concepto de «restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular» de la LOPJ y, por extensión, del art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA. Por otro lado, el hecho que la LEF contenga una positivación clara y explícita en referencia a la LOPJ y a la LRJCA, confirma de cara a la jurisprudencia el doble objeto de protección bajo la autorización judicial de entrada —domicilio y espacios constitutivos de propiedad privada— exigiéndose como en la sentencia se indica, una interpretación integradora y coherente del ordenamiento jurídico. Así, como constata el Tribunal, si para los supuestos de expropiación la ocupación de la propiedad privada exige el concurso judicial, para el resto de supuestos también será extensible dicha exigencia. Y, en fin, si ante el derecho a la inviolabilidad del domicilio el objeto de la autorización radica esencialmente en la protección del derecho fundamental; cuando se trata del derecho a la propiedad privada, si bien es cierto que se protegerá o garantizará tal derecho junto con la intimidad, la focalización cambia de perspectiva y se centra en la prevención de «excesos» en el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva; lo que equivale principalmente a prevenir la actuación administrativa constitutiva de vía de hecho.

¹⁸⁰ STSJ de Extremadura 105/2009, de 15 de abril, FJ 2.º *in fine* (JUR 2009/219597).

Por último, es preciso notar que en algunas resoluciones del TSJ de Andalucía se alude a la tutela de un bien jurídico un tanto abstracto junto con la inviolabilidad del domicilio, que en cierto sentido se aparta de la acotación espacial que algunos Tribunales entienden que se deriva de la modificación de la LEF. En este sentido, el TSJ de Andalucía razona que la autorización está derechamente abocada a la tutela del derecho a la intimidad familiar y personal, y entiende que se exige para acceder al domicilio y para penetrar en «los restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, [que] normalmente se trata de edificios públicos o por razón de la *actividad desarrollada* o su *destino* se le presta una especial protección»¹⁸¹. En cualquier caso, el TSJ aludido repara en que no podrá ser cualquier lugar, sino aquellos en los que se justifique por la tutela de algún interés particular con motivo de la actividad desarrollada o su destino, cuestión del todo abstracta y que el Tribunal no especifica.

c. *La jurisprudencia indiferente de los tribunales superiores de justicia.*

La tercera categoría bajo la que pueden clasificarse las resoluciones de los tribunales superiores de justicia es la de jurisprudencia *acrítica* o indiferente. Su calificación como jurisprudencia falta de criterio o indiferente se debe a que la decisión judicial se emite pasando por el artículo 91.2 de la LOPJ, así como por el artículo 8.6 de la LRJCA, sin prestar atención al problema interpretativo que plantea el inciso relativo a «los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular». Es habitual, así pues, que las resoluciones de este tipo entren en consideraciones varias, pero eviten discernimiento alguno sobre la naturaleza del espacio en el que se pretende el acceso o los derechos cuya tutela se persigue.

Lo más llamativo de este grupo jurisprudencial es que, en la gran mayoría de ocasiones, se inicia el razonamiento jurídico aludiendo a la normativa implicada —que suele simplemente ser transcrita—, sin que suela faltar la remisión a la jurisprudencia constitucional. Se deriva de ello que, inevitablemente, los fundamentos jurídicos se focalicen, al igual que la jurisprudencia constitucional, en el derecho a la inviolabilidad del domicilio y todos los aspectos atinentes al mismo —como el concepto de domicilio constitucionalmente protegido, la función del juez como garante del derecho fundamental aludido, los elementos sometidos a la cognición del juez para cumplir su función de salvaguarda del derecho del art. 18.2 de la CE, los requisitos que debe cumplir la actuación administrativa, el contenido de la resolución que autorice la entrada, etc.— tras la lectura de lo cual, podría deducirse lógicamente que la inviolabilidad domiciliaria es el único bien jurídico protegido por la autorización. Resulta, en cambio, que el fallo implica la concesión de la autorización para acceder a

¹⁸¹ Fragmento extraído del FJ 2.º de la STSJ de Andalucía (Sevilla) 983/2012, de 13 de julio (JUR 2012\329006). En el idéntico sentido pueden verse entre otras las sentencias del mismo TSJ de 11 de noviembre de 2011 (JUR 2012/65783) o de 20 de mayo de 2011 (JUR 2011/347217).

unas obras realizadas en un polígono¹⁸², a una nave situada en una finca rústica¹⁸³, a un terreno, parcela o finca rústica¹⁸⁴, a una porción de terreno¹⁸⁵, a centros emisores de televisión local¹⁸⁶, a un santuario¹⁸⁷, a un taller textil¹⁸⁸, a una lavandería¹⁸⁹, a un jardín¹⁹⁰, a un bar o restaurante¹⁹¹, a un garaje¹⁹², a una granja¹⁹³, a un campo de fútbol¹⁹⁴ o a cualquier otro espacio ajeno al concepto de domicilio constitucionalmente protegido¹⁹⁵, sin que se haya realizado previamente discernimiento alguno sobre la naturaleza del espacio en el que se pretende el ingreso ni el alcance del fundamento legal en el que se sostiene la solicitud de la Administración, a saber, el artículo 91.2 de la LOPJ y el 8.6, párrafo primero, de la LRJCA.

De entre las muchas resoluciones de carácter indiferente merecen ser destacadas especialmente dos por ser, en mi opinión, máximos exponentes de la indiferencia

¹⁸² STSJ de Castilla-La Mancha 142/2009, de 3 de abril (JUR 2009/220666).

¹⁸³ STSJ de Castilla y León (Burgos) 571/2006, de 17 de noviembre (JUR 2006/284436). Se trata en este supuesto, además, de la realización de una inspección que, como se verá, suele quedar sometida únicamente a autorización para acceder a un domicilio, no a la propiedad privada; consideración esta sobre la que el TSJ no entra.

¹⁸⁴ STSJ de Asturias 23/2001, de 28 de abril (JUR 2001/173270); STSJ de Cantabria de 28 junio 2002 (JUR 2002/242369); SSTSJ de Extremadura 105/2002, de 19 de septiembre (RJCA 2002/1250) y 242/2012, de 22 de noviembre (para la constitución de una servidumbre de acueducto) (JUR 2012/406901); STSJ de Andalucía (Granada) 179/2008, de 24 de marzo (JUR 2008/378452); SSTSJ de Cataluña 1772/2001, de 27 de diciembre (JUR 2002/123404) y 134/2007, de 14 de febrero (JUR 2007/282762); STJ de Murcia 272/2009 de 27 de marzo (JUR 2009/232863); STSJ de Valencia 1205/2012, de 9 de noviembre (JUR 2013\22532).

¹⁸⁵ STSJ de Cataluña 279/2009, de 18 de marzo (JUR 2009/384766). Se trata además de un supuesto de expropiación, en el que en principio sólo la entrada a domicilios y locales cerrados sin acceso al público requieren autorización; aspecto éste que se obvia por completo en la resolución.

¹⁸⁶ STSJ de Cataluña 100/2009, de 6 de febrero (JUR 2009/387842).

¹⁸⁷ STSJ de Cataluña 19/2006, de 9 de enero (JUR 2006/85035).

¹⁸⁸ STSJ de Cataluña 154/2006, de 16 de febrero (JUR 2007/50019).

¹⁸⁹ STSJ de Cataluña 285/2007, de 23 de marzo (JUR 2007/305257).

¹⁹⁰ STSJ de Valencia 228/2007, de 1 de marzo (JUR 2007/115759); STSJ de Cataluña 358/2007, de 17 de abril (JUR 2007/305028);

¹⁹¹ STSJ de Valencia 934/2008, de 24 de septiembre (JUR 2009/286549); SSTSJ de Cataluña 748/2007, de 27 de julio (JUR 2007/336079) y 40/2009, de 20 de enero (JUR 2009/388049).

¹⁹² STSJ de Cataluña 650/2002 de 5 de julio (JUR 2002/278670).

¹⁹³ STSJ de Cantabria 86/2007, de 9 de febrero (JUR 2007/218275).

¹⁹⁴ STSJ de Navarra 242/2010, de 17 de mayo (JUR 2010/298619).

¹⁹⁵ STSJ de Cataluña 772/2006, de 21 de septiembre (JUR 2007/140959). En este caso la Administración pretende ejecutar un acto de restauración de la legalidad urbanística consistente en el derribo de una construcción. Acontece que el único acceso a dicho inmueble es un camino que transcurre por una finca colindante, los titulares de la cual se oponen a la entrada de la Administración. Ante la denegación de instancia, el TSJ de Cataluña autoriza la entrada en la finca colindante sin atender en ningún momento a su condición como propiedad privada ni a sus características físicas, sino porque «es decisivo el hecho de que el repetido camino (...) es el único medio para acceder a esta finca. En virtud de esta necesidad, en cuanto único medio sin alternativa para acceder a la finca de (...), el uso de dicho camino a los exclusivos efectos de la ejecución de la demolición, queda constituido en un supuesto de autorización de entrada previsto en el transcrito artículo 8.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (FJ 3.º).

aludida. Por un lado, la STSJ de Cataluña 195/2006, de 24 de febrero¹⁹⁶. Se trata del recurso interpuesto por un consistorio local contra el auto que denegó la entrada en una finca rústica para proceder a la limpieza de rastrojos, porque «se trata de suelo rústico que no es morada de persona alguna, [por lo que] no se estima que concurren los requisitos para acordar una autorización de entrada como se solicita» (FJ 1.º). El Tribunal Superior de Justicia catalán, por el contrario, concede la autorización básicamente en atención al siguiente razonamiento que, por peculiar, no puedo más que transcribir íntegramente.

Razonados suficientemente en el Auto recurrido, los aspectos a considerar, conforme a la doctrina constitucional, en las autorizaciones de entrada en domicilio previstas en el Art. 8.6 LJCA, puede resumirse dicha doctrina, representada, entre otras, por las SSTC 22/84, 199/98 y 283/2000, en el sentido de que la autorización no puede concederse con un automatismo formal, pero tampoco la necesaria función de control debe extenderse a un examen total y exhaustivo de la actuación administrativa, sino atender a los aspectos básicos de competencia y procedimiento, rigiendo asimismo el principio de proporcionalidad. En el presente supuesto, no consta la conformación física de la finca de la que aparecen como titulares los Sres. Juan Pablo y Constanza, ni por ende los obstáculos que tendrán que salvar los funcionarios y empleados municipales para realizar, en el interior de aquélla, los trabajos previstos en la Llei 5/2003, de 22 de abril. No consta tampoco que dichos titulares, cuyo domicilio ignora la Administración actuante, hayan prestado su consentimiento a dichos trabajos. En tales condiciones, no resulta superflua la solicitud de autorización judicial formulada, *para mejor amparar la actuación administrativa*. Por otra parte, constatado suficientemente, cuanto menos en esta alzada, que se ignora el domicilio de los propietarios afectados, la notificación edictal practicada ha cumplido su función de remedio último, supletorio y excepcional, respecto de la notificación personal (por todas SSTS, Sala 3ª, de 23-9-92, 30-4-93 y 22-7-99).» (FJ 3.º). (La cursiva es mía.)

Como se ve, la función de la autorización ha sido totalmente desvirtuada en este supuesto, ya que en ningún momento se realiza el necesario juicio ponderativo entre el derecho susceptible de ser afectado —la inviolabilidad del domicilio o la propiedad privada— y la actividad administrativa y el fin que esta persigue. Da entender aquí el Tribunal que la única función de la autorización es proteger la actuación administrativa de posibles impugnaciones posteriores cuando bien hubiese podido fundamentar la concesión de la autorización, por un lado, en una interpretación del concepto de lugares dependientes del consentimiento del titular tal que incluyera una finca rústica,

¹⁹⁶ STSJ de Cataluña 195/2006, de 24 de febrero (JUR 2006/223895).

así como en la constatación del cumplimiento del requisito de falta del consentimiento de los titulares (habiéndose realizado la correspondiente publicación por edictos).

Por otro lado, merece ser citada la STSJ de Madrid 478/2006, de 21 marzo¹⁹⁷ en la que la Administración recurre contra la denegación de la autorización de entrada por el juez de lo contencioso-administrativo. La denegación se basaba en el hecho de que el inmueble al que se pretendía el acceso era titularidad de la Administración y constaba abandonado, con lo que el juez a quo apreció que al no ser susceptible de vulnerarse el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no era preceptiva la autorización. El abogado del estado, entre otros, alega la procedencia de la autorización «toda vez que la finalidad de tal solicitud no es otra que evitar que la actuación del INVIFAS pueda constituir una vía de hecho». El TSJ, tras glosar la jurisprudencia constitucional sobre autorización judicial de entrada, acaba afirmando lo siguiente en el FJ 4.º *in fine*:

(...) debemos anular el auto apelado, y estimar así el recurso de apelación interpuesto, dado que esta Sala, discrepando del criterio del Juez “a quo”, entiende que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, es correcta la solicitud de entrada en domicilio efectuada por la Administración en relación con la vivienda de litis, para proceder a la ejecución de la resolución administrativa que acuerda, en esencia, la resolución del contrato de cesión de uso de la vivienda y el lanzamiento de sus ocupantes. No puede ser motivo para denegar dicha solicitud, como expresa el auto impugnado en apelación, que pueda deducirse que la vivienda en cuestión no constituye en este momento domicilio del Sr. Lucas o de cualquier otra persona, dado que, según la diligencia de notificación realizada por el Servicio de Notificaciones, aparece constatado que la misma se encuentra abandonada y que, según manifiestan los vecinos hace unos diez años que no habita persona alguna. Y ello porque aunque la vivienda se encuentre abandonada, se sigue estando ante una vivienda del INVIFAS que intenta recuperar su posesión en virtud de las declaraciones contenidas en las resoluciones administrativas cuya ejecución forzosa se insta.

En este caso el Tribunal madrileño no se preocupa en justificar la condición de domicilio del inmueble, ni tampoco la de propiedad privada, sino que simplemente procede a autorizar la entrada que pretende ejecutarse sin fundamento aparente alguno.

La relevancia de estas resoluciones indiferentes, como se comprenderá, no radica en elementos cualitativos, sino cuantitativos. El hecho es que la inmensa mayoría de resoluciones dictadas fruto de una petición de autorización de entrada deben ser incluidas bajo esta categoría, lo cual, a mi juicio, es un dato que no puede pasarse por alto. ¿Acaso supone ello que desde la perspectiva jurisprudencial el dilema interpretativo planteado no existe? Si la respuesta fuera afirmativa, los TSJ no deberían

¹⁹⁷ STSJ de Madrid 478/2006, de 21 de marzo (JUR 2006/156478).

tener empacho en defender en los fundamentos jurídicos la protección del derecho a la propiedad privada junto con el derecho a la inviolabilidad del domicilio; pero no es este el caso. ¿Es que quizás asumen sin más la interpretación vertida por los juzgados de lo contencioso-administrativo? No parece ser esta la solución ya que en más de una ocasión, cuando en instancia se deniega la autorización por no considerarse necesaria, el TSJ revoca el auto y concede la autorización¹⁹⁸. O, por el contrario, ¿es que efectivamente algunos tribunales superiores de justicia han renunciado a su papel de intérpretes de la legalidad ordinaria y, en este concreto aspecto, la concesión de la autorización ha devenido algo rutinario y meramente automático? Todo parece apuntar que esta tercera solución es la que en la mayoría de ocasiones se impone, aunque cabe tener en cuenta que no suele ser motivo de alegación en el recurso interpuesto por la Administración —que es quien en definitiva petitiona la autorización— ni mucho menos por parte del administrado —en tanto que supondría renunciar a la tutela que el concurso judicial supone en estas ocasiones— que el lugar al que se pretende el acceso es un propiedad privada y, como tal, al carecer de la consideración de domicilio constitucionalmente protegido resulta superflua la autorización judicial para acceder a la misma.

En suma, el efecto que este tipo de jurisprudencia produce es, a mi entender, doble. Por un lado, si se atiende a su motivación, el hecho de que en los fundamentos jurídicos se rehúya hacer alusión alguna al derecho a la propiedad privada como bien jurídico protegido por la autorización judicial de entrada, y en su lugar suela acudir a la jurisprudencia constitucional que inevitablemente gira en torno al derecho a la inviolabilidad del domicilio, hace intuir cierta subsistencia en el subconsciente judicial de la tendencia a asociar la autorización judicial de entrada exclusivamente al domicilio, derivada evidentemente del origen constitucional de la figura autorizadora. Si a estas resoluciones, sumamos aquellas que han sido clasificadas en el primer grupo, esta intuición o sensación se acrecienta. En cambio, por otro lado, si se atiende al fallo de estas mismas resoluciones, resulta que la autorización tanto puede concederse para acceder a un espacio constitutivo de domicilio como a un espacio susceptible únicamente de calificarse como propiedad privada, de modo que ambos bienes jurídicos son protegidos por igual por la figura autorizadora. Si la atención se focaliza en este aspecto, como bien señala LÓPEZ MENUDO, esta jurisprudencia contribuye indirectamente «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»¹⁹⁹. Y yo añadiría más: no sólo a cualquier lugar «cerrado», sino a cualquier lugar, con independencia de su configuración física.

¹⁹⁸ Véanse las dos resoluciones transcritas anteriormente: STSJ de Cataluña 195/2006, de 24 de febrero (JUR 2006/223895) y STSJ de Madrid 478/2006, de 21 de marzo (JUR 2006/156478), entre otras.

¹⁹⁹ Francisco LÓPEZ MENUDO, «La intervención del juez para la defensa del domicilio ¿y también de la propiedad?», *cit.*, p. 1.884.

D. Breve apunte conclusivo.

De la lectura de la jurisprudencia se deduce que la mayoría de nuestros tribunales superiores de justicia no dudan en distinguir entre dos espacios, de distintas naturalezas, a los que se impone la autorización judicial. En el domicilio, por imperativo constitucional; y en los restantes espacios cuya entrada queda sometida al consentimiento del titular, por imperativo legal. La determinación de cuándo la entrada a un espacio depende del consentimiento del titular es una cuestión que en pocas ocasiones se aborda; y, a pesar de existir algunos pronunciamientos en los que se repara en la configuración física del lugar, resulta que se conceden autorizaciones para acceder a cualquier tipo de espacios, cerrados o no.

Con todo, aquello que mayormente interesa, esto es, determinar qué derecho queda tutelado al imponerse la autorización para acceder a espacios no domiciliarios es una cuestión obviada por la jurisprudencia. Excepcionalmente se alude al derecho a la intimidad, mientras que la referencias a la tutela de la propiedad privada o espacios constitutivos de propiedad privada resulta más abundante, pero tampoco suficientemente contundente. En definitiva, existe una clara despreocupación al respecto, tanto por parte de la Administración que peticona las autorizaciones, como por parte de la jurisprudencia que las despacha. Sin embargo, el hecho de que exista un gran número de jurisprudencia en la que se conceden autorizaciones para acceder a espacios en los que difícilmente podría desarrollarse intimidad personal o familiar alguna, me inclina a pensar que en general Administración y jurisprudencia asumen que aquello que se tutela mediante la autorización para acceder a espacios no domiciliarios es el derecho a la propiedad, en los términos que más adelante detallaré.

2. LA PAUTA LEGISLATIVA SEGUIDA TRAS LA LOPJ EN RELACIÓN CON LA IMPOSICIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA PARA ACCEDER A ÁMBITOS AJENOS AL DOMICILIO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO. LA VOLUNTAS LEGISLATORIS A FECHA DE HOY.

La interpretación del tan discutido precepto introducido por el artículo 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no puede agotarse en su interpretación literal, ni tampoco en la lectura jurisprudencial del mismo. Cabe también tener muy en cuenta el desarrollo legislativo posterior en el que se enmarca para poder dilucidar cuál es el contenido que, al margen de la voluntad legislativa de 1980, de 1985 e incluso de 1998, a la luz del resto del ordenamiento jurídico es lógico inferir del precepto actualmente. Y es que la LOPJ no puede interpretarse aisladamente, al margen de otros preceptos legislativos con los que mantiene una estrecha relación, ya sea porque también contemplan la autorización judicial de entrada como elemento que se integra en el actuar de las Administraciones públicas, ya porque contemplan supuestos de actividad administrativa que pueden subsumirse en la prevista en el artículo 91.2 de la LOPJ: la ejecución forzosa.

Ante todo cabe tener presente que la mayor parte de la legislación y normativa que se ocupa de regular la multitud de ámbitos que alcanza la actividad de la Administración Pública no hace referencia alguna a la autorización judicial de entrada, a pesar de ser susceptible la actividad que se regula de vulnerar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, también, la propiedad privada. Ello, desde luego, no impide la aplicabilidad directa del artículo 18.2 de la Constitución, con lo que a pesar de que la norma especial guarde silencio al respecto, la autorización judicial de entrada será preceptiva cuando la actividad administrativa sea susceptible de conculcar la inviolabilidad del domicilio. En estos supuestos es donde mayor relevancia adquiere la interpretación del artículo 91.2 de la LOPJ, ya que de ello depende que la autorización deba recabarse también cuando la injerencia sea en propiedad privada. Teniendo en cuenta que el precepto en cuestión se refiere a la «ejecución forzosa de actos de la Administración», el número de supuestos en los que el precepto puede resultar aplicable es muy considerable. De ahí que la interpretación del artículo revista tanta importancia, como ya se ha dicho.

A pesar del silencio de gran parte de la legislación administrativa especial respecto de la autorización judicial, el hecho es que cada vez son más las normas que incorporan la autorización judicial de entrada como un elemento integrado en el desarrollo de la actividad administrativa. En su mayoría esta normativa prevé la necesidad de que la Administración solicite la autorización judicial ante la posibilidad de que se vulnere la inviolabilidad domiciliaria. Es decir, lo que se constata principalmente en la legislación que recoge la autorización judicial de entrada es el traslado del mandato constitucional²⁰⁰. Pero dentro de este grupo normativo también existe un número significativo de legislación que contempla la preceptiva autorización judicial en supuestos en los que la actividad administrativa es susceptible de afectar determinados bienes jurídicos que difícilmente establecen relación alguna con la inviolabilidad del domicilio.

Dicho todo ello, el estudio sistemático de la legislación que se emprende a continuación tiene por objeto constatar si, a la luz de lo doble vía interpretativa del anterior artículo 87.2, actual 91.2 de la LOPJ, la voluntad del legislador a lo largo de los años ha sido la de acotar la autorización judicial a la protección del domicilio constitucionalmente protegido o, por el contrario, la de extender este mecanismo de ponderación de intereses a otros bienes jurídicos. En definitiva, pretende dilucidarse si el resto de normas que prevén la autorización judicial de entrada se ciñen al mandato constitucional de forma estricta o extienden su alcance a otros ámbitos.

²⁰⁰ Como afirma Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, se trata de un recordatorio innecesario ya que el acceso estará siempre condicionado a la existencia de un domicilio inviolable. Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, cit., p. 221.

A. La Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Resulta obligado atender en primer lugar a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Como ya se ha comentado en el primer capítulo, debe destacarse de esta norma su concreción en el traslado del mandato constitucional, en tanto que en el artículo 96, después de enumerarse cuáles son los medios de ejecución forzosa a disposición de la Administración, incluye en su tercer apartado, la previsión de que en los supuestos que dicha ejecución implique la entrada en un domicilio se requerirá resolución judicial que la autorice.

Si fuese necesario entrar en el *domicilio* del afectado, las Administraciones Públicas *deberán obtener* el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna *autorización judicial*.

A efectos de esta Ley, sólo el domicilio resulta en el contexto de la ejecución forzosa digno de protección mediante la autorización. Así pues, a pesar de que la LOPJ contemple la potestad del juez, entonces de instrucción, para conceder autorizaciones tanto para entrar en domicilios como en otros lugares cuando la ejecución forzosa implique acceder a ellos, la LRJAPyPAC sólo la exige para acceder al domicilio.

De esta divergencia entre la LOPJ y la LRJAPyPAC pueden extraerse conclusiones en sentidos diversos. Por un lado, puede inferirse que ante la ambigüedad del artículo 87.2 de la LOPJ, el legislador de 1992 quisiera zanjar el asunto, decantándose por la exclusiva protección del domicilio mediante la autorización. Se apoyaría así aquella vía interpretativa que defiende que «los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular» no son más que una concreción del concepto constitucional amplio de domicilio, al constatarse en la norma que regula el procedimiento común de ejecución forzosa que solo las entradas en domicilios exigen autorización. Por otro lado, podría simplemente constatarse la regulación claramente contradictoria entre dos normas de rango legal: la una orgánica, con un ámbito sujeto a la autorización más amplio; la otra ordinaria, con un ámbito sujeto a la autorización más reducido.

Llegados a este punto, el interrogante que se plantea es claro: ¿qué relación se establece entre ambas leyes? Es bien sabido que tras la promulgación de la Constitución la relación entre las normas orgánicas y las ordinarias no resultó un tema pacífico, si bien el Tribunal Constitucional no tardó en sentar una doctrina resolviendo los interrogantes que planteó la inclusión de la ley orgánica en el sistema de fuentes²⁰¹. Como ya se ha

²⁰¹ A pesar del interés que plantea este tema, adentrarse en el estudio de las leyes orgánicas en el sistema de fuentes escapa a todas luces del objeto de este trabajo. En ello se justifica la brevedad de lo que

dicho, desde la perspectiva del conflicto entre la LOPJ y la LRJAPyPAC, interesa en especial la relación que se establece entre ley orgánica y ordinaria. Desde la Sentencia 1/1985, de 13 febrero, el Tribunal estima al respecto que si tanto la ley orgánica como la ordinaria proceden de las Cortes Generales, «dada la existencia de ámbitos reservados a cada tipo de ley, sólo se planteará el conflicto si ambas leyes inciden sobre una misma materia, en cuya hipótesis la ley orgánica habrá de prevalecer sobre la ordinaria ya que no puede ser modificada por ésta (artículo 81.2 CE)»²⁰².

Dicho esto, debe recordarse que la LOPJ justifica su carácter como ley orgánica en el artículo 122.1 de la CE, según el cual «[l]a Ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales (...)». Resulta, sin embargo, que esta misma ley orgánica se refiere también a uno de los límites de un derecho fundamental: la resolución judicial que legitima la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido, lo que a mi entender, no se trata de un desarrollo del derecho fundamental, sino de un simple traslado del mandato constitucional en orden a la determinación del juez competente para dictar dicha resolución. Así pues, el carácter orgánico se pone de manifiesto en el artículo 91.2 de la LOPJ —así como en el anterior 87.2— allí donde establece la competencia a favor de un orden jurisdiccional y órgano judicial concreto. No sin embargo, cuando supedita la ejecución forzosa de actos administrativos a la autorización judicial de entrada —cuando suponga intromisión en el domicilio, claro está—, y ni mucho menos cuando vincula la autorización a la propiedad privada. Resulta así que en el anterior artículo 87.2 de la LOPJ y en el actual 91.2 de la misma Ley, conviven contenidos de distinto rango desde la perspectiva material.

En la referida Sentencia 5/1981, el Tribunal Constitucional ya contempló la posibilidad de que en una ley orgánica coexistieran preceptos reservados materialmente a ley orgánica con otros que afectan a contenidos excluidos de dicha reserva material, a las cuales se vienen denominando como «leyes parcialmente orgánicas»²⁰³. Según la

al respecto se expondrá. Lo anterior no obsta, sin embargo, que no puedan citarse algunos autores que han tratado el tema, como por ejemplo: Ángel GARRORENA MORALES, «Las Leyes Orgánicas y su espuria naturaleza jurídica», *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, núm. 13, 1980, pp. 169-207; Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Las Leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981. Juan María PEMÁN GAVÍN, «Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Madrid, Civitas, 1991; Óscar ALZAGA VILLAMIL, «En torno al concepto de ley orgánica en la Constitución», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5, 2000, pp. 115-142; Javier PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho* (1984), Madrid, Tecnos, 2008. pp. 77 y ss.

²⁰² STC 1/1985, de 13 de febrero (RTC 1981/5), FJ 20.º.

²⁰³ La STC 1/1985, de 13 de febrero de 1985, afirma que «el legislador, al elaborar una ley orgánica, podrá sentirse inclinado a incluir en ella el tratamiento de cuestiones regulables también por vía reglamentaria [y por extensión por ley ordinaria], pero que en atención a razones de conexión temática o de sistematicidad o de buena política legislativa considere oportuno incluir junto a las materias estrictamente reservadas a la ley orgánica» [FJ 21.º b)].

jurisprudencia del TC, ante estos supuestos, es decir, «cuando (...) en una misma ley concurren materias estrictas y materias conexas, hay que afirmar que en principio éstas también quedarían sujetas al régimen de congelación de rango»²⁰⁴, de modo que sólo podrán ser modificadas por una ley de igual naturaleza orgánica, a no ser que la misma ley orgánica indique qué preceptos se refieren a materias conexas y quedan libres de la congelación, o que el TC por sentencia indique qué contenidos de la ley orgánica pueden ser modificados por una ley ordinaria.

A la luz de las anteriores consideraciones y en tanto que la LOPJ no indica en ninguna de sus disposiciones adicionales o finales distinción alguna sobre su contenido, debe presuponerse que la congelación de rango opera sobre todos sus preceptos, incluido también el 91.2 LOPJ. Ello implica que, en caso de contradicción con otras normas ordinarias emanadas de las Cortes Generales respecto de una misma materia, prevalecerá en todo caso la ley orgánica, operando el principio de congelación de rango. Este es precisamente el supuesto en el que nos hallamos y ante el cual debe admitirse la supremacía de la LOPJ, que en todo caso prevé la autorización judicial de entrada tanto para acceder a domicilios como para acceder a la propiedad privada, de modo que el hecho de que la LRJAPyPAC se remita en exclusiva al domicilio, no puede en ningún caso obstar que la LOPJ incluya un mandato propio y más extenso. Con ello en definitiva quiero poner de manifiesto que, aun admitiendo que la voluntad del legislador de 1992 fuera la de restringir al domicilio el ámbito sobre el que las ejecuciones forzosas de la Administración exigen la previa autorización judicial, no puede por ello forzarse una reinterpretación de la LOPJ, dado precisamente su carácter de ley orgánica y la autonomía e independencia que ello le atribuye en el sistema de fuentes. Así pues, en el ámbito de la «ejecución forzosa de actos de la Administración» la autorización debe impetrarse tanto si el acceso es en un domicilio como en propiedad privada.

B. La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Al objeto de interpretar sistemáticamente el contenido de los espacios protegidos por la autorización judicial a los que alude el artículo 91.2 de la LOPJ es de obligada referencia el artículo 8.6 de la LRJCA, del cual merece ser destacado no solo su primer apartado, sino que todo su contenido es relevante en este sentido y, en especial, el del tercer apartado.

La elaboración de una nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa auguraba reformas varias en relación con la autorización judicial de entrada, en especial teniendo en cuenta todo el revuelo doctrinal que se suscitó²⁰⁵. Sin duda introdujo un cambio

²⁰⁴ STC 1/1985, de 13 de febrero (RTC 1981/5), FJ 21.º.

²⁰⁵ Me remito a los comentarios doctrinales referenciados en el primer capítulo y que se generaron especialmente tras la STC 22/1984 y la posterior aprobación de la LOPJ con su artículo 87.2.

sustancial al atribuir la competencia para dictar las resoluciones judiciales de entrada a los jueces de lo contencioso-administrativo en los supuestos de ejecución forzosa. Pero en relación con los bienes jurídicos protegidos por la autorización se aferró a lo ya establecido por la LOPJ —la cual, a su vez, cuando se vio modificada por el impulso de la LRJCA evidentemente tampoco cambió en nada relativo a los bienes jurídicos. El artículo 8.6, párrafo primero, de la LRJCA se introdujo en el ordenamiento jurídico con un claro mimetismo con lo establecido en la LOPJ.

Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en *domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular*, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.

Así pues, en 1998 se constata la voluntad legislativa ya manifestada en 1980 y 1985 de supeditar las entradas no consentidas en domicilios y en propiedad privada a la autorización judicial de entrada. Si la voluntad del legislador hubiese sido la de restringirla a los domicilios, sin duda esta era la oportunidad para eliminar una coetilla sobre cuya interpretación ni el Tribunal Constitucional parecía mantener un criterio unívoco a la vista de su sentencia 50/1995, y ni mucho menos la mantenía la jurisprudencia menor y de los tribunales superiores de justicia, o la doctrina. Se alza este como un argumento irrefutable a favor de la interpretación de la LOPJ que defiende que tanto domicilio como propiedad privada quedan protegidos por la autorización judicial.

Pero no solo resulta relevante aquí el apartado primero del artículo 8.6 de la LRJCA, sino también el tercero, que fue incorporado por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y que se comenta posteriormente, según el orden cronológico de su incorporación al ordenamiento jurídico.

C. Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, según la modificación operada en 2002 en su artículo 51.

El artículo 51 de la Ley de Expropiación Forzosa fue modificado en el año 2002 por el artículo 76 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social²⁰⁶. En virtud de este artículo se añadieron los dos

²⁰⁶ El artículo 76 de la Ley 53/2002 modificó igualmente el artículo 52 de la LEP, dedicado al procedimiento de expropiación urgente, en su sexto apartado al regular también a la ocupación de los bienes objeto de expropiación, el cual se remite a lo establecido en el artículo 51. Así el artículo 52.6 establece lo siguiente: «Efectuado el depósito y abonada o consignada, en su caso, la previa indemnización por perjuicios, la Administración procederá a la inmediata ocupación del bien de que se trate, *teniendo en cuenta lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 51 de esta Ley*, lo que deberá hacer en el plazo máximo de quince días, sin que sea admisible al poseedor entablar interdictos de retener y recobrar».

últimos párrafos al mencionado precepto de la LEF, dedicado a la ocupación de los bienes expropiados, cuya redacción resultante es la que sigue:

Hecho efectivo el justo precio, o consignado en la forma prevista en el artículo anterior, podrá ocuparse la finca por vía administrativa o hacer ejercicio del derecho expropiado, siempre que no se hubiera hecho ya en virtud del procedimiento excepcional regulado en el artículo siguiente.

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *únicamente tendrán la consideración de lugares cuyo acceso depende del consentimiento del titular, en relación con la ocupación de los bienes inmuebles expropiados, además del domicilio de las personas físicas y jurídicas en los términos del artículo 18.2 de la Constitución Española, los locales cerrados sin acceso al público.*

Respecto de *los demás inmuebles o partes de los mismos en los que no concurren las condiciones expresadas en el párrafo anterior*, la Administración expropiante podrá entrar y tomar posesión directamente de ellos, una vez cumplidas las formalidades establecidas en esta Ley, recabando del Delegado del Gobierno, si fuera preciso, el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para proceder a su ocupación.

La referencia explícita a la LOPJ y a la LRJCA es buena muestra en este precepto del ánimo legislativo de concretar el contenido de los artículos 91.2 y 8.6 en relación con los espacios sometidos a la autorización judicial de entrada. Y el legislador lo hace con la pretensión —o al menos eso parece inicialmente— de acotar lo que debe entenderse por «lugares cuyo acceso depende del consentimiento del titular». Sin embargo, al aludir en primer lugar al domicilio, puede inducir a pensar que los edificios y lugares cuya entrada depende del consentimiento del titular, no son más que una referencia al concepto amplio de domicilio. Pero debe tenerse en cuenta que el pasaje en concreto de la LEF se remite inmediatamente al artículo 18.2 de la CE, con lo que queda descartada esta opción.

Lo relevante del nuevo artículo 51 de la LEF es que, «además» del domicilio, requieren la autorización de entrada impuesta por la LOPJ y la LRJCA los «locales cerrados sin acceso al público». La verdadera interpretación de los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6 de la LJCA se halla al final del párrafo, donde el legislador restringe el contenido en que en ellos se establece ya que no todos los «lugares cuyo acceso depende del consentimiento del titular» requerirán autorización en los supuestos de ocupación en virtud de expropiación forzosa, sino solo los «locales cerrados sin acceso al público»²⁰⁷.

²⁰⁷ Merece recordarse aquí de nuevo el artículo 547 de la LECrim. que también alude a «edificios y lugares cerrados», con el que de nuevo parece posible establecer un claro paralelismo.

Esta idea se refuerza en el tercer párrafo, cuando de forma explícita excluye la necesidad de autorización para acceder a «los demás inmuebles o partes de los mismos en los que no concurren las condiciones expresadas en el párrafo anterior», es decir, que no sean ni domicilios ni locales cerrados sin acceso al público. Así pues, a pesar de que la voluntad del legislador sea la de reducir los espacios no domiciliarios sujetos a autorización, se incluyen de todos modos espacios constitutivos de propiedad privada con una expresa remisión al contenido de los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6 de la LRJCA²⁰⁸.

Ya se ha visto el sentido en que alguna jurisprudencia interpreta este precepto, sobre el que también se ha pronunciado la doctrina. Miguel SÁNCHEZ MORÓN otorga a la modificación de la LEF efectos de otro tono. Tras constatar que existe entre la jurisprudencia numerosos ejemplos de resoluciones en las que la autorización se concede para acceder a «cualquier» propiedad privada, afirma lo siguiente: «No es ésta la interpretación correcta, ya que la finalidad de la norma es tutelar la intimidad de la vida privada y familiar y no la propiedad sin más. Por eso, de la misma manera que el concepto de domicilio a estos y otros efectos similares se ha ampliado (...), no comprende en cambio cualquier bien inmueble de propiedad privada. Como precisa ahora el artículo 51 de la LEF, a efectos de ejecución de actos de expropiación forzosa (...) la autorización judicial se requiere para la entrada en “locales cerrados sin acceso al público”»²⁰⁹. Se deriva de las palabras de este autor la idea subyacente de que el único bien jurídico protegido es la inviolabilidad del domicilio y que la extensión a otros espacios no domiciliarios es únicamente a efectos de proteger *prolongaciones* de dicha inviolabilidad domiciliar o, cuando no sea posible calificar dichos espacios como tal, de la intimidad personal y familiar del art. 18.1 de la CE. Autores como LÓPEZ MENUDO, entienden sin embargo que la modificación de la LEF implica la continuidad de aquella línea interpretativa en la que tanto domicilio como propiedad privada se protegen por la autorización de entrada, de modo que «cabe decir que ha caído en su propia red, [pero] ha tenido en cuenta el exuberante garantismo a que da pie la letra del art. 91.2 de la LOPJ y ha decidido poner coto a esta interpretación expansiva»²¹⁰.

²⁰⁸ No se adivina, sin embargo, en qué fundamenta el legislador la restricción de los espacios de propiedad privada el acceso a los cuales se somete a autorización en el supuesto de expropiación forzosa. Si la ocupación coactiva de los inmuebles expropiados se materializa por medio de un procedimiento de ejecución forzosa —como veremos en el capítulo posterior— ¿por qué el legislador decide reducir el elenco de espacios protegidos? Adelanto ya que no se vislumbra motivo alguno para que el ejercicio de la autotutela ejecutiva venga condicionado por distintos regímenes de imposición de la autorización judicial teniendo en cuenta que se trata de la misma especie de actividad administrativa. Sobre ello, se volverá en el siguiente capítulo, cuando se profundice en el papel de la autorización judicial de entrada en el marco del ejercicio de la potestad de expropiación forzosa.

En otro orden de cosas, merece ser destacada también la referencia expresa de la LEF tanto al domicilio de las personas físicas como de las jurídicas, positivizándose así la doctrina del Tribunal Constitucional a favor del reconocimiento de este derecho a las personas jurídicas.

²⁰⁹ Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2009, p.546.

²¹⁰ Francisco LÓPEZ MENUDO, «La intervención del juez para la defensa del domicilio ¿y también de la propiedad?», *cit.*, p. 1.904.

D. El Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

En el marco de la recaudación de la Seguridad Social también se prevé la necesidad solicitarse la autorización de entrada. Si bien en una norma de rango reglamentario, en el marco de los procedimientos de embargo el art. 102.2 y 3, prevé que si su ejecución exige «el acceso a cualquier lugar que dependa del consentimiento de su titular» se solicitará la autorización de entrada para acceder al «domicilio o lugar donde se encuentren los bienes» o «para la entrada en el domicilio o locales del deudor o de un tercero»²¹¹. La normativa, recordando lo que en términos generales establecen los arts. 91.2 de la LOPJ y 8.6, párrafo primero, de la LRJCA para la ejecución forzosa de actos administrativos, alude de nuevo al ambiguo concepto de espacios de acceso dependiente del consentimiento del titular, pero deja claro que son lugares distintos al domicilio al referirse después a locales o a cualquier lugar donde se encuentren los bienes²¹².

E. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

A pesar de que el art. 8.6, párrafo tercero de la LRJCA es objeto de estudio en la segunda parte de este trabajo, es preciso reparar en dicho precepto a efectos de interpretar el art. 91.2 de la LOPJ y su referencia a otros espacios no domiciliarios. En virtud de la disposición adicional séptima de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el art. 8.6 de la LRJCA fue modificado y se añadió un nuevo supuesto de autorización que se exige para acceder e inspeccionar «domicilios, locales y medios de transporte», en el marco de las funciones de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia.

Sin entrar en mayores detalles, interesa resaltar ahora cómo la autorización se asocia de forma clara a espacios constitutivos de propiedad privada. No genera duda alguna que la referencia a locales, terrenos y medios de transporte implica una alusión explícita a ámbitos no domiciliarios, que difícilmente podrán vincularse al derecho a la intimidad o incluso a la privacidad²¹³. La pretensión que se deduce de la literalidad del precepto es la de proteger bienes jurídicos ajenos al domicilio. Además, no sólo se incluyen espacios con el carácter de bienes inmuebles —que es a lo que se refería la normativa estudiada hasta ahora—, sino que se reseñan también los medios de transporte, entre los que pueden incluirse desde coches o todo tipo de vehículos rodados, hasta embarcaciones

²¹¹ Volveré más adelante sobre este Reglamento pues prevé otros extremos en relación con la autorización judicial que no encajan con los postulados hasta ahora mantenidos por la jurisprudencia, por ejemplo, en relación con las autorizaciones colectivas. Véase el Capítulo IV.

²¹² Como ejemplo, véase la STSJ de Murcia 996/2006, de 19 de diciembre (JUR 2007/180200).

²¹³ Aunque cabe precisar que los locales, en determinados supuestos, pueden revestir las características de domicilio constitucionalmente protegido, según los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 137/1985 y 69/1999. Cabrá estar en todo caso a las circunstancias concretas que concurren en cada supuesto.

de cualquier clase, vagones de tren, aeronaves, etc., los cuales reciben la consideración de bienes muebles.

F. La legislación autonómica.

Para acabar esta relación de normativa que prevé la autorización judicial de entrada para acceder a espacios no susceptibles de considerarse domicilios, conviene también hacer referencia a alguna legislación autonómica que en atención a los mandatos de la LOPJ y de la LRJCA, concede también a espacios constitutivos de propiedad privada la protección de la intervención judicial por medio de la autorización judicial de entrada. Se destacan a continuación tres normas autonómicas, aunque existan otras que nos habrán pasado inadvertidas o que, por su poca trascendencia, no se citan en el texto²¹⁴. En concreto, me referiré, de un lado, a las aragonesas Ley 10/2005, de 11 de noviembre, de vías pecuarias de Aragón y a la Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón y, de otro, a la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, que pretende la modificación de la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid.

a. La Ley 10/2005, de 11 de noviembre, de vías pecuarias de Aragón.

El artículo 56.3.a) de la Ley 10/2005, de 11 de noviembre, de vías pecuarias de Aragón regula las facultades de los funcionarios y agentes que tengan encomendadas funciones de protección, guardia y policía de vías pecuarias, configurando del siguiente modo el ejercicio de sus funciones. El tenor literal del precepto que interesa resaltar es el que sigue:

a) Entrar en toda clase de *predios o terrenos* de propiedad pública o privada, *mientras no permanezcan cercados, vallados o cerrados*, cuando sea necesario para el cumplimiento de sus funciones de inspección o vigilancia y siempre que no conste ni haya indicio que permita advertir con una diligencia mínima que la finca se corresponde con el *domicilio* del interesado o cuyo *acceso requiera el consentimiento del titular*.

El legislador aragonés es sumamente escrupuloso, como pone de manifiesto esta norma y la Ley de protección ambiental que se comentada a continuación, en materia de autorización, pues tiene muy en cuenta su imposición en el marco del ejercicio de

²¹⁴ Existen otras normas autonómicas que prevén la autorización judicial de entrada para acceder a espacios no domiciliarios, pero que no se incluyen en el texto por faltar de relevancia. Así, por ejemplo, el Decreto 396/2008, de 7 de julio de 2008, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sociales de la Junta de Andalucía, en cuyo artículo el art. 31.3 se establece que «[e]n los casos en que se impida la inspección de un centro o servicio por falta de consentimiento de la persona titular, se solicitará la pertinente autorización judicial de entrada».

funciones de inspección y en relación no solo con el domicilio, sino en especial con la propiedad privada. De la letra *a*) del art. 56.3 destaca de entrada la voluntad de acotar los predios para cuyo acceso es necesaria la autorización en atención a su configuración física, esto es, al hecho de estar vallados, cercados, vallados o cerrados. Con ello parece que el legislador, de modo análogo a la operación realizada por la LEF, pretenda aportar una interpretación propia del concepto de lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular, acortándolo en el supuesto de fincas a aquellas cerradas físicamente. Sin embargo, cuando al final del precepto se refiere a las fincas «cuyo acceso requiera el consentimiento del titular», la interpretación apuntada pierde su sentido, a no ser que en este último fragmento del precepto se esté pensando en edificios o instalaciones que se hallen en dichas fincas, como almacenes, granjas, etc. En cualquier caso y al margen de lo anterior, el hecho es que el legislador extiende la imposición de la autorización de entrada en propiedad privada en el marco del ejercicio de funciones de inspección con una referencia muy explícita al contenido de los arts. 91.2 de la LOPJ y 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, a pesar que estos solo se asocian a la ejecución forzosa de actos administrativos.

Por último, del artículo 56.3.a) de la Ley 10/2005 debe resaltarse también cómo el legislador exige a los inspectores que extremen cautelas en relación con la necesaria autorización, puesto que si existe el mínimo indicio que permita inferir que el acceso viene protegido por una autorización —ya porque es domicilio, ya porque es propiedad privada—, la facultad de libre entrada y permanencia decae. Es, sin duda, chocante que esta fórmula se utilice en el marco de las funciones de guardería y policía de las vías pecuarias.

b. La Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón.

El artículo 80 de la Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón recoge las facultades del personal inspector en los siguientes términos:

Artículo 80. Facultades del personal inspector.

1. El personal inspector está facultado para recabar la exhibición de cualquier documentación ambiental obrante en poder de los titulares de actividades o instalaciones sometidas a los regímenes de intervención administrativa ambiental previstos en la presente Ley, así como para *acceder y permanecer*, previa identificación y sin previo aviso, en las instalaciones donde se desarrollen las actividades sujetas a la presente Ley.
2. Cuando para el ejercicio de sus funciones inspectoras fuera precisa la entrada en *domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular*, deberá solicitar la oportuna autorización judicial.

Como bien se aprecia, el artículo 80 de la mencionada Ley aragonesa reviste la peculiaridad de, por un lado, recoger en su primer apartado la facultad de los inspectores para «acceder y permanecer» en los espacios sujetos a dicha norma, pero, por otro lado, en el segundo apartado, de condicionar el ejercicio de dicha facultad de acceso y entrada a la previa autorización judicial no sólo con relación al domicilio constitucionalmente protegido, sino también a los «restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular», es decir, la propiedad privada. Es clara la inspiración del precepto en los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, a los que copia literalmente. Lo singular radica, sin embargo, en que el ámbito de actuación administrativa al que se impone la resolución judicial de autorización para ingresar en propiedad privada es el de la inspección, reducto en el que tanto la legislación general como especial coinciden en imponer la previa autorización judicial de entrada solo para acceder al domicilio constitucionalmente protegido, manteniendo ajena a la intervención judicial facultad de entrada y permanencia en el resto de espacios tradicionalmente reconocida a favor de la Administración inspectora. Constituye pues, el artículo 80.2 de la Ley de Protección Ambiental de Aragón otro claro ejemplo de la más reciente voluntad legislativa de extender a espacios constitutivos propiedad privada el mecanismo de la autorización judicial de entrada incluso fuera del ejercicio de la potestad de ejecución forzosa de actos administrativos.

c. *La Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid.*

Es menester en esta relación de normativa autonómica incluir la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, a través de cuyo artículo 9 pretende modificarse la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid (LFPN). La modificación consiste en añadir un párrafo inicial al artículo 100.3 de dicha Ley forestal y de protección de la naturaleza, resultando el siguiente texto:

3. Los Agentes Forestales *requerirán de autorización judicial* para acceder a montes o terrenos forestales de titularidad privada, salvo que el acceso se produzca con ocasión de la extinción de incendios forestales. (Fragmento añadido.)

Los Agentes Forestales, tendrán la consideración de Agentes de la autoridad, y podrán acceder a los montes o terrenos forestales con independencia de quien sea su titular. A los efectos de los correspondientes procedimientos para las imposiciones de sanciones, los hechos constatados por este personal que se formalicen en la correspondiente acta tendrán valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus derechos o intereses puedan señalar o aportar los

interesados. (Fragmento anterior que se mantiene y transforma en párrafo segundo del artículo 100.3)²¹⁵

En primer lugar, cabe tener en cuenta que el precepto en cuestión ha sido recurrido por el Presidente del Gobierno al entenderse inconstitucional por vulnerar el orden competencial establecido a favor del Estado en el artículo 149.1 CE²¹⁶. En concreto, se entiende vulnerado el artículo 149.1.5 CE que recoge la competencia estatal sobre la administración de justicia y el artículo 179.1.23 CE que recoge la competencia estatal sobre legislación básica en materia de medio ambiente²¹⁷. Al margen de la cuestión competencial, interesa destacar cómo el legislador extiende el mecanismo de la autorización judicial de entrada a espacios en los que la inviolabilidad domiciliaria tal como ha sido definida por el TC es harto difícil que se desarrolle, a saber: los montes o terrenos forestales de titularidad privada. De nuevo se pone de manifiesto el interés del legislador, en este caso autonómico, de someter la actuación administrativa a la previa autorización judicial con el fin de proteger así espacios constitutivos de propiedad privada frente al ejercicio de la potestad de inspección del poder público.

G. Breve apunte conclusivo.

²¹⁵ Obsérvese la mala técnica legislativa. Transcribo literalmente el artículo 9 de la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, según consta en el BOE núm. 241, de 8 de octubre de 2007, p. 40.768, que como advertirá el lector incurre incluso en erratas de redacción. El texto es el que sigue: «El apartado tercero del artículo 100 de la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid pasa a tener un primer párrafo primero con la siguiente redacción: “3. Los Agentes Forestales requerirán de autorización judicial para acceder a montes o terrenos forestales de titularidad privada, salvo que el acceso se produzca con ocasión de la extinción de incendios forestales”. La actual redacción del apartado tercero se convierte en el segundo párrafo del mismo apartado». Como se ve, no se suprime o modifica el anterior texto, con lo que el párrafo primero exige la autorización judicial y el segundo, por el contrario, prevé la entrada libre.

²¹⁶ El recurso de inconstitucionalidad, con número 8405/2007, fue admitido por providencia de fecha 20 de noviembre de 2007, la cual produjo la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado (BOE 3 de diciembre de 2007). Por medio del Auto 88/2008, de 2 de abril (RTC 2008/88), el Tribunal Constitucional acordó el mantenimiento de la suspensión del precepto.

²¹⁷ Lo que se plantea, en resumidas cuentas, en relación con la competencia estatal sobre la administración de justicia, es si la previsión por la ley autonómica de la autorización judicial de entrada en el marco de la actuación de los agentes forestales constituye una atribución competencial a la jurisdicción contencioso-administrativa no susceptible de enmarcarse en las ya contempladas en la LOPJ, la LRJCA y el resto de legislación estatal por medio de la cual se suman competencias a los jueces de lo contencioso-administrativo relativas a la autorización judicial de entrada.

Expone los motivos por los que ha sido recurrido el artículo 9 de la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, Fabio PASCUA MATEO, «Las entradas administrativas en inmuebles de propiedad privada», en Luís MARTÍN REBOLLO (dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, 2 vol., Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, vol. I., p. 919. No conoceríamos de otro modo dichos motivos, ya que el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno está todavía pendiente de ser resuelto por el Tribunal Constitucional en el momento en el que se presenta este trabajo.

Los preceptos de la normativa citada hasta ahora son una clara manifestación de la utilidad que el legislador reputa a favor de la autorización judicial más allá de la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En los artículos señalados no es el mandato constitucional del artículo 18.2 el que impulsa el texto de la ley, sino que es la propia *voluntas legislatoris* la que traslada este mecanismo concebido inicialmente para la tutela del derecho fundamental, a otros bienes jurídicos ajenos a la inviolabilidad del domicilio y ante determinados tipos de actuación administrativa. Aunque de ello no pueda deducirse de forma directa que el artículo 91.2 de la LOPJ protege tanto el domicilio como la propiedad privada o el derecho a la intimidad, sí resulta un puntal sólido en el que sostener —aun admitiendo que en 1980, 1985 o incluso 1998, a los ojos del legislador el artículo 91.2 de la LOPJ y el anterior 87.2 sólo se refirieran al domicilio— que actualmente la autorización judicial de entrada se concibe como un instrumento no necesariamente asociado a la protección de la inviolabilidad del domicilio, sino como un instrumento de ponderación entre los intereses perseguidos por la Administración Pública y otros los intereses de los administrados ajenos a la inviolabilidad domiciliaria.

A la vista pues del contexto normativo actual, de la interpretación del Tribunal Constitucional del artículo 91.2 de la LOPJ y de la interpretación y aplicación del mismo de los tribunales superiores de justicia, resulta cada vez más forzada la exégesis según la cual el art. 91.2 de la LOPJ solo se remite al domicilio constitucionalmente protegido. Por ello puede afirmarse ya sin ambages que el artículo 91.2 de la LOPJ —al igual que el artículo 8.6, apartado primero, de la LRJCA— no solo prevén la autorización judicial para acceder al domicilio constitucionalmente protegido, sino también para acceder a espacios que concebidos solo por el hecho de que el titular puede negar a terceros el acceso deben definirse como constitutivos de propiedad privada. Ello no implica una ampliación del concepto constitucional de domicilio, sino la transposición de los mecanismos de protección ideados para el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio a otros bienes jurídicos que el legislador considera dignos de dicha protección, de modo que el domicilio y lugares constitutivos de propiedad privada quedan protegidos por igual por la autorización judicial de entrada.

De nuevo determinar qué derechos se albergan detrás de tal ampliación no es una cuestión paladina. A excepción de la LEF, que limita la necesidad de la autorización para lugares cerrados y sin acceso al público, con lo que podría argumentarse que el bien jurídico a tutelar es el derecho a la intimidad; la normativa posterior alude a espacios en los que difícilmente podría desarrollarse intimidad alguna —vehículos, locales, terrenos e incluso montes forestales, entre otros—, lo cual me lleva a dudar de la adecuación de tales formulaciones para proteger el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 de la CE; mientras que parecen más directamente abocados a la protección del derecho a la propiedad o derechos de contenido patrimonial, como detallaré a continuación.

3. LA FACULTAD DE EXCLUSIÓN COMO PUNTO DE CONEXIÓN ENTRE LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO, EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PROPIEDAD PRIVADA.

Asumido que el mecanismo de la autorización de entrada se extiende a espacios no domiciliarios, es oportuno incidir en el elemento que conecta la autorización judicial como mecanismo de protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio, de un lado y, del otro, de los derechos a la intimidad y a la propiedad privada, tal como proponen alguna doctrina y la jurisprudencia como bienes jurídicos tutelados por tal autorización. Este punto de conexión se halla en la facultad de exclusión.

Cabe empezar con una relectura de la normativa que recoge la autorización en relación con espacios no domiciliarios, lo que permite constatar que ninguno de los preceptos mencionados se refiere de forma explícita al derecho a la propiedad privada o al derecho a la intimidad, sino que en su lugar la referencia es al espacio protegido. A saber: «restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular», según el art. 91.2 de la LOPJ; «restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular», según el artículo 8.6 apartado primero de la LRJCA; «locales cerrados sin acceso al público», según la LEF; «locales, terrenos y medios de transporte (...) requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición», según la LDC; e incluso los «montes o terrenos forestales de titularidad privada», según la Ley de la Comunidad de Madrid —que se incluye en el discurso a pesar de lo incierto de su futuro.

Al margen de la diversidad de los espacios o bienes protegidos, en todos los supuestos mencionados, bien de forma implícita o explícita, existe un elemento común. En todos los casos la necesidad de impetrar el auxilio judicial se somete a un mismo requisito: el titular debe oponerse o no consentir la entrada, o incluso simplemente existir el riesgo de tal oposición. Oposición a la entrada que no es más que expresión o ejercicio de la facultad de exclusión del titular, que opera como punto de conexión entre el derecho a la inviolabilidad del domicilio el derecho a la propiedad privada y el derecho a la intimidad, puesto que todos ellos incorporan en su configuración la facultad de exclusión como mecanismo destinado a la protección de su contenido —la llamada vertiente negativa. Así, en todos los casos, la Administración se ve obligada a solicitar la autorización a falta el consentimiento del titular. Lo cual es del todo lógico, pues si el titular consiente o accede a la entrada, la vulneración del derecho en cuestión queda directamente excluida.

Ahora bien, a pesar de que en los tres supuestos se reconozca al titular del derecho la facultad de exclusión, existen varios motivos y diferencias que me inclinan a defender que aquel bien jurídico al que más derechamente acaba estando abocada la imposición de la autorización para acceder a espacios no domiciliarios no es el derecho a la

intimidad, sino el derecho a la propiedad privada o, en otros términos, un conjunto de derechos de contenido patrimonial, dada la configuración por la que ha optado el legislador.

A. Sobre la inadecuación de la autorización de entrada para tutelar el derecho a la intimidad.

Ya se ha dado cuenta anteriormente de la existencia de alguna doctrina que apunta que la ampliación de la tutela a otros espacios responde a la voluntad de proteger el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 de la CE²¹⁸. Si bien ni la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ni la del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en este sentido, los motivos para realizar tal asimilación son claros. De un lado, la estrecha relación entre el derecho a la inviolabilidad y el derecho a la intimidad. Tal es dicha relación que inicialmente no se reconocía la autonomía de ambos derechos, sino que la tutela de la inviolabilidad del domicilio se concebía como instrumental de la protección de la intimidad. Del otro, su conexión a través de la facultad de exclusión que también se reconoce al titular del derecho a la intimidad. Facultad de exclusión respecto de ese ámbito privado o íntimo que se mantiene fuera del conocimiento o alcance de terceros.

Asumiendo que la pretensión de la autorización de entrada para penetrar en espacios no domiciliarios es la tutela de la intimidad, dicha intimidad personal o familiar es lógicamente aquella que se proyecta o desarrolla en un espacio sobre el cual el titular del derecho a la intimidad dispone de la facultad de exclusión. Tal conceptualización del derecho a la intimidad responde a un concepto amplio de este derecho, acercándolo al concepto anglosajón de *privacy*, o incluso un concepto *volitivo* de intimidad, en tanto que se reserva del conocimiento de terceros «aquello que la propia persona decide preservar»²¹⁹ al margen de criterios objetivos y que, por ejemplo, sería la intimidad o privacidad susceptible de desarrollarse en una finca rústica o en un medio de transporte. Tal conceptualización, no obstante, tan amplia del derecho a la intimidad no ha sido acogida por el Tribunal Constitucional²²⁰. Por el contrario, el concepto de derecho a la intimidad entendido en sentido amplio pero dentro de los parámetros constitucionales, desarrollado en un espacio determinado se acaba solapando con el

²¹⁸ Me remito a Manuel REBOLLO PUIG, «La actividad inspectora» [en línea], *cit.*; Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte general, cit.*, p. 558.

²¹⁹ Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, *El derecho a la intimidad en la nueva Ley orgánica de Protección de Datos Personales*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 21.

²²⁰ La jurisprudencia del TC se decanta predominantemente por un concepto material de intimidad, esto es, «íntimo es aquello que ha de poder manter[se] oculto para disfrutar de una vida digna y con un mínimo de calidad», a pesar de que, como advierte la doctrina, existe una jurisprudencia más reciente que admite un criterio formal, de modo que la esfera de intimidad queda delimitada a voluntad del titular. Se trata, no obstante, de una línea jurisprudencia sin confirmar y «no del todo convincente». Luís María Díez PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, p. 289.

derecho a la inviolabilidad del domicilio, que precisamente tutela la intimidad que se desarrolla en un espacio en concreto, proyectándose en el mismo²²¹.

Por lo demás, esta idea de protección de la intimidad con alusión a la facultad de exclusión en relación con determinados espacios nos remite a la inicial conceptualización del derecho a la intimidad, no como derecho de la personalidad, sino vinculado al derecho a la propiedad; era el que se conocía en el ámbito anglosajón como derecho de *privacy-property*²²². Este modo de mirar al derecho a la intimidad está hoy en día superada puesto que el actualmente se sustenta en la dignidad y libertad del individuo, no en su condición de propietario²²³. De ahí que resulte extraña la articulación de la autorización de entrada con el fin de proteger el derecho a la intimidad asociándolo a determinados espacios²²⁴. El derecho a la intimidad proyectado en un lugar, se protege mediante la inviolabilidad del domicilio, de personas físicas y también de las jurídicas; con la ampliación de dicha tutela a algunos locales de negocio, en tanto que la intimidad o privacidad que en ellos se puede desarrollarse es relevante (recuérdese el caso Niemietz contra Alemania, STEDH de 16 de diciembre de 1992). Por lo demás, la protección del derecho a la intimidad y sus distintas dimensiones o manifestaciones viene articulado de muy distintos modos mediante la tutela del secreto de las comunicaciones, la protección de los datos de carácter personal o la libertad informática, entre otros²²⁵.

²²¹ Recuérdese que, según el TC «(...) 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)» (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2.º). El derecho a la intimidad personal y familiar «tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad» (STC 119/2001, de 29 de mayo, FJ 5.º); implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana» (STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5.º).

²²² Tal derecho responde a la ideología liberal, en la que el individuo era concebido como propietario, de modo que el derecho a la intimidad se correspondía con tal: el titular del derecho a la intimidad era *propietario* de su vida privada. De esta conceptualización de la intimidad se derivaba también que su vulneración solo existiera cuando se diera una intrusión física (*trespass*). Al respecto puede verse Luis María FARIÑAS MANTONI, *El derecho a la intimidad*, Madrid, Trivium, 1983, p. 212; Fermín MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, Ediciones Destino, 1984, pp. 15 y ss.; Ana SÁNCHEZ, Héctor SILVEIRA y Mónica NAVARRO, *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 15-23.

²²³ Se fija el nacimiento de esta nueva definición del derecho a la intimidad en el artículo de Samuel D. WARREN y Louis D. BRANDEIS, «*The Right to Privacy*», en *Harvard Law Review*, vol. 4, núm. 5, 1890, pp. 193-220.

²²⁴ Una visión reciente sobre las distintas vertientes desde las que se tutela el derecho a la intimidad puede encontrarse en Javier BOIG REIG (coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid, Iustel, 2010.

²²⁵ Sobre el contenido del derecho a la intimidad puede verse: Luis María DIEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 280 y ss.

Por ello, asumir que la facultad de exclusión sobre cualquier tipo de espacio implica el desarrollo del derecho a la intimidad resulta en una ampliación del contenido del derecho del art. 18.1 de la CE, que sobrepasa con creces la interpretación constitucional actual e incluso los límites de conceptos como el de *privacy* del derecho anglosajón, o el concepto amplio del derecho a la intimidad defendido por el TEDH²²⁶ o por la Carta de derechos fundamentales de la UE²²⁷. Y es que difícilmente existirá derecho a la intimidad personal o familiar a proteger en un medio de transporte, en un local o almacén, en un bar, en una finca rústica o en cualquier espacio, por el mero hecho de que se reconozca la facultad de exclusión en relación con el mismo. Facultad de exclusión, por demás, que se reconoce no solo al titular dominical, sino al arrendatario, al usufructuario o al mero detentador de hecho, entre otros. Por todo ello, a mi juicio, la imposición de la autorización judicial de entrada para acceder a lugares respecto de los cuales el titular dispone de la facultad de exclusión redundará en la tutela, no del derecho a la intimidad, sino del derecho a la propiedad entendido en sentido lato.

B. Breve aproximación al derecho a la propiedad privada y a la facultad de exclusión.

El artículo 348 del Código Civil (CC) define el derecho a la propiedad privada, en su primer párrafo, como «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». El estudio clásico de la propiedad privada se centraba principalmente en relacionar las facultades en las que se desglosa el derecho, así como en los límites y limitaciones que lo restringen, muestra de lo cual es la enumeración en la definición que presta el CC de las principales facultades que incorpora su contenido: el derecho de goce sobre el bien, así como la facultad de disposición sobre el mismo. Pero la doctrina moderna coincide en que el derecho de propiedad no consiste en una acumulación de facultades, sino que es un concepto unitario, que debe definirse como «el más amplio poder de dominación que el ordenamiento jurídico permite tener sobre las cosas»²²⁸ o como afirma ALBALADEJO «[e]l derecho de propiedad (...) es un poder

²²⁶ Según la jurisprudencia del TEDH el derecho a la *private life* (art. 8.1 del Convenio) recoge: el respeto a la sexualidad, la autonomía personal y la integridad física y psíquica, el respeto por la información privada y confidencial, el derecho a no ser vigilado o inspeccionado al margen de la ley, entre otros. También incluye el respeto a la privacidad cuando uno tiene la expectativa *razonable* de gozar de tal privacidad, lo cual no puede ser entendido como un derecho absolutamente subjetivo o, como se ha dicho antes, asimilable a un concepto volitivo de intimidad. Sobre la tutela del derecho a la intimidad en el CEDH, Ursula KILKELLY, «The right to respect for private and family life» [en línea], Directorate General of Human Rights, Council of Europe, 2003. Accesible en la web <[www. http://echr.coe.int](http://echr.coe.int)>.

²²⁷ Sobre el concepto de intimidad véase Guillermo OROZCO PARDO, *et al.*, «Artículo 7. Respeto de la vida privada y familiar», en la obra colectiva dirigida por Cristina MONEREO ATIENZA y José Luis MONEREO PÉREZ, *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 133 y ss.

²²⁸ Xavier O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales e hipotecario*, vol. 3, VLEX, Id VLEX-215170, p. 2.

unitario, en el sentido de que concede sobre la cosa un *señorío global*, del que las distintas facultades (...) o posibilidades de hacer (u omitir) respecto de la cosa (...) son solo manifestaciones»²²⁹.

A pesar del reconocimiento del carácter unitario del derecho de propiedad, la doctrina recurre en muchas ocasiones al desglose de las facultades para ahondar en su contenido. En este sentido, en la descripción del derecho real se advierte una vertiente positiva y otra negativa²³⁰. La primera incluye el conjunto de facultades que son expresión de este poder absoluto. La segunda, la negativa, se refiere a la facultad de exclusión de terceros respecto de la relación por la que el derecho de propiedad vincula al titular con la cosa²³¹. Carlos LASARTE define la facultad de exclusión como «una derivación de la denominada *propiedad individual* y un corolario de que la sujeción y el apoderamiento de las cosas comporta la exclusividad del propietario, quien siendo titular del derecho real por antonomasia puede hacer efectivo *erga omnes* el respeto debido a su posición jurídica, a su relación directa e inmediata con la cosa objeto de la propiedad»²³². Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN se refieren también la facultad de exclusión, a la cual atribuyen un aspecto preventivo y un aspecto represivo. El aspecto preventivo «es la posibilidad de poner la cosa en condiciones tales que evite la eventual intromisión o perturbación de terceros (...). De carácter preventivo es también, cuando el derecho real comporta posesión, la acción de mantenimiento en la posesión». El aspecto represivo se refiere al «conjunto de medidas tendentes a poner fin a una perturbación o lesión que se ha consumado ya»²³³.

Este contenido negativo del derecho a la propiedad privada es pues en gran medida coincidente con la vertiente negativa del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Mediante la facultad de exclusión se pretende en último término garantizar, no tanto la titularidad del derecho, sino especialmente el ejercicio o goce del mismo libremente y sin intromisiones de terceros. Ello es lo que en mayor medida permite la extensión y traslado de la autorización judicial de entrada desde la inviolabilidad del domicilio a la propiedad privada.

Las principales manifestaciones de la facultad de exclusión del titular dominical vienen recogidas en el mismo Código Civil y, como advierten Luis Díez-PICAZO y Antonio

²²⁹ Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil*, Barcelona, Edisofer, 2004, p. 233.

²³⁰ Xavier O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales e hipotecario, cit.*, p. 3.

²³¹ El reconocimiento de la facultad de exclusión como una de las principales manifestaciones del contenido de la propiedad privada resulta una cuestión incontrovertida entre la doctrina civilista. Así lo afirman autores como Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil. Vol. 3, Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*, (1997), Madrid, Tecnos, 2005, p. 50; Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de Derecho civil IV*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 53; José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Derechos reales III*, Madrid: Dykinson, 2008, p. 290.

²³² Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 53.

²³³ Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil. Vol. 3, Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*, (1997), Madrid, Tecnos, 2005, p. 50.

GULLÓN, incluyen la facultad de cerrar la finca, así como la facultad de deslinde, entre otras²³⁴. La primera, según el artículo 388 del CC, se reconoce a todo propietario que «podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquiera otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas». La segunda, viene recogida en el artículo 384, y no sólo se reconoce al propietario, sino que también «a los que tengan derechos reales», que gozan del «derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes».

El reconocimiento expreso en el Código Civil del derecho a «cerrar o cercar» la propiedad, así como a determinar sus límites, trae causa de la configuración medieval de la propiedad según la cual toda finca debía permanecer abierta para que los más altos poderes estamentales pudieran cazar en ellas, así como para permitir la trashumancia y el pastoreo. Las Cortes de Cádiz, en el Decreto de 11 de junio de 1813, tras el influjo liberal de la revolución francesa, con el fin de atajar la situación precedente declararon «cerradas y acotadas a perpetuidad todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquier clase, pertenecientes a dominio particular»²³⁵. Actualmente, el Código Civil reconoce en los términos expuestos el derecho a cerrar o cercar las fincas, con el fin de garantizar el goce exclusivo sobre las mismas. A la luz del artículo 388 del CC y teniendo en cuenta que no existe precepto alguno que declare la prohibición expresa de entrar en una finca que no esté cerrada²³⁶, resulta la siguiente configuración. Si bien el hecho de que la finca no esté cerrada no enerva el poder de ejercer la facultad de exclusión, a su vez es indiciario de que el titular no ejerce dicha facultad en abstracto y apriorísticamente. Por ello, en sede civil, si una finca no está cerrada, se entiende que se permite o tolera la entrada a la misma²³⁷, en tanto que el titular claro está no exteriorice su oposición. Así pues, si la finca está abierta, debe presumirse que el titular consiente las entradas de terceros, hasta que manifieste lo contrario.

Resulta indicado hacer hincapié en cierre de los predios como manifestación de la facultad de exclusión, teniendo en cuenta que la actual legislación administrativa

²³⁴ Luís Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, *op. cit.*, p. 50. Estos autores incluyen también como manifestación de la facultad de exclusión el interdicto de retener, en su vertiente preventiva, y en la vertiente represiva, las acciones de protección de la propiedad, a saber: la acción reivindicatoria, la declarativa y la negatoria. La concepción de la facultad de exclusión que así presentan coincide en cierta medida con un concepto amplio de mecanismos o acciones de protección de la propiedad.

²³⁵ La cita ha sido extraída de José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Derechos reales III*, Madrid: Dykinson, 2008, p. 290. Véase también: Pedro DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 136. Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de Derecho civil IV*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 54.

²³⁶ Así es afirmado por Pedro DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA, *op. cit.*, p. 136.

²³⁷ Coincide José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*, según quien, «el cerramiento proporciona la exclusividad del goce de la finca pues sin él no está estrictamente prohibido entrar en ella». José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*, *op. cit.*, p. 291.

requiere la autorización no sólo para acceder a edificios en el sentido más genérico de la palabra, sino también para acceder a fincas, terrenos, etc. Así resulta a la vista del texto del artículo 91.2 de la LOPJ y del artículo 8.6 de la LRJCA, allí donde establecen la necesidad de impetrar la autorización judicial de entrada cuando el ingreso sea en «lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular»; de la alusión a «terrenos» del artículo 40.2.a de la Ley de Defensa de la Competencia y también de la más reciente regulación de la Comunidad de Madrid que alude a los «montes o terrenos forestales de titularidad privada». De todo ello resulta evidente que la autorización de entrada se extiende también sobre las «heredades» a las que se refiere el Código Civil.

En este sentido, según el artículo 388 del CC, se consideran cerradas aquellas fincas valladas por medio de «paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquiera otro modo». La doctrina admite que junto al cierre físico de la finca por medio del vallado —del tipo que sea—, también puede darse el cierre simbólico de la finca, principalmente por medio de carteles que indiquen la voluntad del titular de excluir a terceros de la misma²³⁸. Incluso existe doctrina que entiende que, a pesar de que la finca no esté cerrada o cercada por medio de valla o simbólicamente, puede entenderse tácitamente el ejercicio del derecho de exclusión cuando la finca está cultivada y la mera entrada en la misma genere daños en el cultivo²³⁹.

Las anteriores son algunas de las manifestaciones de la facultad de exclusión entendida en el sentido más estricto. Pero es claro que el cierre o el deslinde no son los únicos modos de manifestar tal poder y que el mismo no se reconoce únicamente al propietario. Este es el sentido que interesa en orden a la línea argumentativa que se defiende, por la coincidencia con la facultad de exclusión reconocida al derecho a la inviolabilidad del domicilio.

C. El derecho a la propiedad privada según su tutela por la autorización judicial de entrada.

Los extremos apuntados anteriormente son especialmente relevantes para la interpretación de los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, allí donde exigen la autorización de entrada para ingresar en aquellos espacios «cuyo acceso requiera el consentimiento del titular». Para desvelar en qué supuestos será exigible la autorización interesa reparar en dos coordenadas. De un lado, (a) en la facultad de exclusión ejercida en relación con determinados espacios o bienes y, del otro, (b) en los sujetos a quienes se reconoce tal facultad. En fin, en atención a ambos, podrá determinarse cuándo se requiere autorización judicial y aproximarnos con mayor

²³⁸ Según José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*, el cierre simbólico por medio de carteles no es suficiente «si el terreno no está cercado». José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*, *op. cit.*, p. 290.

²³⁹ Así lo apunta Andrés Miguel COSIALLS UBACH, *Régimen Jurídico de la propiedad agraria sujeta a la nueva PAC*, Barcelona, Atelier, p. 260. Especialmente recomendable es el capítulo octavo de esta obra, dedicado a la facultad de exclusión (pp. 261 y ss).

precisión a qué derechos quedan amparados por la resolución contencioso-administrativa.

(a) El art. 91.2 de la LOPJ y el art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA someten a un mismo requisito la exigencia de la autorización judicial²⁴⁰: que el acceso requiera el consentimiento del titular. De ello parece desprenderse que el legislador parte de la premisa de que existen determinados espacios en los que la entrada no está sometida al consentimiento del titular. Así, a *sensu contrario* podría interpretarse que si el acceso no está sometido al consentimiento del titular la Administración podrá ingresar libremente en el espacio en cuestión para ejecutar forzosamente sus actos.

A la vista de lo expuesto sobre la configuración del derecho de propiedad y de la facultad de exclusión, cabría aceptar esta interpretación. En relación con las fincas o terrenos, el titular somete a su consentimiento las entradas solo cuando la finca está cerrada o cercada, de modo que en el resto de fincas (las abiertas) la Administración podría ejecutar forzosamente sus actos sin tener que impetrar el auxilio judicial. Y, en relación con los edificios o locales en general, si están abiertos al público —por realizarse en ellos una actividad económica, lúdica, comercial, etc. que así lo exija²⁴¹— y en horario de apertura, el titular tampoco ejerce su facultad de exclusión, de manera que la entrada a los mismos también se presupondría consentida y la Administración, por tanto, estaría habilitada para penetrar en los mismos libremente. Esta aproximación al precepto es, además, coincidente con alguna jurisprudencia que entiende que la autorización depende de la configuración física del espacio.

Sin embargo, a mi juicio, tales afirmaciones no pueden trasladarse en abstracto al ámbito administrativo al derivarse en una distorsión de las mismas, que yerra cualquier conclusión que pueda alcanzarse, con lo que el discurso debe enfocarse desde otra perspectiva por varios motivos.

En primer lugar, a pesar del anclaje interpretativo que proporciona la normativa civil en cuanto a propiedad privada se refiere, la normas relativas a la facultad de exclusión del titular se orientan a finalidades ajenas a la actuación del poder público, normalmente en aras a la protección del derecho frente a otros particulares, no frente a la Administración. En segundo lugar, el titular puede ejercer en cualquier momento la facultad de exclusión frente a las injerencias de terceros, sean sujetos privados o de

²⁴⁰ Otro tanto cabe decir del art. 102.2 y 3 del el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, que se refiere a la autorización para acceder al «lugar donde se encuentren los bienes» a embargar o los «locales del deudor o de un tercero».

²⁴¹ Excepto en los supuestos en que dicho espacio pueda constituir un domicilio constitucionalmente protegido como, por ejemplo, los locales de negocio, cuestión que ha ya sido abordada en el estudio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Derecho público²⁴². De modo que, tanto si la finca está cercada o no, como si el local está abierto o no, y no obstante pudiera inferirse que se consienten las entradas, el titular puede hacer uso en cualquier momento de la facultad de exclusión, al ser esta imprescriptible²⁴³. Podrían en este sentido darse extraños supuestos en los que la Administración apreciara que la finca o local está abierto y presumiera el consentimiento, pero posteriormente durante el transcurso de la ejecución el titular se percatara de la actuación administrativa y se opusiera a la misma, con lo que debería solicitarse la autorización, retrotrayéndose la actuación administrativa con las consecuencias que la entrada realizada sin autorización pudiera comportar en sede revisora. Y, en tercer lugar, la literalidad de los preceptos ahora analizados se refiere a la ejecución forzosa. Al margen de si se trata de ejecución de resoluciones judiciales o de actos administrativos, o de mera ejecución²⁴⁴, si la ejecución es *forzosa* por definición viene implícita la oposición del administrado al contenido del acto y, por extensión, a la entrada. Así, en sede de ejecución forzosa cabe presumir en todo caso el no consentimiento del administrado y, por lo tanto, el ejercicio de la facultad de exclusión del titular respecto del espacio con independencia de su configuración física.

Por todos estos motivos pierde cualquier sentido la interpretación aludida a espacios «cuyo acceso requiera el consentimiento del titular», según la cual la Administración podría presumir que en determinados espacios el acceso es libre en atención a su configuración física por no manifestar el titular su derecho de exclusión apriorísticamente.

La interpretación de la mencionada oración subordinada debe atender a otros criterios. A mi entender, cuando el legislador alude *a sensu contrario* a los espacios de acceso no sometido al consentimiento del titular debe entenderse que se refiere a aquellos supuestos en los que la facultad de exclusión del titular ha sido restringida o limitada

²⁴² Excepto en los locales abiertos al público y en horario de apertura, en los que la facultad de exclusión del titular debe ejercerse de acuerdo con el derecho de admisión. En estos supuestos, el uso no apropiado del derecho de admisión suele desembocar en casos de discriminación. Sin duda, parece poco aplicable este criterio a las entradas realizadas por el poder público, en los que la oposición a la entrada difícilmente se reconduciría a un supuesto de discriminación, sino en todo caso a un supuesto de oposición al ejercicio del poder público que tantas veces se reconducen al delito o la falta de resistencia o desobediencia a la autoridad del artículo 556 y 634, respectivamente, del Código Penal. Sobre este tema merece ser recomendado el artículo de Alejandro HUERGO LORA, «El delito y la falta de desobediencia y las relaciones entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 1, 2002, pp. 1-24.

²⁴³ Pedro DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA, *op. cit.*, p. 136.

²⁴⁴ Sobre todo ello se volverá más adelante cuando se estudie cuál es la actividad administrativa sometida a la autorización judicial, a pesar que en el análisis de los bienes jurídicos sometidos a la autorización no puedan dejarse de hacer algunos apuntes al respecto en orden a articular del mejor modo posible el discurso.

frente a la actuación del poder público por medio de una norma con rango de ley²⁴⁵. Y es que no son pocas las ocasiones en las que la legislación limita explícitamente la facultad de exclusión del titular ante la actuación del poder público bien reconociendo a favor de la Administración la facultad de acceder a cualquier espacio para la consecución del interés público, bien imponiendo al administrado la obligación de facilitar la actuación administrativa —principalmente en el ámbito de la función inspectora²⁴⁶— o, por ejemplo, por medio de la constitución de servidumbres forzosas o legales²⁴⁷. Es precisamente en estos supuestos en los que el acceso a un espacio determinado deja de depender del consentimiento de su titular, y pasa a subordinarse a lo establecido legalmente. En estos casos se modula por la vía legal el contenido del derecho de propiedad, limitando una de sus facultades implícitas como es la de exclusión.

En conclusión, en el marco *iusadministrativo* allí donde la ley parece distinguir entre lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular y lugares de libre acceso,

²⁴⁵ Es esencial insistir en la necesidad de que se trate de una norma con rango de ley. En primer lugar, porque sólo las normas con rango de ley pueden entrar a regular el contenido esencial del derecho a la propiedad privada en virtud del artículo 53.2 de la CE; contenido esencial del cual forma parte la facultad de exclusión. En segundo lugar, en virtud del principio de jerarquía, no podría una disposición reglamentaria establecer, en contra de la LOPJ y de la LRJCA, excepción a la autorización judicial de entrada que ambas imponen.

²⁴⁶ Al hilo con la materia de establecimientos y espectáculos públicos, y actividades recreativas que vengo citando a pie de página a modo de ejemplo, sirva de nuevo con este fin el artículo 44.1 de la Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas de Cataluña, que establece «[l]os titulares y los organizadores deben permitir y facilitar las inspecciones que acuerde la autoridad competente. El personal de inspección puede acceder a cualquier lugar, instalación o dependencia, de titularidad pública o privada, con el límite constitucional de la entrada en domicilio». En el mismo sentido, el artículo 30 de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de espectáculos públicos y actividades recreativas de la comunidad autónoma de Madrid, o el artículo 25 de la Ley 4/1995, de 10 de noviembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas del País Vasco.

Estos son algunos ejemplos de la limitación por vía legal del derecho de propiedad al suprimirse la facultad de exclusión frente al poder público. Este tipo de limitaciones suelen imponerse principalmente en el ámbito de la actuación inspectora de la Administración, en un sentido claramente opuesto a la imposición de la autorización de entrada de la LOPJ y de la LRJCA para la ejecución forzosa. Constatado ello, la pregunta que puede plantearse es si la actividad inspectora es susceptible de considerarse como ejercicio de la potestad de ejecución forzosa. Si la respuesta es afirmativa, la mencionada regulación chocaría frontalmente con los preceptos contenidos en la LOPJ y la LRJCA. Estas son cuestiones que se tratarán en el capítulo dedicado a la actividad administrativa sujeta a la autorización judicial de entrada.

²⁴⁷ Así, por ejemplo, el artículo 48.6 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, establece que «[l]as infraestructuras, existentes o de nueva creación, incluidas en las zonas de alto riesgo de incendio tendrán una servidumbre de uso para su utilización por los servicios de prevención y extinción de incendios». También en un sentido similar e igualmente en el sector de los montes, la Ley catalana 5/2003, de 22 de abril, de medidas de prevención de los incendios forestales en las urbanizaciones sin continuidad inmediata con la trama urbana, establece en el artículo 6.1 que «[e]n los terrenos incluidos en la franja de protección que regula el artículo 3.1.a) que no pertenecen a la urbanización se establece una servidumbre forzosa para acceder a la misma y efectuar en ella los trabajos de limpieza necesarios».

debe tenerse en cuenta que toda entrada en propiedad privada depende del consentimiento del titular, siempre que una ley no haya limitado la facultad de exclusión del mismo. Así, el acceso a propiedad privada sólo deja de depender del consentimiento del titular cuando una disposición legal haya suprimido su facultad de exclusión ante el poder público²⁴⁸, con independencia de la configuración física del espacio en cuestión.

Sin embargo, lo paradójico de lo que hasta ahora se discurre, es que esta distinción se establezca en sede de ejecución forzosa. La paradoja arraiga en dos razones. De un lado, en la regulación básica establecida en la LRJAPyPAC sobre ejecución forzosa no aparece limitación alguna de la facultad de exclusión del propietario, imponiéndose, por ejemplo, la obligación de facilitar toda entrada en propiedad privada a la Administración ejecutora. De otro, el artículo 91.2 de la LOPJ y el 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, al recoger la exigencia de la autorización judicial de entrada en propiedad privada consiguen el efecto diametralmente opuesto: otorgan al ejercicio de la facultad de exclusión del propietario relevancia suficiente para enervar el poder de autotutela ejecutiva de la Administración, siendo la resolución judicial imprescindible para realizar la entrada. Por ello, en sede de ejecución forzosa, no cabe hacer distinción alguna en abstracto entre lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular y lugares de acceso libre, en tanto que el titular de este derecho definido por la doctrina civilista como *señorío global*, ostenta en todo momento la facultad de exclusión. Es, en definitiva, la regulación de la LOPJ y de la LRJCA la que impone que toda entrada en ejecución forzosa deba ir acompañada de la preceptiva autorización judicial, tanto en domicilio como en propiedad privada, cuando no medie el consentimiento del titular.

Una redacción análoga es la que recoge el mismo artículo 8.6 de la LRJCA, en su párrafo tercero. Este precepto impone la autorización judicial a las entradas en «domicilios, locales, terrenos y medios de transporte» realizadas por la Comisión Nacional de la Competencia cuando «requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición». Igual que en los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6 párrafo primero de la LRJCA, se configura el espacio como si cupiera la posibilidad de que su acceso no dependiera del

²⁴⁸ En este mismo sentido, Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, «El derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la actuación inspectora», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 17, 2000, p. 238; el mismo autor en *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Granada, Comares, 2002, pp.290-294. César SEMPERE RODRÍGUEZ interpreta que cuando la LOPJ alude a la posibilidad de que «el acceso dependa del consentimiento del titular», cabría restringirla a aquellos supuestos en que la ley exija, expresa e inequívocamente, tal consentimiento», para acabar concluyendo que salvo frente a la actuación de la administración pública «dentro de una habilitación legal, en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento establecido», el titular no puede oponerse a las entradas de la poder público y, en estos casos, lo que debería es recurrir a la vía interdictal. César SEMPERE RODRÍGUEZ, «El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen», en Óscar ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. II, Madrid, Cortes Generales Editoriales de Derecho reunidas, 1997, p. 429.

consentimiento del titular. Como ya se ha comentado anteriormente, el párrafo tercero del artículo 8.6 halla su origen en el artículo 40 de la LDC, por lo que su interpretación debe ser conjunta. Precisamente, el artículo 40.3 de la LDC impone a las empresas y asociaciones de empresas la obligación de «someterse a las inspecciones que el Director de Investigación haya autorizado», con lo que en estos supuestos no es necesario impetrar la autorización judicial, salvo que la entrada recaiga en un domicilio constitucionalmente protegido. La expresa previsión de la obligación de sometimiento a las inspecciones, limita la facultad de exclusión de los titulares frente a la inspección. En cambio, si la entrada se realiza en los locales, terrenos o medios de transporte de personas físicas, sí será preceptiva la intervención del juez²⁴⁹.

También el artículo 51 de la LEF pretende evitar la indeterminación de los mencionados preceptos de la LOPJ y de la LRJCA, acotando explícitamente qué debe entenderse por espacios de acceso dependiente del titular, a saber: únicamente a los «locales cerrados sin acceso al público». A primera vista, puede parecer que la LEF haga una interpretación propia de la LOPJ y de la LRJCA, interpretación que atiende claramente a la configuración física de los espacios: interpreta que el acceso no depende del consentimiento del titular cuando se trate de fincas o terrenos, o de locales abiertos al público —espacios sobre los que el cierre, es decir, el ejercicio de la facultad de exclusión más explícito, no resulta evidente. Sin embargo, el artículo 51 de la LEF, a pesar de las apariencias, no presta una interpretación de la LOPJ y de la LRJCA, sino que los llena de contenido. Es decir, regula de forma autónoma e independiente los supuestos de ocupación sobre propiedad privada, enervando la facultad de exclusión del titular en todos los supuestos excepto en aquellos en los que la titularidad recaiga sobre «locales cerrados sin acceso al público», que es en los únicos casos en los que impone la autorización judicial de entrada para acceder a los mismos, cuando no obre el previo consentimiento del titular. La LEF deviene así en otro supuesto de limitación explícita por la vía legal de la facultad de exclusión del titular ante la actuación del poder público; será precisamente en los supuestos que la misma ley establece, en los que el acceso al espacio no requerirá el consentimiento del titular. Así la Administración podrá ocupar sin autorización judicial previa todos los espacios excepto aquellos que constituyan un domicilio o sean locales cerrados sin acceso al público.

En último lugar, cabe mencionar el artículo 80 de la Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón, que establece que «[c]uando para el ejercicio de sus funciones inspectoras fuera precisa la entrada en *domicilios* y *restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular*, deberá solicitar la oportuna autorización judicial», que traslada con absoluto mimetismo lo establecido en el artículo 8.6, párrafo primero, de la LRJCA. Junto a la anterior, la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, que

²⁴⁹ Véase el Capítulo VI, dedicado a *La autorización judicial de las inspecciones ordenadas por la Comisión Nacional de la Competencia*.

modifica el artículo 100 de la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid, según la nueva redacción del cual «[l]os Agentes Forestales requerirán de autorización judicial para acceder a *montes o terrenos forestales* de titularidad privada». Sin duda estos últimos preceptos son los que más se ajustan a la configuración civil del derecho a la propiedad privada y de la facultad de exclusión, que se reconoce al titular con independencia de la configuración física del monte o del terreno, o del lugar o local. En este supuesto el legislador, al exigir la autorización judicial de entrada en todo caso, reconoce al titular el poder pleno de oponerse a las entradas no solo de otros particulares sino del poder público, con lo que estas estarán en todo caso sometidas al previo consentimiento²⁵⁰. A diferencia de lo que sucede en la mayoría de los supuestos de actividad administrativa de inspección, en los anteriores preceptos el legislador no limita la facultad de exclusión del titular imponiéndole la obligación de facilitar la actividad inspectora.

(b) Una vez constatado que la configuración del espacio es irrelevante y que aquello a tener en cuenta es el ejercicio de la facultad de exclusión mediante la oposición o consentimiento y si este queda limitado por ley, resulta oportuno reparar en los titulares a los que se reconoce tal facultad. A pesar de que el cierre o cercado de las fincas se reconozca en exclusiva a los propietarios, cabe tener en cuenta que la facultad de exclusión no solo puede ponerse de manifiesto mediante dicho cierre, sino también mediante el deslinde o las acciones específicas para la protección de la propiedad, reconocidas no solo al propietario, sino a los titulares de derechos reales en general. Y no solo eso, la facultad de exclusión también alcanza a poderes de hecho, como la posesión, al reconocerse al poseedor acciones específicas para la protección de su poder de hecho mediante los interdictos. Así pues, la facultad de exclusión no recae únicamente sobre el titular dominical, sino que puede predicarse del resto de derechos reales, de situaciones creadas a través de relaciones contractuales e incluso de meras situaciones de hecho como la posesión.

En relación con los derechos reales, la exclusividad es una característica común de todos ellos, ya que el derecho real se caracteriza por unir de forma exclusiva al titular con la cosa. Sin duda, en la propiedad privada esta exclusividad y la facultad de exclusión es donde con mayor fuerza se manifiestan, en tanto que la exclusión puede ejercerse *erga omnes*. En cambio, en los supuestos de derechos reales limitados, la exclusividad será restringida. Los titulares de derechos reales limitados gozarán de la facultad de exclusión cuando esta se manifieste como un modo adecuado para la protección del contenido del derecho. Ello se dará en aquellos supuestos en los que la titularidad del derecho real implique el goce sobre la cosa²⁵¹, lo que principalmente

²⁵⁰ Cuestión distinta, es que la obligatoriedad de la autorización se imponga al ejercicio de la función de inspección, de lo que nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

²⁵¹ En el mismo sentido, José GONZÁLEZ GARCÍA, según quien «la facultad de exclusión no es atributo esencial y único de la propiedad, aunque esto sea lo normal, sino que corresponde a quien

supondrá la posesión sobre la misma. Así, por ejemplo, el usufructuario gozará de la facultad de exclusión con el fin de garantizar el contenido del derecho real, a saber: la facultad de disfrute, que implica el uso y la utilización de la cosa y, por lo tanto, la posesión de la misma, así como la facultad de adquirir los frutos que se generen. También el titular de una servidumbre, por ejemplo de paso, está facultado para excluir de dicho paso a terceros. Igualmente, también algunas relaciones contractuales implican la facultad de exclusión. Ejemplo paradigmático de ello es el contrato de arrendamiento. El arrendatario goza de la facultad de excluir a terceros de la cosa arrendada con el fin de garantizar también la exclusividad en el disfrute de la facultad de goce o uso por tiempo indeterminado sobre la cosa que en virtud del arrendamiento posee legítimamente²⁵². También la posesión, entendida aquí como poder de hecho sobre una cosa acarrea la facultad de exclusión, al reconocerse a favor del poseedor la facultad de interponer los interdictos de retener y recobrar²⁵³.

Así, la referencia a la autorización judicial para acceder a la propiedad privada no solo protege el derecho a la propiedad privada, sino que otros derechos reales son susceptibles de verse también protegidos ante la acción del poder público mediante la autorización, así como aquellas situaciones jurídicas en las que la exclusividad sea necesaria para el efectivo goce de los derechos adquiridos sobre la cosa, como por ejemplo en el arrendamiento, junto con las situaciones que sean meramente posesorias de hecho. Debe precisarse pues, que la alusión que aquí se hace a la propiedad privada como bien jurídico protegido por la autorización judicial de entrada es en sentido impropio, no riguroso²⁵⁴. De este modo la protección de la propiedad privada por

ostente la facultad de gozar y disfrutar». José GONZÁLEZ GARCÍA, *La facultad de exclusión del propietario*, Granada, Servicio de publicaciones de la Universidad de Granada, 1986, p. 243.

²⁵² Se configura el arrendamiento como una relación contractual, no como derecho real, que puede recaer tanto sobre cosas como sobre obras o servicios. En los supuestos de arrendamiento de bienes inmuebles, en relación con la facultad de exclusión del arrendatario, cabe tener en cuenta el artículo 1.559 del CC que establece la obligación del arrendatario de «poner en conocimiento del propietario, en el más breve plazo posible, toda usurpación o novedad dañosa que otro haya realizado o abiertamente prepare en la cosa arrendada»; así como el artículo 1560 del mismo Código según el cual «[e]l arrendador no está obligado a responder de la perturbación de mero hecho que un tercero causare en el uso de la finca arrendada», y a renglón seguido reconoce al arrendatario acción directa contra el tercero que perturbarse su facultad de uso: «el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador».

²⁵³ Cabe recordar que el interdicto se reconoce no solo a poseedor de hecho, sino también al de derecho, es decir, a aquel que bajo un título jurídico ya sea un derecho real o una situación jurídica subjetiva nacida de una relación contractual, ostente la posesión sobre un bien. Sin embargo, interesa en este punto destacar el reconocimiento de la facultad de interponer interdictos a los meros detentadores de la cosa, a falta de título jurídico y incluso de mala fe, que de otro modo quedarían despojados de la facultad de exclusión, que es lo que aquí interesa resaltar. Al respecto, Manuel ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 94 y ss.

²⁵⁴ Advierte Manuel ALBALADEJO sobre el uso en sentido impropio del concepto de propiedad, que «se refiere, en general, a los *bienes y derechos patrimoniales*. Cuando se habla entonces de *propiedad*, se alude a todos aquellos o cualquiera de ellos. Así, al decir, por ejemplo, que nuestro Ordenamiento jurídico *reconoce la propiedad privada*, o que existen *delitos contra la propiedad*, se expresa la idea de que están acogidos y protegidos, no sólo el derecho de propiedad rigurosamente hablando, sino también el

medio de la autorización judicial de entrada resulta en la garantía de un conjunto de derechos de contenido patrimonial ante la actuación del poder público que hallan su punto en común en la facultad de exclusión que les es ínsita y, a su vez, en la situación posesoria que se da en lo fáctico. De este modo, el ejercicio ponderativo que se le presupone a la resolución judicial que autoriza el acceso o la entrada a la propiedad privada no repercute únicamente en la protección de la propiedad, sino en la protección de un elenco de *derechos de contenido patrimonial*, alcanzando así su tutela a un amplio abanico de *supuestos posesorios* frente a la actuación pública.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL MEDIANTE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.

De lo que hasta ahora se ha visto en relación con la propiedad privada destaca su concepción como *señorío absoluto*. Se trata de la concepción liberal del derecho a la propiedad privada como derecho absoluto, en la que se acentúan las características del derecho como exclusivo y excluyente²⁵⁵. Es un concepto derivado de la tradición romanista y de las doctrinas liberales decimonónicas, el cual, sin embargo, en el s. XXI debe entenderse fuertemente delimitado por la llamada función social de la propiedad privada. Entra aquí en juego el artículo 33 de la Constitución y su configuración del derecho a la propiedad privada, y el establecimiento de la función social como delimitación de su contenido. Dice el artículo 33.2 de la CE que «[l]a función social de estos derechos [la propiedad y la herencia] delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes».

A pesar de la dificultad de definir un concepto tan amplio como el de «función social», sírvanos la escueta pero acertada definición que presta DÍEZ-PICAZO, según quien «[p]or función social debe entenderse (...) que [la propiedad privada] se encuentra subordinada al interés general, o con palabras más clásicas, al bien común»²⁵⁶. Y no sólo

usufructo, las servidumbres, la hipoteca, los créditos, etc.». Por oposición, existe el sentido riguroso que se refiere al derecho real por antonomasia, a la propiedad privada como «*poder jurídico pleno sobre la cosa*». Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil*, Barcelona, Edisofer, 2004, pp. 231 y 232.

²⁵⁵ Se entiende que la exclusión y exclusividad predicadas del derecho de la propiedad privada «instaura[n] una relación unívoca hombre-cosa, sujeto-objeto, cuya puesta en práctica afecta única y exclusivamente a su titular, no derivándose ningún tipo de consecuencia para las restantes personas. De este modo, se hace total abstracción del aspecto intersubjetivo del derecho de propiedad, porque se ignoran las posibles relaciones sociales que se pueden derivar del ejercicio de las facultades dominicales y las repercusiones que éste puede tener sobre terceros distintos del propietario». Rafael COLINA GAREA, *La función social de la propiedad privada en la Constitución de 1978*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, p. 120.

²⁵⁶ Luís DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *op. cit.*, p. 142. Existen distintas líneas interpretativas de cómo la función social afecta al derecho a la propiedad privada, aunque sea la comúnmente aceptada la que aquí se expone. Acerca de las distintas posturas sobre la vinculación entre función social y propiedad privada, pueden consultarse, entre otros: Carlos LASARTE ÁLVAREZ, «Propiedad privada e intervencionismo administrativo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 71, 1975, pp. 142-150; Rafael COLINA GAREA, *op. cit.*, pp. 175-219.

eso, la función social se integra como elemento ínsito a la propiedad privada configurando el contenido del derecho. El Tribunal Constitucional se pronunció al respecto en la temprana sentencia 37/1987²⁵⁷, en los siguientes términos:

(...) la Constitución reconoce un derecho a la propiedad que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social, definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

En la función social de la propiedad privada se fundamenta el gran número de límites impuestos al derecho real en interés público, que son «de variadísimas clases, se encuentran dispersos en multitud de disposiciones y aumentan de forma creciente en estos últimos tiempos como consecuencia del mayor intervencionismo estatal en todos los órdenes»²⁵⁸. La doctrina civilista al estudiar los límites en interés público del derecho de propiedad suele dedicar extensas enumeraciones de los ámbitos en los que el interés público prima sobre el derecho real. Entre otros, la defensa nacional, el interés de la seguridad de las personas y las cosas, el interés de la navegación, flotación, pesca y salvamento fluviales, la vivienda y el urbanismo, la agricultura, y un largo etcétera. Otro buen ejemplo del influjo de la función social en el derecho de la propiedad privada es el libro quinto del Código Civil de Cataluña²⁵⁹, que incorpora en el mismo texto de la ley un listado de materias que operan como restricciones en interés público a la propiedad privada²⁶⁰. Y no sólo cabe tener en cuenta la normativa

²⁵⁷ Fundamento jurídico 2º de la STC 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987/37).

²⁵⁸ Manuel ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 246. Junto con los límites en interés público a la propiedad privada, coexisten los límites en interés privado, marcados principalmente por las relaciones de vecindad (art. 549 CC).

²⁵⁹ Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

²⁶⁰ Se encarga de ello el artículo 545-2, que contiene las «restricciones en interés público», tal como se transcribe a continuación.

1. Les restriccions en interès públic afecten la disponibilitat o l'exercici del dret, constitueixen els límits ordinaris del dret de propietat en benefici de tota la comunitat i es regeixen per les normes d'aquest codi i de les altres lleis.

nacional y autonómica, sino que cada vez juega un papel más importante la normativa europea, en especial la relativa a la política agrícola común y la medioambiental, cuyo contenido es susceptible de afectar restrictivamente el derecho a la propiedad para la consecución de los fines perseguidos²⁶¹. Es claro pues que la normativa administrativa incide, y con gran contundencia, en el régimen jurídico de la propiedad privada.

Desde la vertiente jurídico-administrativa, todo este conjunto normativo configura lo que la doctrina viene denominando como «régimen administrativo de la propiedad privada»²⁶². Bajo la referida categoría se distingue entre limitaciones de la propiedad, las prestaciones obligatorias *in natura* a favor de la Administración y también las servidumbres administrativas²⁶³. Son todas ellas formas de intervención administrativa

2. Tenen la consideració de límits ordinaris del dret de propietat, entre d'altres, les següents restriccions que estableix la legislació: a) Del planejament territorial i urbanístic i de les directrius de paisatge, i, en aplicació d'aquests, dels plans d'ordenació urbanística. b) Sobre l'habitatge. c) Agrària i forestal. d) De protecció del patrimoni cultural. e) De protecció dels espais naturals i del medi ambient. f) De construcció i protecció de les vies i de les infraestructures de comunicació. g) De costes i d'aigües continentals. h) De foment de les telecomunicacions i de transport de l'energia. i) D'ús i circulació dels vehicles de motor, els vaixells i les aeronaus. j) De protecció i defensa dels animals. k) De defensa nacional.

²⁶¹ Sirvan como ejemplo la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, junto con la Directiva 92/43/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, por la que se creó la Red Natura 2000. La transposición de la Directiva de Aves Silvestres se llevó a cabo a través de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, derogada por la Ley 42/2007, de 13 diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad. La Red Natura incluye dos tipos de espacios naturales creados por las Directivas anteriormente mencionadas: las Zonas de Especial Protección para las Aves y las Zonas Especiales de Conservación, en las que una vez declaradas como tales, se imponen todo tipo de medidas tendentes a la conservación de dichos hábitats, lo que en muchos supuestos supone restricciones a la actividad extractiva, agrícola, al tráfico rodado, etc. Véase el catálogo de infracciones recogidas en el artículo 76 de la mencionada Ley 42/2007, entre las que se incluye, por ejemplo, «la instalación de carteles de publicidad o la producción de impactos paisajísticos sensibles en los espacios naturales protegidos» (letra h) del artículo 76.1).

²⁶² Algunos de los trabajos más destacables en este ámbito son: *La Vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*, V Congreso Hispano-Italiano de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976. De esta obra merece especialmente ser destacada la ponencia de Martín BASSOLS COMA y de Rafael GÓMEZ-FERRER MORÁN sobre «La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos», pp. 19-118. Junto al anterior, véase también, entre otros, Javier BARNÉS VÁQUEZ, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, Civitas, 1988; Javier BARNÉS VÁQUEZ (Coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo*, Madrid, Tecnos, 1995; Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. III, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 204-242.

²⁶³ Fernando GARRIDO FALLA, *op. cit.*, pp. 204-242. Según el autor mencionado, las limitaciones de la propiedad deben distinguirse de las prestaciones obligatorias *in natura* y las servidumbres administrativas, a pesar de que a menudo el concepto de limitación se utilice de forma genérica para englobar todas las formas de intervención administrativa en la propiedad privada. Así, entre otras, bajo el concepto de limitación incluye el régimen de intervención sobre el suelo, a lo que dedica un capítulo. Bajo el concepto de prestaciones obligatorias *in natura*, estudia la expropiación forzosa, las requisas civiles y militares, las ocupaciones temporales y las transferencias coactivas de bienes fungibles. En último lugar,

en la propiedad privada, que implican en un sentido u otro restricción del derecho, sino la extinción misma de la titularidad²⁶⁴.

Ya se ha advertido que es la propia configuración constitucional del derecho a la propiedad lo que permite este intervencionismo sobre el mismo mediante ley en virtud de su función social. Ello no es óbice, sin embargo, para la consideración del derecho a la propiedad privada como derecho constitucional, al incluirse en el Título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales y a su vez en el Capítulo II, dedicado a los

las servidumbres administrativas se refieren a la limitación de alguna o algunas facultades del titular sobre el bien a favor de la Administración, como por ejemplo las servidumbres de paso para mantenimiento de líneas eléctricas, etc.

Subyace en la clasificación que presta este autor la distinción clásica entre limitación y delimitación de la propiedad privada, aunque identifique como limitación lo que en el fondo es la delimitación del derecho de propiedad en tanto que configura lo esencial del contenido del derecho. Bajo lo que normalmente se entiende como limitación del derecho real, GARRIDO FALLA incluye las servidumbres y las prestaciones obligatorias *in natura*.

En el mismo sentido, Francisco LÓPEZ-NIETO Y MALLO, *Manual de expropiación forzosa*, Barcelona, Bayer Hnos., S.A., 1990, pp. 17-18.

Sobre las servidumbres administrativas debe citarse, entre otras, la obra de Juan Antonio CARRILLO DONAIRE, *Las servidumbres administrativas. Delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico*, Valladolid, Lex Nova, 2003.

²⁶⁴ Advierte GARRIDO FALLA cuando emprende el estudio del régimen administrativo de la propiedad privada en *Tratado de Derecho administrativo*, que el enfoque que se adopta «supone una quiebra del método que hasta ahora aquí nos ha traído y que se basa en el estudio de las instituciones jurídicas según su naturaleza y no según el objeto material sobre que recaen», lo cual justifica en «razones didácticas y de tipo práctico». Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. III, *cit.*, p. 206.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, consideran poco funcional el estudio de la actividad administrativa en función del objeto sobre el que la misma recae. Autores como, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ prefieren tomar como punto de partida la categoría creada por ROMANO de «actividad administrativa de limitación de derechos». Si bien admiten que una de las clasificaciones más importantes de limitaciones administrativas se obtiene en atención a los derechos sobre los que inciden —libertades públicas, propiedad, empresa y derechos de obligación—, los mencionados autores atienden a otros criterios para su estudio. Así, toman prestada la clasificación de VIGNOCCHI de las limitaciones de derechos, aun no aceptándola completamente, y dividen en cuatro grandes grupos los tipos de actividad administrativa de limitación de derechos: a) la prohibición relativa de ejercicio con reserva a la Administración de una excepción permisiva, ejercida mayormente por la técnica de la autorización administrativa; b) la permisón normativa de un ejercicio libre con reserva de excepción prohibitiva impuesta en casos concretos por la Administración, que se manifiesta principalmente a través de las órdenes; c) las potestades ablatorias (reales) de la Administración, que dividen en tres grandes grupos: las expropiaciones, las transferencias coactivas no expropiatorias y los comisos o decomisos; y d) las prestaciones forzosas, que pueden ser reales o personales. Junto a estas técnicas de limitación de derechos, incluyen las técnicas de delimitación de derechos privados, cuya incidencia en el derecho afectado es mayor en tanto que el contenido esencial del derecho se configura a partir de la incidencia de la actuación administrativa en el mismo. Las principales técnicas de delimitación de derechos que incluyen son la concesión administrativa y las técnicas de intervención administrativa en la propiedad privada, principalmente mediante la ordenación del suelo y de la propiedad urbana. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, vol. II, 2004, pp. 101-161.

derechos y libertades²⁶⁵. Ahora bien, a pesar de su configuración como tal, el hecho de constar en la Sección 2.ª de dicho capítulo, y no en la 1.ª, reduce el elenco de mecanismos protección constitucionalmente ideados para la salvaguarda de los derechos fundamentales. Por un lado, queda excluido del procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, así como del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE). Tampoco se exige ley orgánica para su regulación, sino una norma de rango legal ordinaria que en todo caso deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE). Aparte, también el ordenamiento jurídico administrativo ejerce, y así lo manifiesta expresamente la legislación, una mayor protección sobre los derechos fundamentales que sobre el resto de derechos constitucionales. Sirva como ejemplo en el artículo 62 de la LRJCA, reservado a los defectos de invalidez más graves, que contempla en su apartado primero letra a), como causa de nulidad aquellos actos que «lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional», categoría de la que queda excluido el derecho a la propiedad privada.

Todo ello coloca al derecho de la propiedad en una situación desaventajada respecto de los derechos fundamentales de la Sección 1.ª, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio. A consecuencia de todo ello, incluso el Tribunal Constitucional se ha referido al derecho a la propiedad como un «derecho debilitado»²⁶⁶.

En este escenario de creciente *intervencionismo* y de *debilitamiento* del derecho a la propiedad, y teniendo en cuenta la configuración del mismo como derecho fundamental de la Sección 2.ª, son varios los motivos que conducen a afirmar que la

²⁶⁵ Igualmente, debe tenerse en cuenta el reconocimiento del derecho a la propiedad privada en el Protocolo adicional número 1 del CEDH. El artículo 1 del mencionado Protocolo reconoce la protección de la propiedad en los siguientes términos: «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas».

Es preciso también recordar que España, al ratificar el Protocolo adicional número 1, en fecha 27 de noviembre de 1990, formuló una reserva al artículo 1 estableciendo que la aplicación del mismo debe efectuarse a la luz del artículo 33 de la CE. Esta reserva, sin embargo, no obsta la incorporación por el TC de la doctrina del TEDH respecto de la configuración del derecho a la propiedad privada del artículo 1 del Protocolo adicional número 1. Sirva de ejemplo la STC 48/2005, de 3 de marzo (RTC 48/2005), sobre un supuesto de expropiación forzosa por medio de una ley singular dictada por el Parlamento canario.

²⁶⁶ STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8.º (RTC 1983/111), conocida también como sentencia Rumasa. Al concepto de «derecho subjetivo debilitado» que utiliza el TC dedica unas interesantes reflexiones Rafael COLINA GAREA, *op. cit.*, pp. 208-219, en las que principalmente insiste en la necesaria matización de la idea de debilitamiento del derecho a la propiedad, ya que según este autor más que debilitarse o menguar ante las necesidades del Estado social, «ha sido el mismo derecho subjetivo dominical el que ha sufrido en su propio interior una profunda transformación», de modo que no deja de ser un «auténtico derecho subjetivo que no nace de ningún tipo de acto administrativo y, por esta razón, la Administración está obligada ordinariamente a respetarlo» (*Ibid.* pp. 210 y 215 respectivamente).

autorización judicial de entrada para acceder a espacios constitutivos de propiedad privada se convierte en una *rara avis*, al condicionar la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración a una intervención judicial previa, empezando por el hecho de ser este un derecho cuyo contenido viene fuertemente condicionado por la función social que está llamado a ejercer.

De hecho, el mismo Tribunal Constitucional así lo puso de manifiesto ya en la STC 22/1984, de 17 de febrero²⁶⁷. Una de las argumentaciones a las que el Tribunal tuvo que hacer frente en el recurso de amparo que se le planteaba para defender que la penetración en el domicilio constitucionalmente protegido debía ir acompañada de la correspondiente resolución judicial, se fundamentaba en la prevalencia del fin social, fin público o interés general perseguido por la ejecución administrativa frente al mencionado derecho fundamental. Ante ello el máximo exegeta de la Constitución se pronunció en los términos que se transcriben a continuación:

Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismo valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución.

Y como ejemplo de lo anterior, el Tribunal recurre inmediatamente después al derecho a la propiedad privada frente al cual opone el derecho a la inviolabilidad del domicilio. El fragmento en cuestión es el siguiente:

Así, por ejemplo, el artículo 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social. No ocurre esto en materia de inviolabilidad del domicilio, donde la Constitución no dice que deba sacrificarse a cualquier fin social (...)

Es decir, a diferencia de lo que ocurre ante el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, la configuración constitucional del derecho a la propiedad privada, intensamente modulado por su función social, decanta la balanza en la que se pondera dicho derecho y el interés general, a favor del interés general que prevalece entonces frente a este derecho individual. Es claro pues el régimen distinto al que la norma constitucional somete al derecho a la propiedad privada en el contexto jurídico administrativo.

Además, por otro lado, al tratarse la autorización de entrada de un mecanismo ideado para la protección de un derecho fundamental incluido en la Sección primera y, por tanto, con las máximas garantías previstas en el ordenamiento jurídico, se distorsiona la esencia misma de la institución de la autorización al trasladarla a la protección de un

²⁶⁷ STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3.º (RTC 1984/22).

derecho de la Sección 2.ª, a los cuales se otorga por definición un menor grado de protección. A lo que cabe sumar el hecho de que el resto de supuestos autorizadores que recoge la LRJCA, como la autorización de medidas sanitarias para la tutela de la salud pública o las autorizaciones insertas en los procedimientos de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, van dirigidos a la protección de derechos fundamentales de la Sección 1.ª, como se verá más adelante en el trabajo.

Frente a lo anterior, no puede pasarse por alto que el derecho a la propiedad queda recogido en varias declaraciones de derechos de carácter internacional, en las que no se hacen distinciones entre los distintos derechos incluidos en sus catálogos por razón de los mecanismos de garantía previstos para ellos. Así, el art. 17 de la Declaración Universal de Derechos humanos recoge el derecho a la propiedad²⁶⁸, a pesar de no ser exigible ante los Comités creados al efecto puesto que ninguno de los Pactos de 1966 —ni el de derechos civiles y políticos, ni el de derechos económicos, sociales y culturales— lo incluyen en su articulado. Sí queda recogido, por el contrario, en el art. 1 del Protocolo adicional del CEDH²⁶⁹, así como en la más reciente Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en el art. 17.1²⁷⁰. Si bien es cierto que tales textos deben ser tenidos en cuenta en virtud del art. 10.2 de la CE, no lo es menos que la tutela del derecho a la propiedad privada que presta el art. 33 de la CE es equiparable, o incluso superior, a la del CEDH y a la de la CDFUE. En cualquier caso, su reconocimiento en tales textos internacionales sin distinciones respecto del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la influencia de la interpretación de su contenido realizada por el TEDH y el TJUE en la exégesis del contenido de los derechos y libertades de la

²⁶⁸ Según el cual «[t]oda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente» y, «[n]adie será privado arbitrariamente de su propiedad».

²⁶⁹ El art. 1 del Protocolo (fue aprobado en 1952, solo dos años tras el CEDH, y entro en vigor en 1998) reza del siguiente modo: «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas». Téngase en cuenta, no obstante, que España ratificó el Protocolo con una reserva en relación con el art. 1 del mismo «a la luz del artículo 33 de la Constitución Española». Como aprecia BARCELONA LLOP, entre otros, tal reserva no se explica teniendo en cuenta que el alcance del derecho de propiedad del art. 33 de la CE, es más amplio que el del CEDH. Javier BARCELONA LLOP, *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2013, pp. 13 y ss.

²⁷⁰ Su tenor literal es el que sigue: «Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general». Recuérdese que, de conformidad con el art. 51.1 de la CDFUE, las disposiciones de la Carta solo son exigibles en el marco de aplicación del Derecho de la Unión.

Constitución española, no implica que tales normas internacionales deban servir como canon de constitucionalidad; función que cumple la Carta magna²⁷¹.

Sin pretender ir más allá en la discusión sobre la naturaleza como derecho fundamental del derecho a la propiedad y, consciente de que nada impide al legislador extender la autorización de entrada a derechos de contenido patrimonial, cuya importancia y relevancia social no puede ponerse en duda, existen otros aspectos que me inclinan a criticar el uso del mecanismo autorizador para su tutela. La mayor objeción debe alzarse, de un lado, ante su actual disciplina legislativa y, del otro, ante la difusa protección que se otorga al derecho de propiedad privada y otros derechos de contenido patrimonial.

En relación con su disciplina —más allá de lo desafortunado de la redacción de los preceptos y su oscuro contenido—, como se verá a lo largo de los capítulos tercero y cuarto, el actual marco legislativo que regula la imposición de la autorización judicial de entrada es extremadamente parco y, cuando la autorización se exige para el acceso a la propiedad privada, es además asistemático y, en cierto sentido, confuso. A resultas de ello, la jurisprudencia se ha visto en la tesitura de trasponer los criterios, pautas o guías al respecto sentadas por el TC sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio, a los supuestos en los que la entrada es en propiedad privada, cuando la lógica hace apuntar que, de estimarse conveniente un control judicial previo para el ingreso en espacios constitutivos de propiedad privada, este debería ser en todo caso atenuado. Como consecuencia, una de las potestades que con más vigor identifican a nuestra Administración, la potestad de autotutela ejecutiva, se modula del mismo modo tanto ante un derecho fundamental en sentido estricto, como ante el derecho de propiedad privada y otros derechos de carácter patrimonial²⁷².

²⁷¹ El TC postula que «aunque los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 CE constituyen una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional, la interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no los convierte en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es decir, no los convierte en canon autónomo de constitucionalidad». Se cita el FJ 2.º de la STC 41/2002, de 25 de febrero (RTC 2002/41), entre muchas otras.

²⁷² No deja de haber, sin embargo, algún pronunciamiento judicial en el que se ponga de manifiesto la necesidad de distinguir entre los supuestos en los que la autorización protege el derecho fundamental y aquellos en que se protege el derecho a la propiedad privada. Muestra de ello es la STSJ de Madrid 2096/2008, de 5 diciembre (RJCA 2009/319), en la que se afirma que «cuando el Tribunal Constitucional ha analizado el alcance de la intervención judicial prevista en el art. 8.6 LJ lo ha hecho, lógicamente, desde la perspectiva de la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (el derecho de propiedad no es susceptible, como es sabido, de recurso de amparo), *sin que puedan extenderse, sin más y de forma mimética, unos requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional en función de la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, a aquellos otros lugares —“restantes lugares”— que no tengan, como aquí ocurre, la consideración constitucional de domicilio ni estén, por ello, amparados por las exigencias que derivan del art. 18.2 CE*» (FJ 5.º) (La cursiva es mía). En el mismo sentido, entre otras, las SSTJS de Madrid 1394/2008, de 30 de septiembre (JUR 2009/53466); 2306/2008, de

Por otro lado, como decía, la autorización de entrada dispensa una tutela difusa a los derechos de contenido patrimonial, a diferencia cuando se dirige a la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. A pesar de los puntos de conexión que inviolabilidad domiciliaria y propiedad privada comparten, el hecho de que el derecho a la inviolabilidad del domicilio se proyecte en un espacio de modo que este resulte la emanación de la intimidad personal y familiar de las personas, es lo que permite concebir cualquier intromisión en tal espacio como conculcadora de la inviolabilidad domiciliar, como se ha insistido ya en líneas precedentes. Desde esta perspectiva, es claro que la efectiva tutela del derecho fundamental debe procurar, entre otros, un control apriorístico respecto de la conducta tendente a la penetración, el acceso o la incursión en dicho espacio.

Sin embargo, cuando de propiedad privada o de un derecho de contenido patrimonial se trata, la proyección del derecho en el espacio dista mucho de ser equiparable a la del derecho fundamental mencionado. Por un lado, pueden darse supuestos en los que la mera penetración en la propiedad no suponga un menoscabo real en la utilidad que el derecho de contenido patrimonial revierte en el titular. Piénsese, por ejemplo, en aquella entrada que tiene por finalidad la aprehensión de unos bienes embargados que se hallan en un espacio cuyo acceso depende del consentimiento del titular. ¿En qué es minorado el derecho de propiedad sobre tal espacio? Por otro lado, en sede de propiedad privada puede suponer igual o mayor afectación del derecho patrimonial el acto administrativo, es decir, el título jurídico —por ejemplo, la imposición de una servidumbre administrativa sobre la finca—, que la ejecución de dicho acto —cuando, supongamos, que el uso de la servidumbre no prive al titular del goce sobre la cosa²⁷³.

30 de diciembre (JUR 2009/180916). No obstante, no se adivina en el marco del enjuiciamiento de la adecuación de la autorización, dónde reside el elemento diferencial en función de la calificación del espacio al cual se pretende el acceso. Del análisis jurisprudencial se desprende con claridad que los mismos criterios se aplican tanto cuando el ingreso es en un domicilio como cuando es en una propiedad privada.

No obstante, se pone de manifiesto esta modulación en la STSJ de Valencia 1565/2010, de 3 de diciembre (JUR 2011/121710), cuando ante la alegación de indefensión derivada de la falta de audiencia en la tramitación de la autorización en instancia el TSJ argumenta, entre otros, que «estamos ante una autorización de entrada en una parcela titularidad del demandante para completar la demolición de una estructura metálica de una nave, por lo que *no podemos aplicar rígidamente la doctrina elaborada a propósito de las entradas en el domicilio en sentido propio*» (FJ 3.º).

²⁷³ Este enfoque de la cuestión lleva a algún autor a afirmar la necesidad de atemperar la facultad de exclusión, que «sólo podrá ser ejercitada cuando la conducta del tercero cause daño al titular del derecho». José GONZÁLEZ GARCÍA, *La facultad de exclusión del propietario*, Granada, Servicio de publicaciones de la Universidad de Granada, 1986, p. 243. Entra entonces aquí en juego la ya clásica institución del derecho de uso inocuo o *ius usus inocui*, referida inicialmente al espiguelo o a la utilización de los restantes de una cosecha o cultivo que el titular no aprovecha.

No se acepta aquí esta conceptualización. Como afirma ALBALADEJO, «semejante derecho no existe» (...) «no constituye un límite a la propiedad, y el titular de ésta, puede, cuando le plazca, cesar en su tolerancia, prohibiendo los mencionados aprovechamientos [los inocuos]». Manuel ALBALADEJO, *op. cit.*, en nota a pie de página núm. 1, p. 244. Ahora bien, reconocer la facultad de exclusión del titular

Resulta así que se dispensa una protección difusa o indirecta del derecho de propiedad o de derechos de contenido patrimonial, mientras que la tutela directa que presta la autorización abarca la posesión o, en términos análogos a la terminología que utiliza el TEDH, el disfrute pacífico de aquello poseído²⁷⁴, con independencia del tipo de injerencia real que suponga el acto administrativo que se ejecuta y se asocia a la autorización judicial. Ello, a la postre, redundaría en una mayor posibilidad de que se dé un uso torticero de la institución autorizadora, a la vez que carente de fundamento garantista, tal como pone de manifiesto la llamada jurisprudencia indiferente, en especial cuando la intervención judicial sirve más al fin de amparar la actuación administrativa, que no la de proteger los derechos de los ciudadanos²⁷⁵, llegándose así a la total desvirtuación del fin de esta figura.

Además, y en relación con la aludida tutela difusa, debe recordarse que reconocida la facultad de exclusión no solo al titular dominical sino, en términos generales, a los poseedores, cuando la normativa administrativa se refiere a la oposición del titular como presupuesto de la exigencia de la autorización, lo hace al titular dominical o al titular de la facultad de exclusión o incluso a ambos. A la vista de la configuración normativa del acceso a los espacios dependientes del consentimiento del titular, se desprende que el consentimiento, tanto en positivo como en negativo, debe provenir de aquel que ostente la facultad de exclusión, con independencia de si recae en el mismo sujeto que es propietario como si recae en el usufructuario, en el arrendatario o simplemente en el poseedor no amparado de título jurídico o incluso de mala fe²⁷⁶. Desde este prisma, resulta que aquel cuya oposición debe constatararse coincide con aquel que ostenta legitimación activa para interponer un interdicto para la protección de la posesión²⁷⁷. Así, contra la Administración «están legitimados para ejercitar las acciones interdictales todos aquellos que en nuestro Código Civil merecen la consideración de poseedores», que alcanza en definitiva desde el propietario poseedor,

del derecho de contenido patrimonial en este sentido, no equivale a defender la idea de que el ejercicio de la potestad de autotutela deba conjugarse con la autorización judicial de entrada fuera de los supuestos de defensa de un derecho fundamental, como la inviolabilidad domiciliaria.

²⁷⁴ Así es como la jurisprudencia del TEDH se refiere a la regla primera del art. 1 del Protocolo adicional al CEDH. Sin que pueda ser objeto de nuestra atención el contenido que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo otorga a tal concepto, baste decir que protege el derecho de propiedad ante injerencias que no consisten en la privación. Al respecto, Javier BARCELONA LLOP, *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., pp. 29 y ss.

²⁷⁵ Por ejemplo, me remito a las ya citadas STSJ de Cataluña 195/2006, de 24 de febrero (JUR 2006/223895), en la que el Tribunal autoriza la entrada para «mejor amparar» la actuación administrativa, y la STSJ del País Vasco 48/2000, de 21 de enero (RJCA 2000/95), en la que se solicita la autorización «ad cautelam» o por razones de imagen y oportunidad».

²⁷⁶ Se establecería así el paralelismo con el consentimiento en los supuestos de domicilios, en los que la facultad de exclusión recae sobre el titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio, con independencia del título jurídico que lo vincule con el espacio domiciliar.

²⁷⁷ Según el artículo 446 del Código Civil, «todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen».

hasta los titulares de derechos reales que incluyan la posesión, hasta el detentador — como el arrendatario en virtud de contrato, pero también el precarista, en virtud de situación tolerada— y el poseedor de mala fe²⁷⁸. Poseedores, por lo demás, contra los que quizás no se dirija el acto administrativo cuya ejecución requiere la autorización de entrada.

Junto a las anteriores objeciones, cabe además tener en el ordenamiento jurídico prevé mecanismos de tutela del derecho de propiedad privada, como uno de los pilares a través de los cuales se organiza la sociedad en su vertiente no solo económica sino también social. En este sentido, es debido tener en cuenta la protección erigida en sede penal así como en sede civil²⁷⁹. Pero en este contexto, deben tenerse en cuenta en especial aquellos mecanismos que el ordenamiento jurídico administrativo ya prevé para la protección de los derechos de contenido patrimonial y, particularmente, de las situaciones posesorias. Me refiero en concreto a los interdictos que autoriza el art. 101 de la LRJAPyPAC —a pesar de que la doctrina más acreditada entienda que esta vía ha acabado pereciendo²⁸⁰— y al recurso contencioso-administrativo frente a la vía de hecho recogido en el artículo 30 de la LRJCA, recurso, valga decir, también de clara naturaleza interdictal. Es este otro motivo en el que fundamentar la desnaturalización de la autorización judicial de entrada cuando se refiere a la propiedad privada: el

²⁷⁸ Sobre la legitimación activa para interponer interdictos, me remitimo a Francisco LÓPEZ MENUENDO, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, cit., pp. 279-285; la cita pertenece a la p. 279. Luís Díez-PICAZO y Antonio GUILLÓN, *op. cit.*, pp. 110-112; Manuel ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 95-99. Cabe destacar que, respecto del poseedor clandestino o violento, algunos autores, entre ellos LÓPEZ MENUENDO, les niegan la posibilidad de interponer interdictos, mientras otros, como Díez-PICAZO se la reconocen.

²⁷⁹ En el marco del ordenamiento penal, dedica el Código Penal el Título XII del Capítulo II a los «[d]elitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», entre los cuales destacan especialmente aquí los delitos de ocupación de una cosa inmueble o usurpación de un derecho real (art. 245 CP). En lo relativo al ordenamiento civil, se ha hecho ya referencia a las acciones erigidas en sede de protección de la propiedad y los derechos reales.

²⁸⁰ Según Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, siguen coexistiendo tanto la posibilidad de interponer un interdicto ante la jurisdicción civil, como la de interponer recurso contencioso-administrativo ante la jurisdicción contencioso-administrativa frente a la vía de hecho que atente contra los derechos posesorios. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, vol. I, 2004, pp. 820 y ss. En idéntico sentido, Pascual SALA SÁNCHEZ, Juan Antonio XIOL RÍOS, Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, *Jurisdicción y competencia en el proceso contencioso-administrativo*, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 498 y ss.

La misma opinión manifestaba Francisco LÓPEZ MENUENDO, «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en REDA, núm. 100, 1998, pp. 314 y ss.; pero más recientemente, el mismo autor, da cuenta del fin de la vía civil de defensa posesoria interdictal a la luz de la jurisprudencia. Francisco LÓPEZ MENUENDO, «Fin de la tutela sumaria de la posesión —interdictos— frente a la Administración pública (el atípico final de una larga polémica)», en la obra colectiva coordinada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA, *Administración y justicia. Un análisis Jurisprudencial*. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández, vol. I. España, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 2567 y ss. Sin entrar en la controversia, me remito al último trabajo citado de LÓPEZ MENUENDO, pues en el da cuenta de la más reciente jurisprudencia civil al respecto, la mayoría de la cual rechaza los interdictos frente a la Administración a la luz de la incorporación de la LRJCA de 1998 del recurso contencioso-administrativo frente a la vías de hecho en sus artículos 25.2 y 30.

ordenamiento jurídico administrativo ya acoge ante estos supuestos mecanismos específicamente ideados para la protección de las situaciones posesorias²⁸¹. Si bien los interdictos y el recurso contencioso-administrativo frente a las vías de hecho suelen ser acciones emprendidas con posterioridad a la lesión del derecho —a diferencia del control apriorístico que implica la autorización judicial de entrada—, cabe tener en cuenta que la protección interdictal puede también avanzarse a la lesión, especialmente a través del interdicto de retener²⁸². En cualquier caso, debe reconocerse que sigue pesando sobre el administrado la carga de interponer el interdicto o el recurso frente a la vía de hecho, mientras que en la autorización judicial de entrada es la Administración quien acude de oficio a la jurisdicción.

A mi entender, las disfunciones que hasta ahora he intentado poner de manifiesto se derivan en último término de la divergencia en el fundamento que justifica la exigencia de la autorización judicial de entrada en el domicilio constitucionalmente protegido y en la propiedad privada. Mientras que en el caso del domicilio inviolable, es la configuración constitucional del derecho la que impone la decisión judicial como título legitimador de la entrada no consentida; en relación con la propiedad privada, es precisamente su configuración constitucional desde el prisma de la función social lo que hace tambalear su basamento, al quedar este derecho subordinado al interés común por la norma suprema. Por ello, de estimarse necesaria la protección de la propiedad privada por medio de la autorización de entrada, debería en todo caso procurarse un cuidado engarce de la institución en el marco preexistente, conformado principalmente por la configuración constitucional de la propiedad privada y su función social, y por el reconocimiento de la potestad de autotutela ejecutiva a la Administración pública.

La crítica subyacente a la actual marco legislativo que disciplina la autorización para acceder a la propiedad privada se fundamenta, por un lado, en la falta del aseguramiento de que la intervención judicial opere en aquellos supuestos en los que el derecho patrimonial sea susceptible de ser vulnerado realmente y, por lo tanto, se

²⁸¹ Cabe además añadir a estos mecanismos específicamente dirigidos a la protección de las situaciones posesorias, el resto de instrumentos de impugnación de la actividad administrativa al servicio del administrado, como son los recursos tanto en vía administrativa como judicial.

²⁸² Actualmente el artículo 250.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) encauza las acciones interdictales a través del procedimiento del juicio verbal. En este precepto se resume lo que la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 regulaba en los artículos 1.651 y siguientes, como interdictos de retener y recobrar. El de recobrar pretendía la recuperación de la posesión ya despojada. El de retener, en cambio, tenía como objeto la cesación de los actos que, aun no privando la posesión, la perturbaran. Y precisamente la perturbación no solo era susceptible de apreciarse cuando de forma real se produjeran injerencias o inmisiones en la posesión, sino «cuando el que se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten *la intención de inquietarle o despojarle*, o cuando haya sido ya despojado de dicha posesión o tenencia», según rezaba el artículo 1.651 de la anterior LEC. Este mismo contenido debe entenderse hoy recogido en el artículo 250.1.4.º de la LEC, con lo que el interdicto de retener sigue siendo posible ante «la intención de» la Administración de perturbar la posesión del administrado, con lo que también por la vía interdictal consigue avanzarse la protección de la situación posesoria a la efectiva lesión.

minore la posibilidad de que se abuse de la institución; y, por el otro, en la falta de una identificación clara de los criterios que el juez debe valorar para enjuiciar la adecuación de la entrada que, en todo caso, deberían ser distintos o atenuados respecto de aquellos establecidos para la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Hasta entonces, la paradoja acontece en su grado máximo de expresión cuando determinados lugares a los que el TC ha negado la condición de domicilio constitucional —como almacenes, bares, fincas, etc.— adquieren por la vía legal un estatus de garantía apriorística idéntico al del derecho fundamental ante la actividad ejecutiva de la Administración por medio de la autorización judicial de entrada.

En fin, por todo ello, la autorización judicial de entrada no resulta a mi juicio un mecanismo adecuado para la protección de la propiedad privada, pues no responde a su objetivo en términos de eficacia —como ya se ha visto—, pero tampoco en términos de eficiencia, puesto que no solo se modula la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración, con el sacrificio implícito de la consecución del interés general que ello supone, sino que además, se encomienda al poder judicial una nueva tarea, a las muchas otras que ya asume, contribuyéndose así a su saturación; tarea de la cual pueden cuestionarse en toda regla muchos extremos, entre ellos la misma consecución del fin que persigue.

CAPÍTULO TERCERO

ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SUJETA A LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA

Una vez vistos cuáles son los bienes jurídicos que tanto constitucional como legislativamente vienen protegidos por la autorización judicial de entrada, es necesario establecer con certeza *cuál* es la actividad administrativa susceptible de quedar sujeta a la previa autorización y *cuándo* el concurso del juez de lo contencioso-administrativo se impone efectivamente. Ambos extremos dependen de la configuración de esta institución de tutela judicial previa contenida tanto en la norma magna como en la legislación ordinaria. Así el ordenamiento jurídico-administrativo encuadra la autorización judicial en múltiples contextos, sin que por ello puedan dejar de observarse unos rasgos comunes en cada una de las situaciones en las que la Administración debe impetrar el auxilio judicial. Ello justifica que se emprenda este capítulo intentando abstraer cuáles son estos rasgos comunes, para luego descender de nuevo al marco jurídico que disciplina la autorización judicial y poder establecer los matices que acompañan en cada situación a esta institución.

I. PRESUPUESTOS PARA LA EXIGENCIA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN EL MARCO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

El estudio de los elementos que concurren en la exigencia de la intervención judicial se aborda, como no podía ser de otro modo, a partir de la configuración constitucional y legislativa de la autorización judicial de entrada, pero con el ánimo de poder subsumir todos los supuestos bajo el manto de categorías generales. Se pretende con ello llegar a la abstracción de los presupuestos que configuran la exigencia de la previa autorización de entrada y, así, a una mejor comprensión de los mismos.

A mi entender los referidos presupuestos son de dos especies distintas: de un lado, objetiva y, de otro, subjetiva. Me referiré pues, a la dimensión, elementos o presupuestos objetivos, así como a los subjetivos. Pero, antes de ahondar en los mismos, es preciso señalar que su concurrencia debe ser simultánea. Es decir, ambas dimensiones y todos los elementos que las integran deben producirse o existir simultáneamente para que se active la exigencia de intervención del juez de lo contencioso-administrativo. No basta con la concurrencia de la dimensión objetiva para que la actividad administrativa se someta a la autorización judicial; es imprescindible que concurra también la subjetiva, y viceversa.

1. LA DIMENSIÓN OBJETIVA.

Bajo esta categoría se engloban aquellos elementos cuya valoración es posible desde el plano del ser, en tanto que pertenecen a la realidad material, son físicamente tangibles y, a su vez, independientes de elementos subjetivos. Dos son los presupuestos objetivos que cabe apreciar para que se exija la autorización judicial. De un lado, la existencia de los bienes jurídicos protegidos por la autorización judicial y a los cuales se dirige la actividad administrativa; y de otro, la actividad administrativa dirigida a dichos bienes y, a su vez, susceptible de afectarlos.

A. Los bienes jurídicos protegidos por la autorización judicial de entrada: el domicilio y la propiedad privada.

Como se ha visto, según la Constitución y la legislación vigente, los bienes jurídicos tutelados por medio de la autorización judicial de entrada son el domicilio y el derecho a la propiedad privada, entendido en sentido lato o no riguroso. Su inclusión como presupuesto objetivo obedece, tanto en el caso del domicilio como en el de la propiedad privada, a su cualidad como bienes tangibles físicamente, los cuales es posible valorar desde la perspectiva material. Ello conlleva que su afectación se produzca en este contexto cuando exista una injerencia también material o física en los mismos; a saber, la entrada o acceso.

Dado que en el capítulo anterior ya se ha profundizado en la configuración y los extremos que se acaban de destacar respecto del domicilio y de la propiedad privada, procede acometer directamente el estudio de cuál es la actividad administrativa susceptible de afectarlos y, por lo tanto, susceptible de ser sometida a la previa autorización judicial.

B. La actividad administrativa material o de ejecución como aquella susceptible de afectar a los bienes jurídicos protegidos por la autorización judicial.

Dejando por el momento a un lado los preceptos normativos que actualmente prevén la autorización judicial de entrada, en atención a la naturaleza material de los bienes jurídicos protegidos por la autorización judicial —la inviolabilidad del domicilio y la propiedad privada—, no genera ninguna duda la afirmación de que es susceptible de vulnerarlos toda aquella actividad administrativa que se traslade al plano del ser, porque solo de este modo es posible su afectación. Y si se quisiera englobar bajo una denominación común toda esta actividad, actuación o ejercicio proveniente del poder público, seguramente la mayor parte de la doctrina coincidiera en afirmar que la más apropiada es la de «actividad material» o «actuación material» de la Administración;

aunque algún sector doctrinal minoritario prefiriera la de «actividad administrativa de ejecución»¹.

La actividad material o de ejecución es una institución sobre la que, a pesar de su importancia e incidencia, no existe una construcción teórica que la defina, delimite y caracterice², sino que básicamente está instrumentalizada al servicio de otras instituciones. Así, por ejemplo, la actividad material de la Administración suele oponerse a la «actividad jurídica»³. Desde este punto de vista, el concepto de «actividad material» se define solo negativamente: aquella que no es actividad jurídica. La doctrina también suele referirse a la actividad material de la Administración en la construcción del concepto de «vía de hecho». Son sumamente expresivas de ello las referencias tanto de la LOPJ como de la LRJCA a «las *actuaciones materiales* que constituyan vía de hecho», según sus artículos 9.4 y 25.2, respectivamente. El concepto de actividad o actuaciones materiales de la Administración también adquiere relevancia en el estudio de la institución de la ejecución forzosa, en tanto que esta consiste en el traslado al plano material de las decisiones administrativas⁴. Asimismo, también es importante esta categoría en relación con el estudio de la llamada «actividad técnica» de la Administración, al ser en todo caso la actividad técnica una actuación material⁵. Estos

¹ LuíS MORELL OCAÑA emprende en *Curso de Derecho Administrativo* el estudio de las «actividades administrativas de ejecución», término que utiliza a modo de hiperónimo para referirse a lo que tradicionalmente se ha venido denominando «actividad material», y bajo el cual incluye la actividad técnica, la ejecución forzosa y, al hilo, explica la vía de hecho. LuíS MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2002, pp. 1.181 y ss.

Debo manifestar mi preferencia por esta denominación, al tratarse en todo caso de una acotación conceptual más ajustada a la realidad de la actividad administrativa y las potestades de la Administración —al referir el término «ejecución»—, que la denominación de «actividad material», que por su uso indefinido parece confundirse en ocasiones con la actividad técnica, e incluso haber quedado vacía de contenido. Ello no obstante, no renuncio al término «actividad material» por su uso habitual y consolidado no sólo entre la doctrina, sino también en la legislación, y el cual utilizo conjunta o alternativamente con el que propone MORELL OCAÑA.

² Asimismo, en opinión de LuíS MORELL OCAÑA, «[e]l análisis de las actividades administrativas de ejecución no ha logrado aún la objetivación y aislamiento precisos en el marco del Derecho Administrativo contemporáneo»; se refiere así a la «carencia actual de un planteamiento autónomo». LuíS MORELL OCAÑA, *op. cit.*, pp. 1.182.

³ Por ejemplo, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, (1974), Madrid, Civitas, 2004, p. 549; Luciano PAREJO ALFONSO *et al.*, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I., Barcelona, Ariel, 1996, pp. 385-386; Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1992, p. 118.

⁴ El mismo artículo 93 de la LRJCAyPAC se refiere a la «*actuación material* de ejecución de resoluciones».

⁵ Así lo afirma GARRIDO FALLA: «Una parte de la actividad administrativa de carácter material puede, a su vez, ser caracterizada como actividad técnica». Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1992, p. 118. No obstante, no son pocas las ocasiones en que la denominación «actividad material» se utiliza como sinónimo o de forma alternativa a la de «actividad técnica». Así, por ejemplo, Luciano PAREJO ALFONSO, se refiere a la «actividad material, real o técnica» frente a la actividad jurídica. Luciano PAREJO ALFONSO *et al.*, *Manual de de Derecho Administrativo*, vol. I.,

son algunos ejemplos en los que el Derecho Administrativo repara, aunque tangencialmente, en la actividad o actuación material⁶.

En el marco de la autorización judicial de entrada, también esta categoría se revela de suma importancia. Como se ha dicho, al ser la naturaleza de los bienes protegidos por la autorización de carácter material, deberá ser, por tanto, también de carácter material la naturaleza de la actividad administrativa susceptible de afectarlos. Bien expresivo de ello es el hecho de que el artículo 18.2 de la Constitución exija la autorización judicial ante las «entradas» en el domicilio, o que la legislación la vincule a la ejecución forzosa de actos administrativos (arts. 91.2 LOPJ y 8.6, párrafo primero, de la LRJCA), a la ocupación de los bienes inmuebles expropiados (art. 51 de la LEF), así como a la inspección (art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA, además de otra legislación en materia de inspección en el ámbito tributario, de seguridad social, etc.). Son todas ellas actuaciones administrativas que se trasladan al plano del ser, de naturaleza material y como tales, susceptibles de afectar los bienes jurídicos que la autorización judicial de entrada protege.

Ahora bien, ello no implica que en todos los supuestos en los que la Administración pública recurra a la actividad material o de ejecución, esta quede condicionada a la participación del juez de lo contencioso-administrativo. Ello dependerá esencialmente, por un lado, de la configuración jurídica del derecho que se trate de proteger por medio de la autorización judicial así como de la actividad administrativa a la que se impone⁷ y, por otro y en todo caso, de que concurran a su vez el resto de presupuestos, en especial, la dimensión subjetiva.

2. LA DIMENSIÓN SUBJETIVA.

Barcelona, Ariel, 1996, p. 385. Sobre la actividad técnica es de reseñar, entre otros, el artículo de Luís MORELL OCAÑA, «El aislamiento conceptual de la actividad técnica de la administración: tres claves para un problema», en Francisco SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 1.335-1.352.

⁶ El olvido doctrinal de la actividad material se justifica en su desvinculación de la actividad jurídica de la Administración, pero cabe tener en cuenta que «[l]a actividad material será, en el caso normal, ejercicio de algún derecho o de alguna libertad o potestad que el Derecho construye y protege [a favor de la Administración, se entiende], y si esa circunstancia no se da será entonces un acto que el Derecho califique de ilícito y contra el cual montará alguna reacción»⁶. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I (1974), Madrid, Civitas, 2004, p. 824.

Por ello es erróneo desvincular la actividad material de la Administración del plano jurídico-administrativo, porque dado el estricto sometimiento de la actividad administrativa con «la ley y el Derecho» y su estricta vinculación a la consecución de un determinado fin, en todo caso existirá una vinculación mediata o inmediata entre la actividad administrativa de ejecución y una norma jurídica. En este sentido, Luís MORELL OCAÑA, *op. cit.*, pp. 1182 y ss.

⁷ Por razones de sistemática, me ocupo del estudio de este condicionamiento en el apartado 3.º de este mismo Capítulo dedicado a «Los criterios que guían la ordenación de la autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa. En especial, cuando de la protección de la propiedad privada se trata».

Al igual que en la dimensión objetiva, también la subjetiva viene integrada por dos ítems o elementos. Por un lado, la oposición del administrado y, por el otro, el recurso por parte de la Administración a la coacción con el fin de vencer tal resistencia. Ambos elementos se subsumen bajo la categoría de dimensión o presupuestos subjetivos, ya que tanto la oposición del administrado como el recurso de la Administración a la fuerza coactiva son manifestación de la voluntad del primero y de las potestades con las que está investida la segunda, elementos ambos de índole subjetiva.

A. La oposición del administrado.

Frente a la actuación de la Administración pública y a su estatus como *potentior persona*, suele ser irrelevante la resistencia del administrado a someterse a sus dictados. Precisamente, el hecho de que la Administración acumule un amplio elenco de potestades sitúa a los administrados en una situación de sujeción en la que su voluntad pasa a un plano secundario.

Sin embargo, el actual ordenamiento jurídico altera la situación descrita cuando el ejercicio de la potestad administrativa afecta a determinados bienes jurídicos, dignos de una protección reforzada. Este es el caso del derecho a la inviolabilidad del domicilio y de la propiedad privada. De este modo, la oposición del administrado deviene en uno de los elementos más importantes de la configuración de la autorización judicial de entrada. Su relevancia radica en el hecho de que, si en lugar de oposición la Administración halla el consentimiento del administrado al que se dirige la actuación, decae toda necesidad de impetrar el auxilio judicial, subsistiendo intacta la potestad de la Administración. Así pues, para que la Administración pueda solicitar la autorización, es necesario que exista la oposición del administrado a la ejecución de la decisión administrativa, de modo que esta se convierte en requisito o presupuesto de la autorización judicial de entrada.

Ello se deriva en último término de la configuración de los bienes jurídicos a los que se asocia la autorización. En ambos casos se reconoce al titular la facultad de exclusión o *ius prohibendi* de terceros respecto del ámbito protegido, ya sea el domicilio ya la propiedad privada, junto con la facultad de admisión o *ius admitendi*, que no es más que una manifestación del ejercicio de las facultades que integra la titularidad sobre el domicilio o la propiedad privada.

En el caso del domicilio inviolable, esta facultad de exclusión se reconoce al titular del derecho fundamental de forma casi absoluta, exceptuándose únicamente en aquellos supuestos que el mismo texto constitucional establece —la flagrancia delictiva y la autorización judicial de entrada—, que la jurisprudencia reconoce sin fisuras —los supuestos de necesidad— o que las leyes orgánicas establecen. Fuera de estas excepciones, si se vence coactivamente la oposición a la entrada del titular de la

inviolabilidad domiciliaria, se producirá indefectiblemente la conculcación del derecho fundamental.

En cambio, si de propiedad privada se trata, la facultad de exclusión viene siendo reiterada e insistentemente condicionada frente a la actuación del poder público en virtud de la función social de la propiedad, con su limitación expresa por parte de normas con rango legal cuando es la Administración quien pretende su afectación. Ello no obstante, según se deriva de la legislación ya comentada, cada vez son más los supuestos en los que dicha facultad de exclusión puede oponerse frente a la actuación de la Administración pública, que solo podrá vencerla si el juez de lo contencioso-administrativo autoriza la entrada en dicha propiedad privada. Es precisamente en estas ocasiones cuando el domicilio y la propiedad privada reciben un nivel de protección idéntico.

Así pues, solo cuando se constata la oposición del administrado y esta es susceptible de enervar la actividad administrativa —en el caso del domicilio, siempre; y en el caso de propiedad privada, solo cuando una ley lo establezca—, deberá la Administración acudir a la jurisdicción para que autorice el ingreso en el espacio sobre el que se pretende el acceso. Cabe precisar, sin embargo, que ello no implica que la oposición del administrado —a pesar de exigirse en todo caso para que la Administración pueda hacer valer la autorización judicial de entrada como título habilitante para penetrar en el espacio— deba ser en todos los supuestos expresa, manifiesta y previa a la solicitud de la autorización. Un ejemplo paradigmático de esta matización, se da de nuevo en los supuestos de inspección. Sin profundizar ahora en ello, por ser este un aspecto que se desarrollará cuando se aborde más adelante el estudio de la autorización en el contexto de la actividad de inspección, es reiterada la jurisprudencia y legislación que admiten que, con el fin de no frustrar los fines que se persiguen con la inspección, pueda la Administración solicitar la previa autorización de entrada, aún faltando la oposición del administrado, si existe la sospecha fundamentada de que se opondrá a la inspección.

B. La potestad coactiva de la Administración.

Y, en último lugar, pero no por ello menos importante, debe incluirse como presupuesto de la concurrencia de la autorización judicial de entrada la coacción administrativa o, en otras palabras, el poder o potestad de la Administración para imponer su voluntad frente a la resistencia del administrado al objeto de la consecución de un fin público.

Al tratarse el concurso judicial de un elemento que —simplificando lo que es una realidad mucho más compleja— condiciona el libre ejercicio de la potestad administrativa de coacción, puede resultar un tanto contradictorio incluir como presupuesto de la autorización judicial de entrada la potestad coactiva de la Administración. Pero, aunque pueda parecer antitético, si la Administración no viene

investida de esta potestad coactiva pierde cualquier sentido que el ordenamiento jurídico articule un mecanismo de protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, de la propiedad privada o de cualquier otro derecho, como el auxilio judicial. Por ello, debe asumirse también la coacción como presupuesto de concurrencia de la autorización judicial de entrada.

Por ejemplo, si la Administración no activa el procedimiento de ejecución forzosa, porque el administrado se somete al contenido del acto, la autorización judicial de entrada es innecesaria. Asimismo, si el contenido del acto que pretende ejecutarse es favorable o no impone una obligación, la negativa del administrado a someterse a su contenido no faculta a la Administración a su imposición coactiva⁸. Por el contrario, la orden o acuerdo de inspección puede imponerse coactivamente al Administrado, lo mismo que el contenido obligacional de un acto administrativo o aquella decisión que pretende responder a una situación de necesidad o de mantenimiento de la seguridad y el orden público. En definitiva, se pone de manifiesto que la potestad coactiva solo se ejerce cuando contenido de la decisión que la administración pretende trasladar al plano material consiste en una obligación o se trata de un contenido ablativo o delimitador de derechos⁹.

La potestad de recurrir a la fuerza coactiva es una de las claves que sin duda mejor caracteriza a nuestra Administración pública. Su estudio, sin embargo, puede enfocarse desde dos perspectivas: una subjetiva y otra objetiva. La subjetiva atiende precisamente al carácter subjetivo de dicha potestad y a su atribución a la Administración pública, caracterizando así su particular posición jurídica frente al resto de sujetos de derecho. La objetiva, en cambio, se centra en las distintas vías de exteriorización de esta potestad. La primera perspectiva suele conocerse como principio de autotutela ejecutiva. La segunda, suele principalmente desglosarse en el estudio de la ejecución forzosa y de la coacción administrativa directa¹⁰.

⁸ Aunque no se trate de un supuesto de afectación del domicilio o de la propiedad privada, sirva como ejemplo el supuesto en que la Administración no puede forzar coactivamente la aceptación de una beca o de una subvención, actos favorables por antonomasia. En estos casos, la negativa del administrado equivale a su renuncia al beneficio, sin que la Administración pueda imponer forzosamente el contenido del acto.

Un ejemplo en el que sí se verían afectados el derecho a la inviolabilidad del domicilio o a la propiedad privada, consistiría en el supuesto de rehabilitación de edificios con ayudas públicas, en cuyo procedimiento de otorgamiento intervienen en todo caso técnicos municipales que valoran el estado del inmueble, con lo que el acceso al mismo es imprescindible. Si el administrado se niega a consentir la entrada en el espacio afectado, su oposición no activará la fuerza coactiva de la administración. En estos casos, lo más probable es que el procedimiento acabe caducando transcurridos tres meses desde la paralización del procedimiento por causa imputable al administrado (art. 92 de la LRJAPyPAC).

⁹ Repara también en esto, Luís COSCULLUELA MONTANER, *op. cit.*, p. 349.

¹⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, ponen de manifiesto esta doble vía de estudio de la coacción administrativa. Distinguen entre «dos perspectivas diferentes [desde las que] puede abordarse el tema de la coacción administrativa: desde la perspectiva del ejercicio de los derechos y de la autotutela por una parte; en segundo término, desde el punto de vista de las manifestaciones

En este epígrafe ha querido destacarse la vertiente subjetiva de la coacción administrativa como atributo de la *potentior persona* que es la Administración, de modo que así se justifica la inclusión de la coacción como presupuesto subjetivo de la concurrencia de la autorización judicial de entrada. Coexisten, sin embargo, ambos enfoques, siendo cada uno de ellos indispensable, de modo que los dos se mantienen también en este trabajo.

Esbozados ya cuáles son los presupuestos que acompañan a la autorización judicial de entrada en el *iter* del actuar de la Administración pública, procede centrarnos en aquellos que todavía no se han estudiado, empezando por el que, a mi entender, es el más importante de todos: la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración como principio en el que se fundamenta el poder subjetivo del cual emana aquella actividad administrativa coactiva que será susceptible de verse sometida a la previa autorización judicial de entrada. Como se ha venido apuntando a lo largo del trabajo, esta actividad administrativa se concretará esencialmente a través de los siguientes cauces: la ejecución forzosa de actos administrativos, la ocupación de bienes inmuebles objeto de expropiación y la inspección, sin olvidar otra de las más importantes manifestaciones de la autotutela ejecutiva, la coacción directa, la cual se incluye en el estudio a pesar de que la legislación no la asocie explícitamente a la autorización judicial de entrada.

II. LA POTESTAD DE AUTOTUTELA EJECUTIVA COMO CATEGORÍA BAJO LA QUE INTEGRAR LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SUSCEPTIBLE DE QUEDAR SUJETA A LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.

Dado que una de las constantes en la concurrencia de la autorización judicial de entrada es, como se ha dicho, el ejercicio de la fuerza coactiva por parte de la Administración, el principio o potestad de autotutela ejecutiva es el punto en común que entronca el conjunto de funciones, actividades o potestades administrativas a las que la ley anuda la autorización judicial de entrada. Dicha potestad es la que en último término ordena esta actividad cuando la Administración la ejerce de forma forzosa, invistiéndola de una potestad genérica de coacción. Puesto que la potestad de autotutela ejecutiva deviene en principio ordenador de la actividad administrativa susceptible de quedar sujeta a la autorización judicial de entrada, a continuación se profundiza en ella.

1. LA POTESTAD DE AUTOTUTELA: REPASO HISTÓRICO Y CONCEPTUACIÓN ACTUAL.

A. Breve introducción histórica a la institución de la potestad de autotutela.

externas de la Administración con efectos jurídicos». Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *op. cit.*, vol. I, p. 782. Las siguientes páginas las dedican a la ejecución forzosa, a la coacción directa y a la coacción ilegítima (la vía de hecho).

Sin duda, la potestad de autotutela, entendida como el poder de dictar y ejecutar unilateralmente decisiones que afecten la esfera jurídica de terceros, es una de las instituciones jurídico administrativas que más y mejor caracterizan la esencia de las Administraciones públicas y del Derecho administrativo español ya desde sus orígenes¹¹.

El germen de la institución de la autotutela se remonta al Antiguo Régimen, cuando en la figura del monarca se acumulaban en último término todos los poderes —legislativo, ejecutivo y judicial— los cuales administraba a través de un entramado de órganos sometidos todos a su control. Así pues, a pesar de que se diferenciara entre los llamados asuntos contenciosos y los gubernativos, y se distinguiera en las formas de sustanciación de unos y otros, era en último término el aparato regio el que los dictaba, enjuiciaba y ejecutaba, no un poder ajeno e independiente, por mucho que fuera esa la apariencia que pretendiera dársele.

Con la superación del Antiguo Régimen, se promulgaron las primeras normas de carácter constitucional a través de las cuales se sentaron las bases de los nuevos Estados de Derecho, entre las que se hallaba el fundamental principio de separación de poderes. La separación de poderes, que consiguió en muchos aspectos superar el anterior modelo absolutista de gobierno, tuvo sin embargo el efecto totalmente opuesto en aquello relativo al enjuiciamiento de la actividad administrativa. El principio de

¹¹ Ciertamente, la potestad de autotutela encuentra en el actual ordenamiento español su máximo grado de expresión, sin parangón en el resto de ordenamientos continentales, a pesar de que el origen de dicha institución fuera común en estos sistemas jurídicos. En Francia la doctrina distingue entre el *privilège du préalable* y el *privilège de l'exécution d'office*, equivalentes en cierto modo a la autotutela declarativa y la ejecutiva respectivamente, aunque la potestad de ejecución forzosa de la actuación administrativa —y así se preocupa de destacarlo la doctrina— no es una potestad general sino excepcional de la Administración, prevista para aquellos supuestos en los que la ley así lo estipule y no existan vías judiciales para llevar a cabo la ejecución. Alemania e Italia comparten en cierta medida un sistema próximo al español. En Alemania, inicialmente Otto MAYER equiparó el acto administrativo a la resolución judicial, de modo que operaba como título suficiente para imponerse coactivamente. Desde la Ley Fundamental de Bonn es necesario que exista habilitación legal para que se acuda a la ejecución forzosa. Junto al sistema coactivo administrativo, opera el sistema penal en aquellos casos en que las normas prevén una sanción para el incumplimiento de una obligación administrativa. En Italia, se reconoce con carácter general la potestad Administrativa de acudir a la ejecución forzosa, aunque no exista una norma que regule dicha potestad y su ejercicio con carácter general, sino que son las normas especiales las que la contemplan de forma concreta; a lo cual debe añadirse la imposición de sanciones en vía penal en caso de incumplimiento de la obligación impuesta por la Administración. Mención aparte merecen aquellos ordenamientos jurídicos enmarcados dentro del *common law* y herederos de la tradición inglesa, en tanto que su desprendimiento del sistema absolutista empezó a darse a principios del s. XVII y se confirmó finalmente la *Glorious Revolution* (*Habeas Corpus Act*, 1679; *Bill of Rights*, 1688-1689; *Act of Settlement*, 1700) y el progresivo afianzamiento del poder del parlamento frente al monarca, que permitieron articular tempranamente a través de la jurisdicción un verdadero contrapeso frente a los poderes administrativos, que actualmente se traduce en la necesidad de que la Administración recurra a los tribunales para llevar a efecto la ejecución de sus decisiones.

separación de poderes, llevado a su máxima y distorsionada expresión¹², supuso la interdicción de la jurisdicción en aquellos asuntos que se considerasen gubernativos, de modo que los tribunales no podían inmiscuirse en ellos, consagrándose así a favor de la Administración la potestad de enjuiciar en el seno de su organización sus propios actos, es decir, de *auto* tutelar sus pretensiones, enjuiciándolas y ejecutándolas por sí misma¹³.

Es precisamente en este momento histórico, tras la caída del Antiguo Régimen, cuando suele fijarse el nacimiento del Derecho administrativo como tal —a pesar de ser su gestación un proceso de largo recorrido a través de varios siglos— con el principio de autotutela esbozado ya con unos perfiles identificables con los de la actual configuración de dicha institución, a pesar de distar su contenido y fundamentos enormemente. Entonces, la acumulación en la Administración de dichas prerrogativas se basaba en las reminiscencias del poder absolutista, en la desconfianza a los nuevos órdenes jurisdiccionales implantados y, como ya se ha dicho, en la singular interpretación del principio de división de poderes. Hoy, en cambio, el fundamento de la autotutela — como más adelante estudiaremos— se asienta sobre los principios constitucionales de eficacia y consecución del interés general.

Así pues, mientras que, por un lado, no se pone en duda el anclaje de la actual institución de la autotutela en aquellas prerrogativas absolutistas, del otro, su evolución y desarrollo hasta nuestros días resulta ser un tema más complejo¹⁴, que sin duda debe ir acompañado de un reposado análisis sobre la relación que Administración y jurisdicción han mantenido hasta la configuración actual a través del estudio de la legislación, jurisprudencia y doctrina de la época, así como sobre la caracterización de la actuación administrativa. Análisis que escapa de las pretensiones de este trabajo, por

¹² Máxima expresión de la división de poderes que queda perfectamente plasmada en el aforismo según el cual «*juger l'Administration, c'est encore administrer*».

¹³ Para una mejor aproximación a la formación de la potestad de autotutela en el Antiguo Régimen, se remite al lector a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La formación histórica del principio de autotutela de la Administración», en *Moneda y Crédito*, núm. 128 (homenaje a J. A. RUBIO SACRISTÁN), Vol. I, 1974, p. 59 y ss; al mismo autor junto con Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (1974), Madrid, Civitas, vol. I, 2004, pp. 497 y 505.

¹⁴ Buena muestra de esta incertidumbre es la disputa que Alejandro NIETO y Ramón PARADA mantuvieron al respecto a finales de los años 60, época en que la doctrina centró su atención a la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa en España, a lo cual se asociaba indefectiblemente la evolución de la institución de la autotutela. Alejandro NIETO, «Los orígenes de los Contencioso-Administrativo en España», en *RAP*, núm. 50, 1966, pp. 27-50; José Ramón PARADA, «Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso», en *RAP*, núm. 55, 1968, pp. 65-112; Alejandro NIETO, «Sobre la tesis de PARADA en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo», en *RAP*, núm. 57, 1968, pp. 9-34; Ramón PARADA, «Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo», en *RAP*, núm. 59, 1969, pp. 41-70. Cabe destacar también la contribución que en esa misma época y revista ofreció sobre la evolución histórica de la jurisdicción Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en «Unidad de jurisdicción para la Administración pública», en *RAP*, núm. 49, 1966, pp. 143-189.

lo que a continuación nos referiremos en líneas generales a dicha evolución histórica según los parámetros comúnmente aceptados por la doctrina¹⁵.

La instauración de la división de poderes en el ordenamiento jurídico español y la configuración del poder judicial, proceso iniciado con la Constitución de Cádiz, dejó de un lado lo administrativo hasta finales del siglo XIX, de modo que podría decirse que quedó huérfano de juez¹⁶. Ante una jurisdicción limitada a las causas civiles y penales, lo fundamental a lo largo del s. XIX era discernir qué debía entenderse por administrativo, y por tanto excluido de la jurisdicción ordinaria, y cuáles debían entenderse como asuntos susceptibles de ser enjuiciados por los tribunales civiles, resultando que no eran pocos los supuestos en los que la actuación administrativa, por afectar a derechos subjetivos, principalmente al derecho de propiedad, podía ser enjuiciada por la jurisdicción ordinaria, es decir, la civil¹⁷. A pesar de ello,

¹⁵ Por ello debemos remitir al lector ávido de mayor concreción a la lectura de los autores y obras citadas a pie de página a lo largo del epígrafe, así como, entre otros, a Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa, 1845-1868*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial: Consejo de Estado, Civitas, 1998; Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Madrid, Iustel, 2006, pp. 263 y ss, junto con 616 y ss.; Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto ejecutivo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 39-325.

¹⁶ El mismo articulado de la Constitución gaditana da cuenta de ello. Si bien es innegable el espíritu francés que impulsa la separación de poderes, con la configuración de los tribunales y la administración de justicia, otorgando a los tribunales las funciones de «juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado» (art. 245) y excluyendo de ello a las Cortes y al Rey, que no «podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales» (art. 243), también lo es el olvido de las *causas administrativas*, en tanto que el art. 242, al describir la potestad jurisdiccional, se limita a referirse a las causas civiles y a las criminales: «La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales».

¹⁷ Desde esta perspectiva enfoca Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en «Unidad de jurisdicción para la Administración pública», en *RAP*, núm. 49, 1966, pp. 143-189, la evolución histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa, incidiendo en especial en el sometimiento a la jurisdicción ordinaria de todos aquellos aspectos de la actuación administrativa que afectaban derechos civiles de los administrados, en particular, el derecho de propiedad.

La situación que describe Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER me trae a la memoria, salvando las muchas distancias, el razonamiento dialéctico que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha debido realizar para poder enjuiciar causas contencioso-administrativas bajo el prisma del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que protege la tutela judicial efectiva en términos similares a los destacados anteriormente, en tanto que dicho artículo sólo se refiere a las causas penales y civiles. El artículo 6 del CEDH dice textualmente que «[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones *de carácter civil* o sobre el fundamento de cualquier acusación *en materia penal* dirigida contra ella». Afortunadamente, el Tribunal ha interpretado extensivamente dichos conceptos y cuando la actuación administrativa afecta derechos civiles —también en especial el derecho de propiedad o la inviolabilidad del domicilio— o se trata de procedimientos sancionadores, pueden someterse al conocimiento del TEDH. Algunas de las sentencias más destacadas en las que el Tribunal hace una interpretación extensiva de dichos términos y somete a enjuiciamiento asuntos contencioso-administrativo son las siguientes: SSTEDH Ringeisen c. Austria, de 16 de julio de 1971; König c. Alemania, de 28 de junio de 1978, y Le Compte, Van Leuven y De Meyère contra

evidentemente la mayoría de las causas contenciosas quedaban en manos de los órganos administrativos creados al efecto. Este modelo, conocido como justicia retenida, fue el que quedó plasmado en la legislación de 1845, que regulaba los Consejos provinciales y el Consejo Real, órganos encargados de ejercer en el seno de la Administración las funciones judiciales¹⁸.

El sistema anterior perduró hasta la aprobación de la Ley Santamaría Paredes, de 13 de septiembre de 1888, a partir de la cual se instauró en España la jurisdicción contencioso-administrativa, a pesar de que con particularidades. Se estableció el llamado sistema mixto o armónico, articulado a través de órganos formados por personal administrativo y personal judicial. El tribunal contencioso se adscribía inicialmente al Consejo de Estado, del que progresivamente pasará a depender, ejerciendo la llamada jurisdicción delegada. La Ley de 1888 fue reformada en 1904 de forma sustancial, reforma a raíz de la cual se separó del Consejo de Estado el tribunal administrativo y se atribuyó al Tribunal Supremo mediante la creación de una Sala contencioso-administrativa.

A lo largo del siglo XIX, si bien es cierto que no existía ni mucho menos una abstracción de la institución de la autotutela administrativa ni su reconocimiento con carácter general respecto de los actos administrativos, sí se halla lo largo de la legislación especial el reconocimiento explícito a favor de la Administración de una serie de prerrogativas encaminadas a remover aquellos obstáculos que impidiesen o

Bélgica, de 28 de junio de 1981. Algunos de los autores que han tratado el tema y a los que me remito, entre otros, son: José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentarios a la última jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo)*, Madrid, Civitas, 1996; Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN, *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2005; Carlos PADRÓS REIG y Joan ROCA SAGARRA, «La armonización europea en el control judicial de la administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 136, enero-abril 1995.

¹⁸ Se tratan de la Ley de 2 de abril de 1945, sobre organización y atribuciones de los Consejos Provinciales y la Ley de 6 de julio de 1845, sobre el Consejo Real, que fueron desarrolladas por los reglamentos de 1 de octubre de 1845 y 30 de diciembre de 1846, respectivamente, toda ella normativa de clara influencia francesa. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «Evolución de la legislación contencioso-administrativa», en *RAP*, núm. 150, 1999, pp. 210 y 211.

Ramón PARADA, en las obras citadas anteriormente y frente a la posición de Alejandro NIETO, defendió que a lo largo de este periodo inicial la Administración no gozaba del privilegio de ejecutividad y ejecutoriedad de sus decisiones, sino que acudía ante los Consejos Provinciales y el Consejo Real, que operaban a modo y semejanza de los órganos judiciales, en igualdad de condiciones que el ciudadano que se oponía a la pretensión administrativa. Posteriormente, el autor ha afirmado que «[s]in embargo, a lo largo del siglo XIX también se manifiesta, e incluso con más fuerza [que la orientación judicialista negadora de potestades ejecutorias en manos de la Administración], la línea más realista y autoritaria que defiende el privilegio de ejecución forzosa de la Administración sin intervención del Juez, ni civil ni contencioso, principalmente en materia tributaria». Ramón PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, Barcelona, Marcial Pons, 2008. p. 157.

dificultasen que la Administración llevase al plano material sus decisiones¹⁹. Ello dista de reconocer a favor de la Administración una potestad genérica de autotutela tal como es entendida actualmente, ya que la configuración de dichas prerrogativas se articulaba como si verdaderas excepciones se trataran al sistema de control judicial —aunque fuese un sistema de jurisdicción retenida o, después, delegada y a pesar de que el número de dichas prerrogativas fuera notorio y, progresivamente, en aumento. El hecho es que, a medida que la jurisdicción contencioso-administrativa iba tomando forma e institucionalizando su posición en el orden jurisdiccional, lo mismo ocurría con el reconocimiento de la ejecutividad y ejecutoriedad de la actuación administrativa. Aquellas prerrogativas que en el Antiguo Régimen se reconocían de forma implícita e indubitada a favor de la Administración absolutista, a finales del s. XIX debían plasmarse en la norma. Ello, sin embargo, no suponía una inmisión en las funciones judiciales por parte de la Administración en tanto que la inclusión de la Jurisdicción contencioso-administrativa en la planta judicial despejaba toda duda acerca del sometimiento de su actuación al juez.

La entrada en el siglo XX confirma la tendencia que venía sucediéndose desde finales del siglo anterior, y va adquiriendo consistencia —no sólo por su plasmación en las leyes sino también por su reconocimiento entre la doctrina— la abstracción y elaboración de una construcción dogmática alrededor de la fuerza ejecutiva y ejecutoria de los actos administrativos. Esencial en este contexto es la aportación de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA junto con Tomás-Ramón FERNÁNDEZ²⁰, que lograrán explicar de forma unitaria bajo la institución de la potestad de autotutela estas prerrogativas que hasta entonces se habían considerado de forma aislada y a través de razonamientos que exigían ser renovados²¹. Junto a la aportación doctrinal, cabe destacar también la aportación legislativa, no sólo la relativa a la configuración de la jurisdicción

¹⁹ Así lo indica Juan Francisco MESTRE DELGADO. El autor entiende que «[l]a caracterización de este privilegio [la potestad de autotutela], tal y como es conocido entre nosotros, es el resultado de una construcción histórica, lenta y matizada, formada no a partir de principios ideológicos ni de teorías generales bien definidas, sino a base de la acumulación de fórmulas y soluciones técnicas ideadas para solventar problemas concretos, suscitados con ocasión de supuestos de hecho particulares». Confirma dicha afirmación con el análisis de la legislación decimonónica en los principales ámbitos de actuación administrativa, como el de la recaudación de tributos e ingresos, el de la contratación o el de la expropiación forzosa, en la que se confirma el reconocimiento de ejecutividad y ejecutoriedad a los actos administrativos. Juan Francisco MESTRE DELGADO, «El régimen de la autotutela ejecutiva en el ordenamiento constitucional», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 11, marzo 2006, p. 3 y ss.

²⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I* (1974), Madrid, Civitas, 2004, pp. 497-544.

²¹ No obstante, Javier BARCELONA LLOP pone de manifiesto que en las postrimerías del s. XIX J. DÍAZ UFANO se había ocupado de distinguir entre ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo. Asimismo, este autor señala a FERNÁNDEZ DE VELASCO como el primer autor del s. XX «en teorizar sobre el acto administrativo con alguna consistencia», en su obra *El acto administrativo*, lo cual abarcaba lo relativo a su ejecutividad y ejecutoriedad. Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, pp. 48 y 49.

contenciosa moderna a través de la Ley de 1956 —a pesar de todas sus imperfecciones—, sino sobre todo a la Ley del Procedimiento Administrativo de 1958 en cuyos artículos 44, 45, 101 y 102 se sancionaba con carácter general la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos respectivamente²².

B. La conceptualización actual de la autotutela.

Se atribuye indiscutidamente a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ la incorporación a la doctrina española de una explicación unitaria del contenido que se engloba bajo el principio de autotutela. Estos autores explican la autotutela tomando como punto de partida la relación que mantiene la Administración con los Tribunales, y se ayudan de la comparación con la relación que los particulares mantienen con la jurisdicción. Se adivina así la posición privilegiada que ostenta la Administración que unilateralmente puede tomar decisiones que afecten a la esfera jurídica de terceros y llevar al plano material su contenido, sin tener que acudir como los particulares ante los tribunales para que, primero, declaren la existencia de un derecho y, segundo, lo ejecuten frente al obligado que se resiste a cumplirlo. Es decir, la Administración puede tutelar por sí misma sus propios intereses, sin necesidad de impetrar el auxilio judicial. Siguiendo con la comparación con la tutela judicial —que distingue entre sentencias declarativas y sentencias ejecutivas— estos autores desglosan la autotutela de la Administración en dos vertientes: la autotutela declarativa y la ejecutiva²³.

²² Los artículos 44 y 45 se enmarcaban bajo la Sección «Eficacia» del Capítulo dedicado a los «Actos en general». Así el primero se refiere explícitamente a la ejecutividad de los actos y otro tanto hace el segundo en relación con la eficacia. Según el artículo 44: «Los actos de la Administración sujetos al Derecho público serán ejecutivos, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo V del título IV de esta Ley». Según el 45.1: «Los actos de la Administración serán válidos y producirán efecto desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa». Los artículos 101 y 102 estaban incluidos en el Capítulo dedicado a la «Ejecución», refiriéndose sin embargo el 101 a la ejecutividad, mientras que el 102 sí lo hace a la ejecución forzosa, contenido propio de un capítulo llamado a regular la ejecución. Según el artículo 101: «Los actos y acuerdos de las Autoridades y Organismos de la Administración del Estado serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en el artículo 116 y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o requiera aprobación o autorización superior». El artículo 102 decía: «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».

²³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ incluyen una tercera manifestación de la potestad de autotutela, la llamada autotutela en segunda potencia o reduplicativa para referirse lo que califican como «tres técnicas concretas»: la exigencia de agotamiento de la vía administrativa para acudir a la jurisdicción; la potestad sancionadora y el principio de *solve et repete*, a pesar de haber quedado este último principio definitivamente fuera de juego desde la consagración constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 523-525.

Sin duda, son tres manifestaciones de la posición privilegiada que la Administración Pública ocupa respecto de los administrados, con los que no mantiene una relación de igualdad. Sin embargo, en este trabajo voy a dejarlas de un lado ya que la figura de la autorización de entrada que tanto la LRJCA como la LRJAPyPAC recogen se impone a la ejecución forzosa de actos administrativos.

Antes de adentrarnos en el estudio de la institución, cabe apuntar que para aludir al contenido de lo que comúnmente se conoce como autotutela administrativa, los términos utilizados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia suelen diferir. Puesto que dichas variaciones terminológicas pueden inducir a confusión en algunos supuestos, empezaré por intentar aclararlo sumariamente, aunque sin la pretensión de entrar en disquisiciones terminológicas, que escapan del marco de este trabajo.

Se parte del presupuesto de que el contenido de la autotutela engloba dos vertientes: una relativa a la posibilidad de que el acto administrativo produzca efectos jurídicos y otra a la de que su contenido se lleve al plano material, incluso ante la resistencia del administrado. Como hemos visto, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ utilizan para aludir a dichas vertientes los términos «autotutela declarativa» y «ejecutiva» respectivamente. Ahora bien, como advertíamos, junto a esta terminología existen otros binomios utilizados indistintamente para hacer referencia a los contenidos de autotutela como, por ejemplo, ejecutividad y ejecutoriedad, ejecutividad y ejecución forzosa o eficacia y ejecutoriedad, entre otros²⁴. Sin duda, el uso de unos u otros términos puede ser explicado y fundamentado en atención a unos u otros matices, pero lo que pretendemos ahora es poner de manifiesto que, a pesar de la diversa terminología, el contenido se mantiene invariable: los poderes que integran la potestad de autotutela son solo dos, los cuales pasamos a analizar a continuación.

a) *La autotutela declarativa.*

La potestad de autotutela declarativa, la fuerza ejecutiva o la ejecutividad del acto, no predicen más que la eficacia del acto administrativo, es decir, su capacidad para incorporarse a la realidad jurídica y producir todos aquellos efectos jurídicos que su naturaleza y contenido conlleven. Ahora bien, de entre los efectos jurídicos del acto administrativo, cuando se alude a la fuerza ejecutiva o ejecutividad del acto se incide especialmente en uno: en su fuerza de obligar. Dentro del contenido del concepto de eficacia del acto administrativo, la ejecutividad del acto atiende a su fuerza vinculante u

²⁴ Por ejemplo, Javier BARCELONA LLOP utiliza indistintamente los términos «ejecutividad y ejecutoriedad» como «ejecutividad y ejecución forzosa», a pesar del esfuerzo invertido para diferenciar entre el contenido de cada uno de ellos. Javier BARCELONA LLOP, *op. cit.*, *pássim*. Ramón PARADA distingue entre la eficacia y la ejecutoriedad de los actos administrativos. Por eficacia de los actos administrativos entiende la «producción de los efectos propios de cada uno», el concepto clásico de eficacia del acto administrativo. Ahora bien, bajo el rótulo de ejecutoriedad, PARADA engloba los términos «ejecutividad» o «autotutela ejecutiva», que considera sinónimos, y «con los que se designa indistintamente la cualidad del acto administrativo de producir sus efectos contra la voluntad de los obligados». Ramón PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 145-147. Mercedes LAFUENTE BENACHES, en su obra dedicada a la ejecución forzosa, se refiere llanamente a la «potestad de ejecución forzosa» omitiendo otras denominaciones. Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública*, Madrid, Tecnos, 1991.

obligatoria, es decir, a la imperatividad del contenido del acto respecto de su destinatario²⁵. Podría decirse por ello que, mientras que la eficacia es un concepto amplio, la ejecutividad es un concepto más restringido y concreto englobado dentro del primero, que incide en especial en una de las manifestaciones de la eficacia del acto: su fuerza imperativa. Así, mientras que todo acto ejecutivo es eficaz, no todo acto eficaz es ejecutivo. Por ejemplo, cuando se acuerda su suspensión, el acto sigue siendo eficaz porque sigue presumiéndose su legalidad, sigue en curso el procedimiento de recurso, el acto sigue vivo. Lo único que se suspende es su ejecutividad: deja de tener fuerza imperativa²⁶. Por ello, la ejecutividad es una subcategoría propia de la eficacia; quizás la

²⁵ En relación con la eficacia del acto administrativo Raúl BOCANEGRA SIERRA distingue entre eficacia interna y eficacia externa, siendo una de las principales manifestaciones de la eficacia interna su fuerza vinculante u obligatoria: «Más allá, en efecto, de la eficacia puramente externa, el acto administrativo dispone de una eficacia material o interna, que se encuentra precisamente en su entrada en vigor, en la obligatoriedad jurídica de la regulación que el acto administrativo, para serlo, incluye como condición de su misma existencia». Con su eficacia externa, en cambio, se alude a «los efectos exteriores o laterales que se producen como resultado de su mera notificación o publicación y que implican que el acto es una realidad jurídica que debe ser tenida en cuenta por el destinatario». Raúl BOCANEGRA SIERRA, *La teoría del acto administrativo*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 107 y ss.

Tomás CANO CAMPOS da cuenta también de esta distinción entre eficacia interna y externa del acto administrativo, citando algunos de los autores que la recogen —J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS y F. VELASCO CABALLERO—, aunque se muestra disconforme con la misma y prefiere utilizar la distinción entre perfección y eficacia del acto. La perfección, según este autor, se da en el momento en que la Administración dicta el acto. La eficacia, en el momento en que se notifica, publica, somete a la aprobación del superior o a cualquier otro elemento a la que se subordine. Tomás CANO CAMPOS, «La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 8, marzo 2005.

²⁶ Sobre el concepto de ejecutividad y su origen en la legislación española, así como el de ejecutoriedad, resulta especialmente interesante el trabajo de José María BOQUERA OLIVER, que incluye un detallado análisis de la legislación decimonónica en la que se acuñaron dichos términos. A la vista del análisis, el autor concluye que «[l]a declaración de que los actos administrativos son “inmediatamente ejecutivos” no puede interpretarse en el sentido de que con ella las leyes autorizan o permiten a la Administración ejecutar coactiva o forzosamente sus propios actos», y entiende que es así porque, entre otros motivos, la ejecución forzosa presupone que exista oposición del administrado, además de otros requisitos, con lo que dicha fuerza de ejecución forzosa se produce en el momento en el que se constata la oposición, que difícilmente se producirá de forma «inmediata». Cabe recordar que ya entonces se decía que el acto administrativo era «inmediatamente ejecutivo», fórmula que sigue manteniéndose en la legislación actual (art. 94 de la LRJAPyPAC). José María BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo* (1982), Madrid, Civitas, 1985, pp. 252-281. La cita pertenece a la página 274.

También se ha pronunciado respecto del concepto de ejecutividad Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, según quien se trata de «un vocablo altamente impreciso» en tanto que entiende que con él «se quiere aludir a la consecuencia directa de la autotutela: dado que el acto de la Administración es imperativo y modifica *per se* las situaciones jurídicas en las que incide debe ser cumplido de inmediato por sus destinatarios, y se halla en condiciones de ser ejecutado por la propia Administración. El concepto tiende a confundir, pues, autotutela declarativa y ejecutiva, al convertir la imperatividad del acto en un mero presupuesto previo para su ejecución forzosa». La confusión a la que alude este autor sigue dándose actualmente, por lo que resulta preciso delimitar la ejecutividad del acto, tal como sostiene el autor, al ámbito de la autotutela declarativa, así como concretar su específico contenido. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I* (1988), Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, reimpresión 1991, p. 214.

más importante. A su vez la eficacia y ejecutividad del acto deben considerarse como requisitos jurídicos indispensables para que la Administración pueda proceder a su ejecución. Sin embargo, como veremos seguidamente, la eficacia y ejecutividad del acto no bastarán para que pueda llevarse al plano material, será necesario además que concurra la posibilidad de que el acto pueda llevarse a la realidad de los hechos.

Actualmente, la LRJAPyPAC recoge el contenido de la autotutela declarativa en distintos de sus artículos, en especial en los artículos 56 y 57, incluidos en el Título V Capítulo III, dedicado a la «eficacia de los actos», así como en el artículo 94, a pesar de haber decidido el legislador de 1992 intitularlo como «ejecutoriedad»²⁷.

El primero de ellos, el art. 56, se refiere a la «ejecutividad», cualidad que atribuye de forma genérica a «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo», es decir, a todos los actos que emanen de la Administración y que se sometan al Derecho Administrativo, sin hacer distinciones en atención a su contenido, a su destinatario, a la fase en el procedimiento en que se circunscriban, al ámbito de la actuación administrativo en la que se dicten, etc. Todo acto administrativo es ejecutivo, es decir, es susceptible de desplegar su fuerza imperativa o vinculante.

A renglón seguido, el artículo 57.1 se refiere en los mismos términos a los «efectos» de «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo», que serán eficaces desde el momento en que se dicten; pero introduce ya elementos condicionantes de dicha eficacia: el acto será eficaz, a no ser que dicha eficacia esté sometida a alguna de las circunstancias que en el apartado segundo se especifican —la notificación, publicación, aprobación u otra circunstancia que se desprenda del mismo contenido del acto.

En atención a estos dos artículos, de la autotutela declarativa de la administración suelen destacarse los atributos de eficacia y ejecutividad del acto, pero ante todo cabe señalar el reconocimiento de la potestad misma de dictar actos administrativos, así como una categoría a la que la ley no se refiere explícitamente: la mera existencia del

²⁷ Transcribo aquí los artículos 56, 57 y 94 de la LRJAPyPAC para mayor comodidad del lector.

Artículo 56: Ejecutividad

Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 57: Efectos

1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.
2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.

Artículo 94: Ejecutoriedad

Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.

acto, que puede darse sin que se pueda calificar con ningún otro atributo —no será eficaz, ni ejecutivo, ni podrá ejecutarse— durante la demora entre su producción y el momento a que se supedita su eficacia²⁸.

El artículo 94, a pesar de estar contenido en el Título VI, Capítulo V, dedicado a la ejecución, y a pesar de llevar por título «ejecutoriedad», también se refiere a la ejecutividad del acto administrativo, es decir, a su fuerza imperativa²⁹. La ejecutividad se reconoce con carácter inmediato, a no ser que las circunstancias que enumera el artículo a continuación condicionen dicha ejecutividad. Así pues, el artículo 94 es complemento indispensable de los dos citados anteriormente, para poder dibujar el cuadro completo relativo a la eficacia y, en especial, a la ejecutividad del acto administrativo. Dicho precepto introduce nuevas matizaciones respecto de la ejecutividad del acto, que podrá ser restringida a través de la suspensión —recogida en el artículo 111 con carácter general³⁰—, sometiéndola al agotamiento de la vía administrativa —según el artículo 138.3 en relación con las sanciones—, o bien mediante norma que establezca lo contrario o se exija que el superior jerárquico lo autorice o apruebe³¹.

²⁸ Ha profundizado en esta categoría Tomás CANO CAMPO, que habla de la perfección del acto administrativo, para referirse al momento en el que se produce su emanación. Tomás CANO CAMPOS, «La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 8, marzo 2005, pp. 3-5.

²⁹ Según José María BOQUERA OLIVER, explicaría el origen de la confusión entre ejecutividad y ejecutoriedad —y, por tanto, su actual pervivencia y el hecho de que el artículo 94 se tittle como «ejecutoriedad» cuando en realidad se refiere a la ejecutividad— la inclusión del término «ejecutoriedad» en el proyecto de Ley sobre la organización de los Ayuntamientos y en el proyecto de Ley sobre atribuciones de los ayuntamientos presentados en 1983, en los que se hacía mención a la *ejecutoriedad* de los acuerdos municipales cuando fueran aprobados por el superior de turno. El objetivo del legislador era referirse a la eficacia jurídica del acto, no a la posibilidad de ejecutarlo forzosamente en el plano material; pero el término fue mal interpretado y se sustituyó por el de ejecutividad. Sin embargo, arraigó el confusionismo respecto del contenido y límites de los vocablos «ejecutividad» y «ejecutoriedad». José María BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo* (1982), Madrid, Civitas, 1985, pp. 263-272.

³⁰ Como advirtió BARCELONA LLOP, el artículo 111 de la LRJAPyPAC se refiere de forma inapropiada a la suspensión de la «ejecución». Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, pp. 62 y 65. Lo que se suspende es la ejecutividad del acto, es decir, su cumplimiento deja de ser, de forma provisional, imperativo para el destinatario. Si lo que se suspendiera fuera la ejecución, se exigiría que previamente se hubiese dado inicio a la misma, es decir, se hubiese trasladado al plano material el contenido del acto, lo cual parece ilógico en los supuestos en los que medie recurso contra el acto; a no ser que con la alusión a la «ejecución», el legislador quisiera referirse exclusivamente a los supuestos de ejecución forzosa, lo cual carece de sentido alguno. Parecería, pues, más apropiado que la suspensión se predicara de la ejecutividad, lo cual evidentemente implicaría también la suspensión de la ejecución. En cambio, el artículo 138.3 se refiere acertadamente a la ejecutividad del acto.

³¹ La remisión a la autorización y aprobación del superior jerárquico parece poco adecuada respecto de la ejecutividad, según el contenido que aquí se le ha dado. Es por ello que se sobrentiende que es la eficacia del acto lo que se somete a dicha condición —igual que en el artículo 57.2— y no exclusivamente su ejecutividad.

El desacierto del legislador en la titulación del artículo 94 es notable, creando cierta confusión respecto del concepto «ejecutoriedad». Si en realidad, donde el legislador dice «ejecutoriedad» quiere decir «ejecutividad», ¿pierde todo contenido autónomo el primero de los términos? O, por el contrario, ¿debe ser entendido en un sentido propio?

El contenido del concepto de «ejecutoriedad» sigue siendo un tema no resuelto de forma definitiva entre la doctrina. Algunos autores entienden la ejecutoriedad como sinónimo de ejecutividad, entre ellos GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ³²; otros, como sinónimo de la autotutela ejecutiva, entre ellos PARADA³³; y existe una tercera vía, según la cual el concepto de ejecutoriedad tiene sustantividad propia distinta al contenido de la eficacia, la ejecutividad o la ejecución forzosa. Defendió esta postura inicialmente BARCELONA LLOP³⁴ y le sigue BOCANEGRA SIERRA³⁵, que definen el acto ejecutorio como aquel que, en atención a su contenido obligacional, es susceptible de ser ejecutado forzosamente.

Coincidiendo enteramente con los mencionados autores en la necesidad de dotar al concepto de ejecutoriedad de sustantividad propia en tanto que existirán decisiones o actos administrativos que acumulando la cualidad de eficaces y ejecutivos, no podrán llevarse al plano material, creo preciso añadir nuevos matices a dicha concepción.

Por un lado, a mi juicio, la ejecutoriedad del acto no solo alude a la posibilidad de este de ser ejecutado forzosamente, sino también a la posibilidad de ser ejecutado, con independencia del destinatario y de su actitud frente al acto. Es importante remarcar

³² Según estos autores, «todos los actos administrativos, salvo aquellos a que expresamente se refiere la ley, son ejecutorios; esto es, obligan al inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe sobre su legalidad». Así pues, «la ejecutoriedad de los actos administrativos pertenece al plano de la autotutela declarativa». Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, vol. I, 2004, pp. 519 y 782, respectivamente.

³³ Ramón PARADA, no sólo define la ejecutoriedad como «la cualidad del acto administrativo de producir todos sus efectos contra la voluntad de los obligados», sino que designa como término equivalente el de «ejecutividad». Ramón PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, Barcelona, Marcial Pons, 2008. pp. 146 y ss.

³⁴ Según el autor, «si bien en la doctrina española ha acabado por imponerse el término ejecutoriedad (...) no está del todo aquilatado el significado del concepto que, (...), bien puede referirse a la susceptibilidad de ejecución forzosa, diferenciándose así claramente del de ejecutividad. Éste significaría, simplemente, eficacia, producción de efectos jurídicos. Por lo que, si bien todo acto administrativo es ejecutivo, no todo acto administrativo es ejecutorio: lo será en función de su contenido obligacional». Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, pp. 35-91. La cita pertenece a la página 56.

³⁵ Dice BOCANEGRA que «hay algunos actos que, además de la ejecutividad, disponen, sobre ella, de la característica añadida de la ejecutoriedad, es decir, la susceptibilidad de que la Administración pueda imponer el contenido obligatorio de sus propios actos administrativos utilizando medios coactivos». Raúl BOCANEGRA SIERRA, *La teoría del acto administrativo*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 145 y 146.

que, desde esta perspectiva, la valoración de la ejecutoriedad del acto se articulará principalmente atención a su contenido y a la susceptibilidad de este de ser llevado al plano material. Así, la ejecutoriedad del acto queda condicionada, no sólo a su eficacia y ejecutividad —exigencias que se dan en el plano del deber ser—, sino del contenido mismo del acto. Me sirvo aquí de un ejemplo utilizado por otros para ilustrar la eficacia demorada del acto en función del contenido del acto³⁶. Según estos autores, si se ordena la retirada de nieve a los vecinos de una calle, pero no ha nevado, la eficacia queda demorada. Según quienes utilizan el ejemplo, esta demora de la eficacia del acto se debe a su contenido (uno de los supuestos recogidos por el artículo 57.2 LRJAPyPAC). Sin embargo, nada impediría que el acto se recurriera, que la Administración lo revocara y tampoco puede decirse que el acto no despliegue su fuerza imperativa. A mi entender, pues, el acto sigue siendo eficaz y ejecutivo; le falta sin embargo la calidad de ejecutorio porque el contenido del acto simplemente impide su ejecución, forzosa o no³⁷. Otro ejemplo, que tomo también prestado, consistiría en los actos cuyo contenido implica una obligación personalísima de hacer, los cuales pueden reunir los atributos de eficacia y ejecutividad, pero no serán susceptibles de ser ejecutados forzosamente porque su contenido —y el respeto a los derechos fundamentales, *que entendemos como una cuestión de derecho natural*— lo impide³⁸. De esta perspectiva, el juicio de ejecutoriedad del acto administrativo obliga en todo caso al intérprete a descender también al plano del ser, a diferencia del de eficacia y ejecutividad que se valoran solo desde la esfera del deber ser.

Por otro lado y en el marco de este estudio, es preciso avanzar ya que la autorización judicial de entrada entroncará con la actividad administrativa y con el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva precisamente al constituirse como un atributo de ejecutoriedad de la decisión o acto administrativo que la Administración pretenda trasladar al plano material y sea susceptible de afectar el derecho a la inviolabilidad del domicilio o el derecho a la propiedad privada. Sin adentrarme ahora en ello —porque este tema se aborda posteriormente enmarcado en la naturaleza de la autorización judicial de entrada, por motivos de sistemática³⁹— sí procede ejemplificar lo anterior

³⁶ Utilizan este ejemplo tanto Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 578; como Raúl BOCANEGRA SIERRA, *op. cit.*, p. 127 y este último, en relación con la eficacia del acto en general, a pesar de insistir en la distinción entre eficacia externa e interna.

³⁷ Coincide con esta conceptualización SANTAMARÍA PASTOR, a pesar de no asociarlo al concepto de ejecutoriedad del acto administrativo. Según dicho autor, el contenido del acto no produce el aplazamiento de su eficacia según reza el artículo 57.2, «lo que se aplaza en este caso no es la producción de efectos del acto administrativo, sino la puesta en práctica real de su contenido». Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II, Madrid, Iustel, 2009, pp. 145-146.

³⁸ Utiliza este ejemplo Raúl BOCANEGRA, *op. cit.*, p. 146. Expresamente el art. 100.2 de la LRJAPyPAC, ante la imposibilidad de ejecutar forzosamente de forma directa una obligación personalísima de hacer, transforma dicho contenido en una obligación de «resarcir los daños y perjuicios», cuya ejecución forzosa podrá llevarse a cabo mediante la vía de apremio.

³⁹ Debo remitir al lector al Capítulo IV, en especial el apartado dedicado a *La naturaleza de la autorización judicial de entrada*.

para alcanzar una mejor aproximación inicial a lo que se propone. Sirva imaginar una decisión administrativa cuya ejecución implica la entrada en un domicilio, decisión que puede reunir todos los requisitos para considerarse eficaz y ejecutiva, de modo que desplegará su fuerza vinculante u obligatoria. Ahora bien, a pesar de ejecutiva, mientras falte la debida autorización judicial de entrada, el acto no podrá trasladarse a la realidad material coactivamente, es decir, no cumplirá con el atributo de ejecutoriedad tal como venimos concibiéndolo.

Para acabar con el comentario en torno de la ejecutoriedad, es preciso notar que, a pesar de coincidir los autores citados en la significación de la ejecutoriedad, divergen en el momento de circunscribirla como manifestación de la autotutela declarativa o de la ejecutiva. Mientras que BARCELONA LLOP, entiende que la ejecutoriedad, en el sentido anteriormente manifestado, debe circunscribirse a la «potestad de decisión ejecutiva» —es decir, la autotutela declarativa—⁴⁰, BOCANEGRA SIERRA circunscribe la ejecutoriedad en el ámbito de la autotutela ejecutiva⁴¹. Si duda, lo anterior depende en gran medida del contenido que se otorgue al concepto. Así pues, dada la conceptualización aquí propuesta, desde mi perspectiva no hay duda de que la ejecutoriedad debe circunscribirse en el ámbito de la autotutela ejecutiva, pues como dice BOCANEGRA SIERRA la ejecutoriedad atañe a esta segunda fase posterior a la declaración, es decir, a la ejecución en sentido estricto constituyendo un requisito para proceder a la misma.

b) *La autotutela ejecutiva.*

Por otro lado, el segundo contenido del principio de autotutela, la autotutela ejecutiva, consiste en la posibilidad de llevar al plano material el contenido del acto que la Administración ha dictado previamente. Es decir, la fuerza vinculante o imperativa del contenido del acto administrativo se traslada a la realidad fáctica, también mediante su imposición a través de la coacción ante el administrado que se resiste a someterse

⁴⁰ Javier BARCELONA LLOP intentó delimitar a través de un detallado estudio doctrinal, terminológico, legal y jurisprudencial de los conceptos «ejecutividad», «ejecutoriedad» y «ejecución forzosa», el contenido de cada uno de ellos. Según este autor, «a dos potestades correspond[e]n tres conceptos: al de decisión ejecutiva el de ejecutividad y, en ocasiones (pero no siempre), el de ejecutoriedad; a la de ejecución forzosa, el mismo que su propio nombre indica». Como se ve, distingue el autor entre potestad de decisión ejecutiva y potestad de ejecución forzosa, binomio paralelo a la distinción que aquí se sigue entre autotutela declarativa y ejecutiva. Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, p. 35.

⁴¹ «La ejecutoriedad o acción de oficio, que representa un segundo momento distinto a la eficacia o ejecutividad, constituye un reflejo de los poderes de autotutela de que la Administración dispone, mediante los cuales puede, por sí misma, sin necesidad del auxilio de los Tribunales, hacer efectivos sus propios actos o decisiones, ejecutando las obligaciones que ella misma ha declarado previamente y pudiendo hacerlo, además, frente a la resistencia al cumplimiento voluntario por parte del obligado». Raúl BOCANEGRA SIERRA, *La teoría del acto administrativo*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 147 y 148.

voluntariamente a su fuerza obligatoria. Así pues, el poder autotutela ejecutiva se concreta en la ejecución o en la ejecución forzosa del acto⁴².

El contenido de la autotutela ejecutiva queda plasmado, con carácter general, en los artículos 93 y 95 de la misma Ley⁴³. Del artículo 93 interesa destacar en este punto que recoge el contenido básico de la autotutela ejecutiva, es decir, «la actuación material de ejecución de resoluciones». Según el artículo 95, que se refiere ahora sí explícitamente a la «ejecución forzosa», podrán ejecutarse forzosamente «los actos administrativos», salvo que se haya suspendido la ejecutividad del acto o la ley o la Constitución exijan la intervención de la jurisdicción. Dejamos el estudio de la ejecución forzosa para más adelante, ya que tanto la LOPJ, como la LRJCA y la LRJAPyPAC vinculan indefectiblemente la figura de la autorización judicial de entrada a la ejecución forzosa.

C. El principio de autotutela y su fundamento constitucional.

Si no resulta fácil explicar la evolución del principio de autotutela desde sus orígenes en el Antiguo Régimen hasta la actualidad, menos fácil parece aún cohonestar este exorbitante poder de la Administración, en especial la autotutela ejecutiva, con el nuevo orden constitucional establecido en 1978; con la consagración de un Estado social y democrático de Derecho, con la definitiva instauración de la división de poderes y con el reconocimiento del principio de igualdad y de los derechos fundamentales, en especial el derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. Todo ello en el marco de un texto constitucional que no hace mención alguna a la potestad de autotutela administrativa que las leyes venían recogiendo desde el siglo XIX, principalmente a través de la calificación del acto administrativo y del

⁴² Me parece sumamente acertada la definición que de autotutela ejecutiva hace Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, que la define como «la potestad de la Administración de llevar a la práctica (ejecutar) sus propias decisiones, llegando incluso, al empleo de la coacción en caso de resistencia de sus destinatarios, e igualmente sin tener que contar para ello con la intervención de los Tribunales». Su acierto radica en no focalizar la autotutela ejecutiva únicamente en la ejecución forzosa, sino también en la ejecución —«llevar a la práctica» la Administración sus decisiones— que se realiza sin oposición del destinatario o destinatarios del acto. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I* (1988), Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, reimpresión 1991, p. 215.

⁴³ Transcribo los artículos en cuestión para mayor comodidad del lector.

Artículo 93: Título.

1. Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico.
2. El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa.

Artículo 95: Ejecución forzosa

Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales.

reconocimiento explícito de la potestad de ejecutar libremente la actuación administrativa removiendo los obstáculos que lo impidieran.

A pesar de que el principio de autotutela había convivido con los anteriores textos constitucionales, la entrada en vigor de la Constitución de 1978 replanteó la cuestión de su conciliación con el texto de la norma, en especial en relación con la autotutela ejecutiva, por el conflicto que suponía con la división de poderes y la atribución en exclusiva a los jueces de la función de «ejecutar lo juzgado» y algunos principios constitucionales, como el de igualdad, o el derecho a la tutela judicial efectiva. No bastaban ya las explicaciones que se habían sostenido hasta entonces, como la de que el poder de la Administración era ínsito a la misma o que se apoyaba en la presunción de legalidad de los actos administrativos⁴⁴.

Tampoco quedaba satisfecha la compatibilidad de la autotutela ejecutiva con el engarce de simples engranajes; tras la Constitución de 1978 era necesario hallar un fundamento constitucional bajo el cual pudiese la potestad de autotutela ejecutiva cobijarse e integrarse sus manifestaciones con normalidad en el nuevo orden constitucional. En este sentido, adquiere de nuevo protagonismo la sentencia 22/1984, ya que en ella el Tribunal Constitucional reconoce este fundamento constitucional de la potestad de autotutela ejecutiva.

Como se ha apuntado, vino a darse una respuesta al conflicto planteado, a través de la sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero⁴⁵, que declaró la

⁴⁴ Así, por ejemplo, se manifestaba Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, según quien los fundamentos de la autotutela ejecutiva son dos. Por un lado, el *fundamento político* que «radica en el *imperium* de que está investida la autoridad que dicta el acto». Por otro lado, el *fundamento jurídico*, que no es otro que «la presunción de legitimidad de los actos administrativos». Jesús GONZÁLEZ PÉREZ en Carlos-E MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. VIII, Barcelona, Editorial Francisco Seix, S.A., 1956.

⁴⁵ STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984/22). Hubo anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se planteaba de forma subyacente la compatibilidad de la autotutela con la nueva Constitución, aunque en ninguno de ellos se encargara el Tribunal de afrontar la cuestión de una forma tan directa y explícita como la STC 22/1984. Algunos de estos pronunciamientos han sido comentados en el Capítulo anterior —Auto de 17 de diciembre de 1981 (RJ 1981/4808); sentencia de 4 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6965); sentencia de 7 de diciembre de 1982 (RJ 1982/7911); sentencia de 8 de febrero de 1984 (RJ 1984/786); sentencia de 7 de diciembre de 1982 (RJ 1982/7911). En ellos el conflicto se establecía en relación con la inviolabilidad del domicilio y, como ya sabemos, en ninguno de los supuestos se estimó que mediante la ejecución forzosa se hubiere vulnerado la inviolabilidad del domicilio, entre otros porque no se estimaba que las actuaciones de la Administración hubiese sido arbitraria, ni que se hubiese alejado de su finalidad (ATS de 17 de diciembre de 1981, considerando 7.º) o porque, de tener que solicitarse autorización, «quebraría de hecho nuestro sistema de administración pública» (STS 7 de diciembre de 1982, considerando 6.º). Así pues, si prevalecía la potestad de autotutela ante el derecho fundamental, se reconocía implícitamente algún fundamento superior en la potestad ejecutiva y ejecutoria.

Otras sentencias del TS se ocuparon de forma tangencial de dicha compatibilidad, como por ejemplo, la STS de 17 de julio de 1982 (RJ 1982/4428), que Javier BARCELONA LLOP se encargó de

autotutela conforme con la Constitución y justificó dicha conformidad en el principio de eficacia que ordena la actividad administrativa.

Así se expone en el fundamento jurídico 4.º de la sentencia, que dada su importancia se transcribe a continuación:

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

El principio de eficacia⁴⁶ es pues donde reside el fundamento constitucional de la potestad de autotutela⁴⁷; principio recogido en el artículo 103.1 de la Constitución según el cual «[l]a Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». En definitiva se reconduce la autotutela de nuevo al plano subjetivo desde el cual se

estudiar con detalle: Javier BARCELONA LLOP, *op. cit.*, pp. 160-163. En esta sentencia, el TS entiende que la ejecución de una sanción debe someterse a su firmeza, con el fin de no vaciar de contenido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En este supuesto, la potestad de autotutela debe ceder ante el derecho fundamental. Además, según el Tribunal, el principio de eficacia no justifica la ejecución de la sanción, en tanto que «el principio de eficacia de la Administración, consagrado constitucionalmente en el art. 103.1 del texto de nuestra Norma fundamental, dice relación preferentemente a la actuación en servicios públicos o actividad prestacional, y desde un punto de vista más jurídico-formal, a la pronta tramitación y resolución de los procedimientos administrativos (art. 29.1 de la Ley Procedimental), pero en cualquier caso tal eficacia ha de ceder ante las garantías procesales según declara el Tribunal Constitucional en la sentencia de repetida cita, y ante el principio de una efectiva tutela judicial evitadora de indefensión» (Considerando 6.º *in fine*).

⁴⁶ Sobre el principio de eficacia me remito al extenso y detallado trabajo de Luciano PAREJO ALFONSO, «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública», en Documentación Administrativa, núm. 218-219, 1989, pp. 15-65.

⁴⁷ Se opone diametralmente a este planteamiento Ramón PARADA, en cuya opinión el principio de eficacia es «simplemente una directiva o directriz para la buena organización y funcionamiento de la Administración». Cabe aunar a esta afirmación la reticencia de PARADA a la constitucionalidad de la potestad de autotutela que a su entender invade la competencia de ejecutar lo juzgado atribuida en exclusiva a los Jueces y Tribunales. Ramón PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, Barcelona, Marcial Pons, 2008, p. 161.

concede la Administración como un poder público al servicio del interés general en cuya consecución debe primar la eficacia⁴⁸.

Pero lo realmente significativo en la interpretación del principio de eficacia es que la consecución eficaz de los fines públicos no se trata tan sólo de un principio orientador de la actuación administrativa, sino de un bien o un interés protegido constitucionalmente en sí mismo, que no revierte sino en la realización del Estado social⁴⁹. De este modo, la autotutela deja de ser una finalidad en sí misma y se convierte en un instrumento que sirve a la consecución de dicho interés protegido por la norma fundamental⁵⁰.

Se constata así el abandono definitivo de la concepción inicial de la Administración como simple y pura ejecutora de la ley⁵¹, sustituyéndose por la de una Administración teleológica abocada a la consecución interés general o de los fines públicos, concepción de la Administración servicial o vicarial (art. 103.1 CE). Es pues en el cumplimiento de dichos fines donde la Administración «encuentra, nada menos, que su legitimación última»⁵². Si bien, siempre sometida a la ley y, cómo no, a la Constitución.

El sometimiento de la Administración «a la ley y al Derecho» tampoco pasa inadvertido en la STC 22/1984 que, tras afirmar la compatibilidad de la autotutela ejecutiva con el texto constitucional, hace referencia a ello. En dos ocasiones en el párrafo reproducido anteriormente y clave del pronunciamiento constitucional, se refiere el Tribunal al principio de legalidad que orienta la actuación de la Administración. En primer lugar, cuando alude al reconocimiento legal de la autotutela ejecutiva («se encuentra en nuestro derecho *legalmente* reconocida») y, en segundo lugar, cuando se remite al legislador —y no a la Administración y al ejercicio de la potestad reglamentaria— para que acomode la actuación administrativa a la consecución eficaz de los fines generales

⁴⁸ Hay quien ha afirmado que el principio de eficacia recogido en el artículo 103 «es un apoyo débil, indirecto y genérico: demasiado poco para tan intensa potestad». C. SÁNCHEZ DE LAMADRID y J. A. MORILLO-VELARDE DEL PESO, «La garantía judicial de los derechos concretos: la Administración, el domicilio y los interdictos», *La Ley* 1989-1, p. 1034.

⁴⁹ Luciano PAREJO ALFONSO, «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública», en *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, 1989, p. 31.

⁵⁰ Adelantándonos al orden del discurso presentado, cabe advertir que este extremo condicionará sobremedida la institución de la autorización judicial de entrada, en tanto que aquello que mediante la autorización se pretende conciliar con los derechos e intereses del administrado no es el ejercicio de la potestad de autotutela en sí mismo, sino la consecución eficaz del fin público —instrumentalizado en este caso mediante la ejecución administrativa.

⁵¹ Siendo España receptora directa de los postulados revolucionarios franceses, en virtud de la sanción de la división de poderes ya en la Constitución de Cádiz, la Administración se configuró como poder ejecutivo; lo que la caracterizaba era su función, a saber, la ejecución de las leyes. La Administración, pues, fue concebida como ejecución. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *op. cit.*, p. 46.

⁵² Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Instituciones de Derecho administrativo*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, p. 89.

(«significa ello una remisión a la decisión del *legislador ordinario*»). Se desprende de ello que deben ser normas con rango de ley las que autoricen el uso de este instrumento ejecutivo al servicio eficaz del interés público⁵³.

Además de al sometimiento a la ley y al Derecho, la STC 22/1984 se refiere también al sometimiento a la Constitución. «Una vez admitida la conformidad con la Constitución de la potestad administrativa de autotutela (...), hay enseguida que señalar que la Administración, que a través de sus órganos competentes procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución» (FJ 4.º).

El sujeción de la actuación ejecutiva de la Administración a la Constitución se refiere en especial a los derechos fundamentales, entre los cuales cabe destacar el derecho a la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia (art. 24 CE) y el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), por la incidencia que han tenido en la moderación del ejercicio de las potestades de autotutela. En el primer supuesto, por la exigencia de agotamiento de la vía administrativa o a la firmeza de las sanciones para que puedan ser ejecutadas⁵⁴, en el segundo, por la exigencia de la previa autorización judicial para ejecutar el acto que implique la entrada en un domicilio⁵⁵.

⁵³ La LRJAPyPAC atribuye con carácter general la potestad de ejecución a la Administración respecto del acto administrativo, en el artículo 95, lo que en mi opinión desvirtúa el fin garantista que pretende erigirse con la exigencia previsión legal que contemple el ejercicio de la actividad ejecutiva. Por ello, cabe complementar esta previsión normativa con el principio de vinculación positiva de la Administración a la ley, según el cual debe ser por ley que se contemple, ya no solo la potestad ejecutiva de la Administración con carácter general, sino la de dictar el acto que se pretende ejecutar o simplemente la de actuar; es decir, la exigencia de norma legal habilitante de la ejecución debe trasladarse a la atribución de potestades administrativas mediante normas de rango de ley. Es aquí, donde se asienta la subordinación de la potestad de autotutela a la ley.

Han reparado en este aspecto Javier BARCELONA LLOP, *op. cit.*, pp. 166-168 y Luciano PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación del Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991, pp. 114-115; y más recientemente Raúl BOCANEGRA SIERRA y Javier GARCÍA LUENGO, que abordan la cuestión con mayor profundidad inspirándose en la doctrina alemana, y recogen el concepto de acto administrativo como *Eingriff* (intrusión) en la esfera de libertad del ciudadano, lo que les conduce a la conclusión de que «la decisión sobre la actuación mediante acto administrativo (...) constituye (...) una materia necesariamente reservada a la Ley». Raúl BOCANEGRA SIERRA y Javier GARCÍA LUENGO en «La potestad de dictar actos administrativos como intromisión en la libertad», en *RAP*, 172, 2007, p. 103-140. La cita pertenece a la p. 115.

⁵⁴ Abrió esta vía interpretativa la STS de 17 de julio 1982 (RJ 1982/4428), que finalmente ha sido recogida en el artículo 138.3 de la LRJAPyPAC y en el artículo 21.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

En orden al respeto a la tutela judicial efectiva cabe también hacer referencia la regulación contenida en la LRJCA en relación con la adopción de medidas cautelares (arts. 129 a 136), en tanto que, una vez solicitada la medida de suspensión y mientras no se resuelva en sede judicial, la Administración no podrá ejecutar el acto impugnado. Lo mismo cabría decir respecto de la suspensión solicitada en el marco de un recurso en vía administrativa, a pesar de que la LRJAPyPAC no lo prevea. Así, una vez solicitada la suspensión de la ejecución del acto, hasta que la Administración no resuelva sobre la misma o

Así pues, si bien la autotutela no se declara inconstitucional al venir amparada por el principio de eficacia, tampoco es un poder absoluto, ya que su ejercicio viene condicionado por su previsión legal y por el respeto a los derechos fundamentales⁵⁶.

2. LAS POSIBLES MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA EJECUTIVA EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.

Vistos los anteriores preceptos legales, la eficacia, ejecutividad y la ejecutoriedad son cualidades que la Ley predica del acto administrativo. Sin embargo, estas cualidades atribuidas con carácter general al acto administrativo no son más que una manifestación o una concreción de la potestad de autotutela que reviste a la Administración pública. Es decir, la potestad autotutela declarativa y ejecutiva se traslada al acto administrativo, caracterizándolo. Pero, no por ello todo acto administrativo tiene por qué venir revestido del principio de autotutela y ser eficaz, ejecutivo o susceptible de ejecución forzosa. Del mismo modo, no toda la actuación administrativa que se ejerce en virtud del principio o potestad de autotutela se manifiesta a través de un acto administrativo.

El concepto de acto administrativo que han acogido la doctrina y legislación española es un concepto amplio, que se refiere a «todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo»⁵⁷. Esta definición amplia de acto administrativo

transcurra el plazo de un mes establecido en el artículo art. 111.3 de la LRJAPyPAC, la ejecutividad queda suspendida.

⁵⁵ La doctrina, sin embargo, ha cuestionado la adecuación de la potestad de la autotutela a otros intereses protegidos constitucionalmente, como el principio de igualdad, cuestión que en resumidas cuentas carece de toda lógica ante una Administración configurada desde la perspectiva subjetiva y estatutaria, que se caracteriza precisamente por su posición privilegiada, siempre en pro de la consecución del interés general. Recoge estas objeciones y la respuesta Constitucional a las mismas Mercedes LAFUENTE BENACHES, a quien nos remitimos, en *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 38-50; y en «Sobre la constitucionalidad de la potestad de la Administración de ejecución forzosa de sus actos», en *Poder Judicial*, núm. 21, 1991, p. 139 y ss.

En este punto cabe también recordar la objeción de Ramón PARADA a la constitucionalidad de la potestad de autotutela por inmiscuirse en la función de juzgar y ejecutar lo juzgado de los jueces (art. 117.3 CE); posición que mantiene desde sus primeros trabajos en materia de autotutela publicados en la *Revista de Administración Pública* en 1968 y 1969, comentados anteriormente, hasta la actualidad, a pesar de admitir que «negar a estas alturas las potestades ejecutorias de la Administración (...), puede resultar inútil utopía, porque la ejecución constituye una realidad incuestionable al margen de lo que la Constitución pueda decir». Ramón PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, Barcelona, Marcial Pons, 2008, p. 161.

⁵⁶ A pesar de la importancia de la sentencia del TC comentada en la delimitación del ejercicio de la potestad de autotutela, se desprende del mismo texto constitucional la exigencia de respeto de los derechos fundamentales a través del art. 53.1 CE, según el cual: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos».

⁵⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, vol. I, 2004, p. 549.

responde a la voluntad, como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, de «intentar expresar en una suerte de célula básica el microcosmos definitorio, la sustantividad y peculiaridad entera del Derecho Administrativo», lo cual resulta absolutamente inviable cuando en el orden práctico pretende ordenarse toda la actuación administrativa. Y es que, según palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, «[l]a autotutela no es una virtud del acto administrativo, sino un privilegio subjetivo de la Administración, que lo utiliza cuando lo ha menester (cuando tiene derechos que tutelar, por de pronto), pero no necesariamente en todos sus actos jurídicos»⁵⁸. Así, la autotutela ejecutiva no solo se pone de manifiesto a través de la ejecución forzosa de actos administrativos, sino que otros tipos de actividad administrativa —no estrictamente formalizada en un acto administrativo, ni materializada por medio del procedimiento de ejecución forzosa—, exigen que la Administración recurra a la coacción con el fin de la consecución de la finalidad para ella prevista.

De este contexto no puede quedar al margen la figura de la autorización judicial de entrada. Como ya se ha visto al principio de este capítulo, uno de los presupuestos que rodea la concurrencia de la autorización judicial de entrada es el ejercicio por parte de la administración de la potestad coactiva o de la autotutela ejecutiva mediante aquella actividad que se ha subsumido bajo la categoría de actividad material o de ejecución.

Algunos ejemplos de esta actividad administrativa susceptible de violentar los bienes jurídicos protegidos por la autorización judicial de entrada son los siguientes. Por un lado, se halla la ejecución forzosa de actos administrativos. Por ser el acto administrativo la forma prototípica y más habitual de manifestación de la voluntad de la Administración, el de ejecución forzosa será el procedimiento seguido en la mayoría de supuestos en que haya de solicitarse la autorización judicial de entrada. Junto a la ejecución forzosa, cabe también tener en cuenta la ocupación de los bienes inmuebles expropiados a los que se refiere el art. 51 de la LEF y a la que impone la previa autorización judicial de entrada. También es relevante en este sentido, toda la actividad inspectora de la Administración que, a pesar de no responder estrictamente al concepto de acto administrativo, por lo que su ejecución no se materializa por los cauces de la ejecución forzosa, igualmente exige en determinados supuestos ir acompañada de la autorización judicial de entrada al tener la Administración que ejercer la actividad inspectora coactivamente. En este contexto, tampoco puede olvidarse aquella actividad administrativa que viene conociéndose como coacción directa de la Administración, en la que no media acto formal previo, sino simple y llanamente ejecución. En último término, es preciso tener igualmente en cuenta no pocos supuestos en los que la Administración tiene legalmente encomendada la realización actuaciones de ejecución, coactivamente si procede, pero que no encajan exactamente en ninguna de las categorizaciones mencionadas; por ejemplo, las llamadas medidas cautelares.

⁵⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, vol. I, 2004, p. 574.

Ante el ejercicio de la coacción administrativa en los anteriores contextos, tanto la Constitución como la legislación —en mayor o menor medida— imponen la autorización judicial de entrada como instrumento llamado a cohonestar el ejercicio de la autotutela ejecutiva administrativa y determinados derechos del administrado. Lo que me ocupará ahora es desentrañar cómo se ordena en cada una de estas categorías de actuación administrativa la autorización judicial de entrada.

III. LOS CRITERIOS DE ORDENACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN EL MARCO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. EN ESPECIAL, CUANDO DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA SE TRATA.

Transcurridos treinta años desde que la institución de la autorización judicial de entrada pasara a tener un lugar en el ordenamiento jurídico-administrativo, todavía a fecha de hoy siguen siendo difusos algunos de los criterios que guían su anclaje en este marco; en especial, aquellos que la ordenan a la protección de la propiedad privada.

En este punto, se bifurca el discurso, en tanto que se abren dos sendas ante el viajero del Derecho administrativo. A un lado, aquella que aun no sin curvas y algún tramo estrecho, conduce de la mano del artículo 18.2 de la Constitución a la conjugación de la actuación administrativa con el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Al otro lado, en cambio, halla el caminante una senda abrupta, escarpada y sinuosa, en la que la legislación marca unas pautas confusas para cohonestar la actividad administrativa con el derecho a la propiedad privada de los administrados.

La anterior metáfora no pretende más que poner de manifiesto que, asumido que la legislación vigente protege mediante la autorización judicial tanto el derecho a la inviolabilidad del domicilio como la propiedad privada, son muy dispares los regímenes impuestos en cada caso. Respecto del indicado derecho fundamental, el régimen jurídico diseñado no ofrece fisura alguna, pues toda actuación administrativa cuya materialización exija el acceso al domicilio deberá contar sin excepción con la correspondiente autorización judicial, a no ser que concurra el consentimiento del titular, la flagrancia delictiva o un estado de necesidad. No sucede lo mismo en aquellas ocasiones en que de lo que se trata es de entrar o acceder a una propiedad privada no constitutiva de domicilio. En tales supuestos, las normas nos ofrecen un régimen ajedrezado, plagado de matices y, sobre todo, incapaz de determinar con claridad los casos en los que se impone la autorización. Afirmado lo anterior, son varios los interrogantes que surgen a continuación: ¿Por qué el bien jurídico protegido condiciona la imposición de la autorización judicial? ¿En el caso de la propiedad privada, cuándo procede la autorización? ¿Existe algún criterio que ordene su imposición? Y, de ser así, ¿cuál es?

Aportar una respuesta acertada a los anteriores interrogantes no es tarea sencilla, dada la parquedad y, en cierto sentido, tosquedad de los preceptos que actualmente regulan la imposición de autorización judicial de entrada en el ordenamiento administrativo. La respuesta a los mismos no puede basarse en criterios más o menos simplistas como la constatación de la distinta naturaleza de los bienes jurídicos protegidos o la distinción entre los distintos tipos de actividad administrativa de ejecución; sino que, tomando como punto de partida precisamente dichas diferencias, deberá articularse una argumentación que explique sin resquicios las peculiaridades que reviste la imposición de la autorización judicial de entrada en cada supuesto. De este modo, se constatará que no puede hablarse de un único régimen de imposición de la autorización judicial de entrada, sino de distintas modalidades, las cuales, no obstante, comparten una sólida estructura común.

Como ya se ha dicho, el punto de partida en esta argumentación es el distinto origen de los mandatos que imponen la autorización judicial de entrada y, por tanto, la distinta naturaleza de los bienes jurídicos protegidos que de ello se deriva. Y es que, mientras que el domicilio inviolable es el espacio en el que se desarrolla y emana el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, reconocido en el artículo 18.2 de la CE, la propiedad privada no goza de la misma consideración al quedar recogido en el artículo 33 de la Constitución, y por lo tanto, no se le otorgan los mismos mecanismos de protección que el domicilio inviolable. Desde esta perspectiva, la diferencia radica en que mientras que en el caso del domicilio es el mandato constitucional el que impone la autorización judicial de entrada, en el supuesto de la propiedad privada es la voluntad legislativa la que impulsa esta exigencia. Las consecuencias que se derivarán de esta distinta configuración serán más que notables.

1. AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA Y DERECHO A LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO.

Sin duda fue Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA uno de los autores que más tempranamente incidió en el carácter normativo de la Constitución española, así como en su poder vinculante inmediato y directo como tal⁵⁹. Actualmente no se pone en tela de juicio que los mandatos constitucionales operan de forma inmediata y directa sobre aquellos que son receptores de la misma, entre los que se incluye la Administración pública —arts. 9.1 y 103 de la CE, art. 3.3 de la LRJAPyPAC. Por eso, el artículo 18.2 de la Constitución no requiere de desarrollo legislativo para que se imponga a la Administración⁶⁰.

⁵⁹ Al respecto, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (1981), Cizur Menor, Aranzadi, 2006, en especial, pp. 89 y ss.

⁶⁰ Cabe recordar que inicialmente el valor normativo del catálogo de derechos y libertades fundamentales fue puesto en tela de juicio, ya que históricamente se les venía atribuyendo un carácter programático. Ante esta cuestión, el TC no dudó en afirmar que «[c]onviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema

El artículo 18.2 de la Constitución opera como un mandato directo y vinculante para la Administración pública en cualquier caso, de modo que toda vez que la Administración pretenda coactivamente penetrar en el domicilio de un administrado, deberá acompañar su actuación de una resolución judicial. No existen más excepciones a este esquema que las que la misma norma constitucional recoge —la flagrancia delictiva y el consentimiento del titular del derecho fundamental—, junto a los supuestos de necesidad.

De este modo, a pesar de que la legislación no someta la actividad administrativa ejecutiva o material a la previa autorización judicial de entrada, si el derecho a la inviolabilidad domiciliaria puede ser afectado por la actuación administrativa —salvo en las excepciones ya mencionadas— la Administración *siempre* deberá recabar la autorización judicial de entrada para realizar su actuación. Interesa aquí poner énfasis en el hecho de que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no distingue entre los diferentes tipos de actividad administrativa; tanto si es en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa, como en el marco de una inspección o de la coacción administrativa directa, por poner solo algunos ejemplos, la Administración debe respetar el derecho fundamental y acudir al juez para obtener la preceptiva autorización judicial de entrada. Igualmente, tampoco podrá el juez de lo contencioso-administrativo escudarse en la literalidad de los preceptos legales o en la ausencia de una norma que vincule un determinado tipo de actividad administrativa a la autorización judicial de entrada, para negarse a conocer de la petición de autorización para penetrar en un domicilio. El juez también queda supeditado al imperativo constitucional.

En conclusión, ante el domicilio inviolable, toda actividad administrativa de ejecución coactiva queda sometida al mandato constitucional, con independencia del tipo o especie de actividad administrativa y al margen de que la legislación recoja la imposición de la autorización o no. En todo caso, si la legislación así lo contemplara, sería simplemente a modo de recordatorio, en tanto que el imperativo emana de la norma constitucional.

2. AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA Y DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA.

El panorama anteriormente descrito cambia diametralmente cuando el bien susceptible de ser afectado por la actividad material o de ejecución de la Administración es la propiedad privada, dado que en este marco la autorización judicial no se exige por medio de un mandato constitucional o legal de alcance general ante todo tipo de ejecución administrativa coactiva. Como ya se ha resaltado, ha sido la *voluntas legislatoris*

de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (artículos 9.1 y 117.1 C. E.)». Fragmento extraído del FJ 1.º de la STC 16/1982, de 28 de abril (RTC 1982/16).

la que ha impulsado el traslado el mecanismo de la autorización judicial de entrada desde el domicilio hasta la propiedad privada. Sin embargo, en dicho traslado, el legislador ha dibujado un marco incompleto, desordenado y carente en ocasiones de congruencia, que dificulta sobremanera la tarea interpretativa del jurista.

Antes de adentrarnos en el fondo de la cuestión, procede un breve recordatorio de cuál ha sido la evolución legislativa en este sentido.

El punto de partida de la imposición de la autorización judicial para acceder a la propiedad privada fue el anterior artículo 87.2 de la LOPJ de 1985, actualmente el 91.2 de la misma norma. El legislador, entonces, a la luz de la STC 22/1984, incorporó a la Ley Orgánica del Poder Judicial la figura de la autorización judicial de entrada con la finalidad principal de reconocer a favor de un determinado orden jurisdiccional y órgano judicial la competencia para conceder dicha autorización —entonces, el juez penal de instrucción; pero, además de cumplir con dicha finalidad, el legislador asoció la autorización judicial de entrada también a los restantes espacios cuyo acceso depende del consentimiento del titular, así como a una determinada especie de actividad administrativa: la ejecución forzosa de actos administrativos⁶¹.

Teniendo en cuenta el contexto en el que surgió la norma, además de que este era el único precepto que regulaba la imposición de la autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa, y a la vista de su tenor literal, se extendió la concepción —del todo lógica— de que el legislador vinculaba la autorización judicial de entrada, cuando esta se dirigía a espacios ajenos al domicilio constitucionalmente protegido, exclusivamente a la ejecución forzosa de actos administrativos. De este modo generalmente se entendía que el criterio determinante para la imposición de la autorización judicial para penetrar en una propiedad privada era la actividad administrativa en juego. Es decir, el factor determinante radicaba en que la coacción ejecutiva de la Administración se encauzara por el procedimiento de ejecución forzosa⁶². Sin duda, esta visión, ajustada al contexto normativo vigente hasta hace unos

⁶¹ Recuérdese que la referida sentencia giraba en torno a la ejecución forzosa de la resolución de un expediente de legalidad urbanística de desalojo y derribo. En el mencionado pronunciamiento, a pesar de que el Tribunal Constitucional aludiera a la potestad de autotutela administrativa o la «ejecución de sentencias o resoluciones adoptadas por los órganos públicos», en su argumentación jurídica, hizo especial hincapié en la ejecución forzosa de actos administrativos y en el respeto que en su uso la Administración debía mantener por los derechos fundamentales de los administrados. Quizás este hecho fuera el que motivara que el primer impulso legislativo asociara la autorización exclusivamente a la ejecución forzosa de actos administrativos, y no a la autotutela ejecutiva o a la ejecución coactiva, conceptos mucho más amplios que el de «ejecución forzosa». Véanse especialmente los fundamentos jurídicos 5.º y 6.º de la STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984/22).

⁶² Así Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa*, cit., especialmente, pp. 529-533 y pp. 544-546; Joan Josep QUERALT, «La inviolabilidad domiciliaria en los controles administrativos. Especial referencia a la de las empresas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990, p. 60.

pocos años⁶³, respondía a un concepto estricto tanto de ejecución forzosa y como de acto administrativo, de modo que se excluía *ex radice* que el acceso a la propiedad privada quedara condicionado en el seno del ejercicio de la potestad de inspección —en el que las inspecciones coactivas no responden a la ejecución forzosa de un acto administrativo en sentido estricto⁶⁴— o de la potestad de coacción directa de la administración —en la que tampoco se identifica un acto formal ni procedimiento alguno de ejecución forzosa, sino mera ejecución coactiva.

Ciertamente, este esquema que condiciona la imposición de la autorización judicial de entrada para acceder a la propiedad privada en atención a *criterios exclusivamente materiales* podría seguir considerándose válido, si no fuera que el legislador ha ido paulatinamente condicionando el marco inicialmente fijado. Por un lado, restringiendo los espacios de propiedad privada el acceso a los cuales debe acompañarse de la autorización en los supuestos de ocupación coactiva de bienes inmuebles expropiados. En tanto que en estos casos la ocupación se instrumentaliza por el procedimiento de ejecución forzosa, es claro que —como más adelante se verá— el legislador establece un régimen diferenciado de imposición de la autorización judicial de entrada en función del contexto en el que se enmarca el procedimiento de ejecución forzosa. Por otro lado, extendiendo en los últimos tiempos la imposición de la autorización judicial de entrada a otros contextos, a saber, a la «inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia», según reza el párrafo tercero del artículo 8.6 de la LRJCA; así como a la inspección en materia de protección ambiental en Aragón, según el tenor literal del artículo 80 de la Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón⁶⁵.

⁶³ Piénsese que hasta el 2002 no se modificó el artículo 51 de la LEF; hasta el 2007 no se aprobó la LDC, la Ley aragonesa de protección ambiental y la Ley de la Comunidad de Madrid, normas todas ellas que alteran este régimen inicialmente dibujado por la LOPJ, que tanto la LRJAPyPAC y la LRJCA mantuvieron en este aspecto invariable.

⁶⁴ Sirva de ejemplo la argumentación de la STSJ de Baleares 383/2000, de 19 de mayo (RJCA 2000/1106), en la que ante la entrada de la inspección de trabajo en unas instalaciones que no reciben la consideración de domicilio concluye tal como se glosa a continuación: «Puestas así las cosas, debe tenerse en cuenta que sólo es en el domicilio donde se ejerce el derecho fundamental a la intimidad en tanto que «... en los restantes edificios o lugares...» a que se refiere el actual artículo 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ejerce el derecho de propiedad, esto es, otro derecho, también constitucional, pero no fundamental sino de menor rango, *que sólo cabe oponer ante la ejecución forzosa de los actos de la Administración pero no ante actividad administrativa de inspección o verificación* como la que en el caso se daba puesto en el espacio donde la Administración tiene atribuida legalmente la inspección no se da intimidad alguna que proteger» (FJ 2.º). La cursiva es mía.

⁶⁵ Además, cabe tener en cuenta la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, a través de cuyo artículo 9 pretende modificarse el artículo 100 la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid, que regula la potestad de inspección y vigilancia de los agentes forestales de dicha comunidad autónoma y que impone que «[l]os Agentes Forestales requerirán de autorización judicial para acceder a montes o terrenos forestales de titularidad privada, salvo que el acceso se produzca con ocasión de la extinción de incendios forestales»; a pesar de que se haya

Ante el actual marco jurídico, pues, no sirve el criterio material como único y exclusivo para explicar los distintos regímenes de imposición de la autorización judicial de entrada. La actividad administrativa en juego ha dejado de ser un criterio definitivo — en determinados contextos— para disciplinar la imposición de la autorización judicial para penetrar en propiedad privada, ocupando su lugar la ley. Es decir, la Administración deberá disponer de la autorización judicial de entrada para acceder a la propiedad privada según lo que en cada supuesto establezca la normativa. En este sentido, lleva razón Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, al afirmar que «no se trata de una exclusión conceptual sino jurídico-positiva»⁶⁶. En efecto, aquello que condiciona la imposición de la autorización judicial para acceder a la propiedad privada a un determinado tipo de actividad administrativa no es la naturaleza de dicha actividad en sí misma considerada, sino la voluntad del legislador en la configuración de la institución autorizadora.

La configuración legislativa de la autorización judicial de entrada se articula, entonces, alrededor de dos ejes. De un lado, el legislador modula del ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración, al imponer la autorización judicial de entrada. De otro, modula el contenido del derecho a la propiedad privada, al dotar a la facultad de exclusión del titular de fuerza suficiente para resistirse ante la actividad administrativa que venga desprovista de la oportuna autorización judicial. Así, la afectación legislativa de la potestad de autotutela ejecutiva y la del derecho a la propiedad privada son —simbólicamente hablando— las dos caras de la moneda con la que juega el legislador⁶⁷.

Ya se ha tenido ocasión de resaltar en el primer capítulo que tradicionalmente el derecho a la propiedad privada no ha sido óbice para que la Administración desplegara todas sus potestades frente al mismo⁶⁸. Ello se deriva, por un lado, de la configuración constitucional del mencionado derecho —no se incluye en la Sección Primera del Capítulo II, Título I de la CE— así como de la configuración legislativa del mismo.

interpuesto en contra del precepto en cuestión recurso de inconstitucionalidad, pendiente de resolver todavía a fecha de finalización de este trabajo.

⁶⁶ Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección. El régimen general de la función inspectora*, Granada, Comares, 2002, p. 209.

⁶⁷ Como ya se ha resaltado en el Capítulo II, debe ser por medio de una norma con rango de ley que se instrumentalice esta configuración tanto del ejercicio de la autotutela ejecutiva como del derecho de la propiedad privada. En relación con la autotutela, porque la atribución de potestades susceptibles de implicar una limitación o ablación de los derechos o intereses de los administrados debe respetar en todo caso el principio de legalidad y la reserva de ley; al mismo tiempo, porque sólo las normas con rango de ley pueden entrar a regular el contenido esencial del derecho a la propiedad privada en virtud del artículo 53.2 de la CE. Todo ello, sin perjuicio, de que una disposición administrativa de carácter general se ocupe de desarrollar o complementar lo que la ley previamente haya establecido.

⁶⁸ Ello no quiere decir que el derecho a la propiedad privada no haya sido protegido por las garantías pertinentes frente a la actividad administrativa, de lo cual es buena muestra la institución de la expropiación forzosa y su acogimiento en el art. 33.3 de la Norma Fundamental.

Frente al ejercicio del poder público, la facultad de exclusión del titular del derecho de propiedad —entendido en sentido no riguroso— decaía en cualquier caso, pues se reconocía de forma plena la potestad de la Administración para llevar al plano material coactivamente sus actos, con independencia de la afectación del derecho a la propiedad privada, tanto en el seno de un procedimiento de ejecución forzosa, expropiatorio, de inspección, etc.

Sin embargo, con la aprobación en 1985 de la LOPJ, la voluntad legislativa alteró el panorama descrito, imponiendo a la Administración la necesaria autorización judicial de entrada o, lo que es lo mismo, reconociendo al titular del derecho a la propiedad privada la facultad de excluir también a la Administración Pública de su propiedad, cuando el objeto de la actuación administrativa fuera ejecutar forzosamente un acto administrativo. Otro tanto puede decirse a la luz del actual artículo 51 de la LEF —modificado en 2002—, en tanto que se impone a la Administración la autorización judicial de entrada para ocupar «locales cerrados sin acceso al público» y, a su vez, correlativamente, se reconoce al titular el poder para excluir a la Administración. Lo mismo cabe predicar de las inspecciones acordadas por la Comisión Nacional de la Competencia desde 2007 o aquellas acordadas en virtud de la Ley de protección ambiental de Aragón, porque se reduce el elenco de las facultades de entrada e inspección de sus agentes y se reconoce a los administrados la facultad de oponerse a la inspección operada en propiedad privada.

Es clara la voluntad del legislador de dotar a la oposición del titular del derecho de propiedad o de contenido patrimonial de relevancia suficiente para condicionar la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración a la obtención del permiso judicial. Ahora bien, también parece clara, la intención del legislador de trasladar la autorización a determinados contextos, no necesariamente asociados a una especie de potestad o actividad administrativa en su globalidad. Por ejemplo, no se subordina todo ejercicio de potestad de inspección a la previa autorización judicial de entrada, sino solo aquella acordada por la Comisión Nacional de la Competencia y en relación con determinados espacios, o la que se subsume bajo la finalidad de la protección ambiental y de las vías pecuarias de las mentadas Leyes aragonesas. Igualmente, cuando la ejecución forzosa tiene como finalidad la ocupación de inmuebles expropiados, la autorización procederá únicamente cuando la penetración sea en un local cerrado al público.

Descrito así el actual marco jurídico, si el criterio jurídico-positivo o formal es el que ordena la imposición de la autorización judicial de entrada para penetrar en la propiedad privada, debería este bastar para dar solución a todos los supuestos en los que la Administración recurre a la coacción para llevar al plano material sus decisiones o voluntad. Allí donde la ley de forma explícita impone la autorización judicial de entrada, no puede la Administración proceder a la ejecución coactiva sin la preceptiva resolución judicial. *A sensu contrario*, si la ley guarda silencio al respecto, deberá interpretarse que

la potestad de autotutela ejecutiva en nada se ve empecida para desplegarse con toda su intensidad sobre la propiedad privada, sin más cautelas que las habitualmente contempladas en la legislación.

Si bien el anterior razonamiento es formalmente correcto, deja de ser oportuno, apropiado e incluso lógico, cuando se desciende del plano de la abstracción para palpar la realidad, en tanto que unos mismos bienes o intereses o derechos de los administrados —es decir, la propiedad privada— quedan comparativamente desprotegidos cuando la ley olvida entrar a disciplinar la imposición de la autorización judicial de entrada ante el ejercicio de una misma potestad: la autotutela ejecutiva. Y es que, cuando no existe criterio jurídico-positivo que ordene la exigencia del concurso judicial autorizante, se retoma el criterio material y se enjuicia la adecuación de la imposición de la autorización simplemente en atención a la vía por la que se encauza la ejecución coactiva de la decisión administrativa en cuestión. Ello, como se verá, creará situaciones de clara incongruencia.

Ya se ha tenido ocasión de poner de manifiesto que la potestad de autotutela ejecutiva es una cualidad subjetiva de la Administración pública que se materializa en el actuar de la Administración por distintos cauces, y se han puesto como ejemplos de manifestación de dicha autotutela ejecutiva la ejecución forzosa de actos administrativos, la inspección coactiva o a la coacción administrativa directa. Ahora bien, la imposibilidad de someter a patrones exactos y perfectamente delimitados todas las actuaciones administrativas de ejecución en las que la autotutela ejecutiva se pone de manifiesto, deja fuera del marco teórico no pocos supuestos en los que la actuación administrativa reunirá todos los presupuestos de concurrencia de la autorización judicial de entrada, pero que, sin embargo, quedará al margen del sistema ideado por el legislador para la autorización judicial de entrada, creando situaciones de desigualdad que no puede subsanar una mera justificación formal.

Sirvan como ejemplo dos concretos supuestos, de los que me ocupo posteriormente con más detalle. Por un lado, el acta previa a la ocupación prevista en los procedimientos urgentes de expropiación forzosa. Por otro, la ejecución de determinadas medidas.

En el procedimiento urgente de expropiación forzosa, previamente a la ocupación de los bienes expropiados, se prevé la realización del acta previa a la ocupación. Se trata de una actuación material —que en el seno del procedimiento recibe la consideración de acto de trámite— en la que la Administración expropiante se persona en el inmueble sujeto a expropiación para determinar sus características, entre otros cometidos. Como actuación material, puede suponer la penetración no solo en espacios domiciliarios, sino también en propiedad privada. Siendo una actuación susceptible de violentar dichos bienes, puede el administrado oponerse a ellos. Ante la oposición, puede la Administración realizar el trámite coactivamente. Sin embargo, el artículo 51 de la LEF

solo prevé la imposición de la autorización para la ocupación de los bienes expropiados, ya por el procedimiento general o el de urgencia. En sentido estricto, el tenor literal del artículo 51 no impone la autorización de entrada para la ejecución del acta previa a la ocupación, a pesar de ser un supuesto igual de susceptible que la ocupación de vulnerar el derecho a la propiedad privada en los términos en los que la autorización judicial de entrada protege dicho derecho. ¿Cuál debe ser la posición de la Administración ante este supuesto? ¿Y la del juez? A mi entender, tres son las opciones posibles ante el silencio de la ley. De la primera, absolutamente ajustada al criterio formal, se desprende que ante el silencio de la ley no procede la imposición de la autorización judicial de entrada, lo que sin duda crea una clara situación de desprotección del derecho a la propiedad respecto de los supuestos de ocupación. Según la segunda, como no se trata de ocupación de los bienes inmuebles expropiados, pero sí de ejecución forzosa, cabe la aplicación del artículo 91.2 de la LOPJ y del 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, de forma que se amplía considerablemente el espectro de espacios sometidos a la previa autorización. En atención a la tercera, procede por analogía imponer el artículo 51 de la LEF, en tanto que la actividad coactiva de la administración se inserta, igual que la ocupación, en el marco de un procedimiento de expropiación forzosa. A mi juicio, las tres opciones anteriores podrían ser perfectamente aplicadas ante la laguna legislativa referente a la autorización de entrada para el levantamiento del acta previa a la ocupación; sin embargo, es claro que no puede dejarse al libre arbitrio del intérprete teniendo en cuenta la disparidad de regímenes resultantes según una u otra opción, con la correspondiente inseguridad jurídica que ello genera.

Merecen igual consideración algunas medidas, ya provisionales, provisionálísimas o cautelares, adoptadas normalmente en el seno de un procedimiento de inspección o sancionador, cuya ejecución puede venir autorizada por la ley tanto por la vía del procedimiento de ejecución forzosa como por medio de la coacción directa. La posible afectación del domicilio o de la propiedad privada que llevan aparejada es clara, como también lo es la posibilidad de que el administrado se resista ante su adopción. Sin embargo, tampoco existe en este caso norma o precepto alguno que contemple si la ejecución coactiva de las medidas debe ir acompañada de la autorización judicial de entrada, si el criterio para su imposición debe depender de la vía por la que se proceda a su ejecución o en atención al contexto en el que se desarrollan⁶⁹. Así, el criterio formal

⁶⁹ Hipotéticamente hablando, si el intérprete de turno de la ley considerara que, ante el vacío legal y el contexto legislativo vigente, el criterio para determinar la imposición de la autorización en el caso de la ejecución coactiva de medidas provisionales y provisionálísimas fuera el contexto o potestad de la cual emanan, si su ejecución se sucede en el marco de la inspección, la autorización solo se asociaría al domicilio constitucionalmente protegido (ya se ha visto que solo excepcionalmente el ejercicio de las funciones de inspección requiere autorización para acceder a la propiedad privada). Sin embargo, si una medida de contenido idéntico a la anterior se ejecutara en el marco del ejercicio de la potestad sancionadora, en tanto que la ley no restringe en dicho contexto la facultad de exclusión del titular de la propiedad privada, la autorización procedería tanto para penetrar en el domicilio, como en la propiedad privada.

anteriormente mencionado, dicta que la ejecución de estas medidas no debe acompañarse de autorización alguna, a no ser que afecten al domicilio inviolable. Sin embargo, la ejecución de las mismas —que por sus características son actuaciones administrativas desprovistas de un encauzamiento previo que garantice su acierto— y su final incidencia en el derecho de propiedad, parece reclamar la necesidad de un control previo a su adopción con más intensidad que, por ejemplo, la ejecución forzosa de un acto resolutorio adoptado en un procedimiento declarativo previo y ejecutado posteriormente por medio de un cauce legalmente regulado.

En los supuestos anteriormente descritos, cuando el criterio jurídico-positivo no da una respuesta acorde con el resto de normas que regulan la autorización judicial de entrada y se rompe la *sistematicidad* del ordenamiento, entra en juego de nuevo el criterio material. Se tiende en estas ocasiones a plantear la subsunción de la actividad administrativa en cuestión a los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, asimilándose así toda actividad de ejecución coactiva a la ejecución forzosa de actos administrativos⁷⁰. Sin embargo, *stricto sensu*, su ejecución no sigue la vía del procedimiento de ejecución forzosa, sino el suyo propio, contemplado en la legislación especial y relegado de las dos grandes normas que operan como referente de la ordenación de la autorización judicial de entrada; a saber, la LOPJ y la LRJCA.

Ante estos supuestos es cuando tanto la Administración como la Jurisdicción se ven en el trance de afrontar, sin más instrumentos legales que los que ya conocemos, la decisión de peticionar o no una solicitud de autorización, por un lado y, por otro, la de concederla o denegarla. Situaciones ante las que la jurisprudencia es susceptible de adoptar posicionamientos de lo más dispares, creándose a sí, una situación de total inseguridad jurídica. Por todo ello, tanto el criterio formal o jurídico-positivo como el material resultan ora insuficientes ora inapropiados ante la gran diversidad de situaciones en las que la Administración traslada coactivamente al plano material sus decisiones. Entonces se hace evidente la disparidad de regímenes que finalmente

⁷⁰ Situación que no se da en pocas ocasiones. Imagínese por ejemplo, el supuesto de una orden de inspección acordada por un Delegado de la Agencia Tributaria que implica la entrada en un determinado espacio. A pesar de tratarse del ejercicio de las facultades que la ley reconoce a favor de la inspección tributaria, alguna jurisprudencia considera que se ejecuta forzosamente un acto administrativo y, amparándose en los dictados 91.2 de la LOPJ y 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, enjuicia la adecuación de la autorización judicial de entrada. Sin embargo, la norma que impone la autorización en estos supuestos es la Ley General Tributaria. De lo contrario, debería imponerse el régimen de autorización dibujado para la ejecución forzosa, sometiéndose a autorización las entradas no solo en domicilio, sino también en propiedad privada. Y eso, en contra de lo que la LGT establece, ya que en virtud de los artículos 142.2 y 113 de dicha norma, en sede de aplicación de tributos sólo procede autorización cuando se acceda al domicilio constitucionalmente protegido. Como ejemplo de ello, véase la STSJ de Cataluña 365/2006, de 6 de abril (JT 2007/24), en la que el Tribunal describe así la solicitud del la Administración inspectora: «(...) el escrito del Delegado especial de la AEAT en Cataluña colma los anteriores requisitos, por cuanto consta el *acto administrativo para cuya ejecución forzosa se solicita la entrada, el órgano administrativo que lo dicta, así como el obligado por el referido acto, sin que pueda apreciar vicio procedimental o de competencia alguno*». La cursiva es mía.

pueden acabar imponiéndose en virtud no ya de lo que el legislador ha establecido, sino en virtud de lo que ha obviado establecer. Este es, entre otros, uno de los motivos que urge a que el legislador se replantee, en primer lugar, la adecuación de la autorización judicial de entrada para proteger el derecho a la propiedad privada junto con otros derechos de contenido patrimonial y, en segundo lugar —de responderse afirmativamente a la anterior cuestión— cómo articular de forma coherente y cohesionada el régimen de imposición de la autorización judicial para acceder a propiedad privada.

Como tengo ocasión de exponer más adelante en este trabajo⁷¹, a mi entender, no debe ser una norma de naturaleza eminentemente adjetiva la que determine los supuestos en los que la potestad de autotutela y el derecho a la propiedad privada deben cohonestarse por medio de la autorización judicial de entrada. La misión de la LOPJ y de la LRJCA debería ser, por el contrario, la de reconocer a favor de los jueces de lo contencioso-administrativo la competencia para conocer de las peticiones de autorización judicial de entrada en el marco de la actuación administrativa, cuando así lo establezca una ley especial. Es decir, no corresponde a la norma adjetiva, habitualmente abocada a la abstracción y al recurso a conceptos indeterminados, concretar los supuestos en los que corresponde autorización para ingresar en una propiedad privada, sino que es la legislación especial la que en mejor situación se halla para determinar con mayor acierto cuándo la autorización judicial de entrada se alza como un mecanismo adecuadamente orientado para la protección de derechos de carácter patrimonial. Esta articulación entre norma adjetiva y normas especiales permitiría además que, aun estimándose oportuna la articulación de distintos regímenes de imposición de la autorización judicial de entrada a supuestos muy similares, su establecimiento por medio de la norma especial justificara dicha diferenciación. Sería entonces la especificidad del ámbito afectado por la actuación administrativa, el fin perseguido por el ejercicio de la potestad administrativa implicada y su consecución eficaz —no solo su imposición formal— lo que de la norma especial emanaría como justificación para la adecuación de un régimen específico para el supuesto de que se tratara.

IV. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.

No hay duda de que la ejecución forzosa de actos administrativos es la manifestación por antonomasia de la autotutela ejecutiva de la Administración. Tal es la importancia de la ejecución forzosa como manifestación de la autotutela ejecutiva que, en ocasiones, incluso se olvida que no es el acto administrativo el que reviste unas cualidades exorbitantes, sino la Administración, que las transfiere al acto cuando ello es oportuno para la consecución de los fines que le son encomendados. La ejecución forzosa deviene así en una de las principales exteriorizaciones o concreciones de potestad de autotutela

⁷¹ Vid. Capítulo VII dedicado a la propuesta de *lege ferenda*.

ejecutiva de la Administración. Suele describirse entonces la ejecución forzosa como una de las más importantes y contundentes potestades de la Administración, pero debe tenerse en cuenta que esencialmente la ejecución forzosa se refiere a la *procedimentalización* del ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva cuando se ejerce en relación con determinados actos administrativos. Así, aunque sea habitual referirse a la misma como potestad de ejecución forzosa, el principio o potestad subyacente es el de autotutela ejecutiva, siendo la ejecución forzosa su encauzamiento⁷².

Dado que una de las vías más comunes de manifestar la Administración su fuerza coactiva es mediante la ejecución forzosa, la autorización judicial de entrada acostumbrará a venir asociada en la mayoría de los supuestos a dicha ejecución forzosa en virtud del artículo 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 8.6, apartado primero, de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, entre otros. En este sentido dos son los aspectos de relevancia suficiente para que se incida en ellos en el marco de este trabajo. Por un lado, cabe hacer hincapié en el régimen general de ejecución forzosa de los actos administrativos, reparando en especial en los atributos que el acto administrativo debe revestir para poder ser ejecutado forzosamente. Por el otro, el acoplamiento de la autorización judicial de entrada en el procedimiento de ejecución forzosa, tanto en el sentido de considerarse ya la autorización como otra de las fases de este procedimiento, como en el sentido de su encaje lógico-jurídico como requisito de legalidad de la misma.

1. BREVE RECORDATORIO DEL RÉGIMEN GENERAL DE EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La LRJAPyPAC regula con carácter básico la ejecución forzosa en los artículos 93 a 101. No procede aquí entrar a realizar un estudio en profundidad sobre la ejecución forzosa, pero sí cabe hacer hincapié en aquellos aspectos que mayor relevancia adquieren en relación con la autorización judicial de entrada y que, a mi juicio, consisten en las características o atributos del acto administrativo imprescindibles para que este pueda ser ejecutado forzosamente.

Si bien no hay duda de que aquello que la Administración lleva al plano material por medio de la ejecución forzosa son los actos administrativos —entendido el concepto en su sentido más formal⁷³— sí debe tenerse en cuenta que no todos los actos

⁷² Según la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, cuya entrada relativa a la ejecución forzosa elabora GONZÁLEZ PÉREZ, no hay duda que la naturaleza jurídica de la ejecución forzosa es la de *procedimiento administrativo*, encaminado a la realización de lo dispuesto en el acto administrativo. Se trata, sin embargo, de un procedimiento de características particulares ya que no desemboca en la declaración de una voluntad administrativa, sino en un hacer, en una conducta. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «Ejecución forzosa en Derecho administrativo», en Carlos E. MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Seix*, vol. VIII, Barcelona, Seix, 1956, pp. 91-101, especialmente las 94 y 95.

⁷³ Como afirman GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: «Toda ejecución supone la realización de un derecho previamente declarado en un acto. Este acto, a su vez, ha de tener una constancia formal

administrativos pueden ser ejecutados forzosamente, sino solo aquellos que reúnan determinadas propiedades. En definitiva, interesa conocer cómo deben ser los actos administrativos para que puedan ejecutarse a través de este procedimiento. Esta caracterización del acto administrativo puede resumirse en tres caracteres. En primer lugar, el acto debe ser eficaz. En segundo lugar, debe ser ejecutivo y, en tercer lugar, ejecutorio. Debe acumular el acto administrativo estos tres atributos para que pueda proceder la Administración a su ejecución forzosa. Existen otros elementos que la ley exige para que el procedimiento de ejecución forzosa proceda, como el previo apercibimiento, pero son estos elementos ajenos al acto administrativo considerado en sí mismo, por lo que se dejan aquí de un lado.

A. El acto administrativo eficaz y ejecutivo.

Hemos visto ya anteriormente que la eficacia del acto administrativo se refiere a la posibilidad de que este se incorpore a la realidad jurídica y produzca todos aquellos efectos jurídicos que su naturaleza y contenido conlleven. Se refiere a la eficacia del acto administrativo el artículo 57 de la Ley 30/1992, que parte de la presunción de validez de los actos administrativos para establecer que los «actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo (...) producirán efectos desde la fecha en que se dicten». Ahora bien, la eficacia inmediata del acto administrativo, predicada como regla general, resulta ser la excepción al quedar normalmente supeditada a la «notificación, publicación o aprobación superior» o al poder venir demorada por el contenido del acto, según el mismo artículo 57, en su apartado segundo. La práctica pone de manifiesto que, por lo común, la eficacia del acto queda condicionada a su notificación, imponiendo el artículo 58.1 de la misma norma la notificación de todas aquellas «resoluciones y actos administrativos» que afecten a los derechos o intereses de los administrados. Así, tanto los actos resolutorios del procedimiento, en cualquier caso, como aquellos de trámite que incidan en dichos derechos o intereses deberán notificarse para que produzcan efectos. Si el acto administrativo no es eficaz, la Administración no podrá proceder a su ejecución forzosa, por lo que tampoco corresponderá autorización judicial de entrada alguna.

La ejecutividad es de entre todos el efecto más destacado del acto administrativo y se refiere a su fuerza vinculante, a la posibilidad de obligar al administrado. Aluden a la ejecutividad del acto administrativo tanto el artículo 96 de la LRJAPyPAC, según el cual «[l]os actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley», como el artículo 94 del mismo cuerpo legal, a pesar de intitularse como «ejecutoriedad». El artículo 94 proporciona las claves para la comprensión de la ejecutividad del acto administrativo. Según dicho

inequívoca y una certeza de contenido y de destinatario que dispense de la necesidad de una previa interpretación de su alcance y de su extensión y que permita pasar a su realización inmediata: ha de ser, por tanto, lo que técnicamente se llama un “título ejecutivo”. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, vol. I, 2004, p. 785.

artículo, «[l]os actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior».

Como se ve, la ejecutividad y eficacia del acto administrativo comparten algunas características, a pesar de referirse a atributos distintos. La principal es que la ley predica la inmediatez tanto de la eficacia como de la ejecutividad del acto administrativo, del mismo modo que tanto la eficacia como la ejecutividad inmediatas pueden ser excepcionadas. Asimismo, igual que en el supuesto de la eficacia, la ejecutividad puede quedar sometida a la aprobación o autorización de un órgano jerárquicamente superior. Pero no todo son coincidencias. Mientras que la eficacia del acto puede quedar condicionada según lo que se establezca en el mismo acto (art. 57.1 *in fine*), su ejecutividad podrá condicionarse por una disposición —se entiende que tanto de rango legal como reglamentario (art. 94). Igualmente, sólo la ejecutividad del acto administrativo es susceptible de ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJAPyPAC; o de quedar supeditada a que se cause estado o, subsidiariamente, demorada hasta su firmeza en vía administrativa, en el supuesto de las sanciones según el artículo 138.3 de la misma ley y el artículo 21.1 y 2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Estos serán los principales supuestos en los que el acto administrativo se verá impedido de su ejecutividad inmediata. El artículo 111 de la LRJAPyPAC recoge los supuestos en los que el acto administrativo podrá ser suspendido, tanto a instancia de parte como de oficio, cuando el acto en cuestión haya sido objeto de recurso. Dos son las circunstancias que pueden motivar que el acto se suspenda: por un lado, que «la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación» y, por otro, que «la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho». En relación con el condicionamiento de la ejecutividad de las sanciones al agotamiento de la vía administrativa o a su firmeza, debe destacarse que esta imposición trae causa del debido respeto en materia sancionadora al derecho a la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia consagrados en el artículo 24 CE⁷⁴. Igualmente, la ejecutividad del acto podrá ser suspendida en sede judicial como medida cautelar o cautelarísima, según rezan los artículos 129 a 136 de la LRJCA.

Como ya se ha dicho, tanto la eficacia como la ejecutividad serán requisitos imprescindibles que deberá reunir el acto administrativo para que sea este susceptible

⁷⁴ Como bien explican GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, «el juego de los principios constitucionales, tal como han sido explicitados por el Tribunal Constitucional, viene a invertir en materia sancionatoria el régimen ordinario de la autotutela». Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, vol. II, 2004, p. 204. Imprescindible en este sentido la STC 66/1984, de 6 de junio (RTC 184/66).

de ser ejecutado forzosamente por la Administración. Si el acto no despliega sus efectos jurídicos y, entre estos, su fuerza de obligar o imponerse al administrado, la Administración no podrá ejecutarlo coactivamente sobre su destinatario. Por ello mismo, es preciso señalar, en fin, que tanto la eficacia como la ejecutividad del acto serán algunos de los elementos que el juez de lo contencioso-administrativo someterá a su cognición para conceder o denegar la autorización judicial de entrada.

B. El acto administrativo ejecutorio.

Pero no basta con que el acto sea eficaz y ejecutivo, debe añadirse a los dos anteriores caracteres la ejecutoriedad, entendida en el sentido de que su contenido haga posible que la Administración pueda imponerlo coactivamente por medio de la ejecución forzosa. Condicionará la posibilidad de que la Administración recurra a la ejecución forzosa el contenido del acto administrativo, en tanto que solo aquellos actos de contenido obligacional reúnen la cualidad de ser ejecutorios⁷⁵. Como afirma GONZÁLEZ PÉREZ, «es necesario que el acto administrativo obligue al administrado a una prestación de hacer o no hacer, a una acción o a una omisión, un mandato previo»⁷⁶. Así, los actos meramente declarativos no son susceptibles de ser ejecutados forzosamente. Tampoco aquellos que, a pesar de tener un contenido obligacional, impliquen una obligación personalísima de hacer podrán ejecutarse forzosamente⁷⁷.

Ahora bien, como advierte la doctrina, si bien es indispensable que el acto contenga una obligación para ser ejecutorio, no todos los actos que reúnan este requisito podrán ejecutarse forzosamente. Ya se ha puesto de manifiesto la exclusión de aquellos que contienen obligaciones personalísimas de hacer, junto a los cuales también deben apartarse los actos cuyo destinatario sea la propia Administración, ya que no tiene ningún sentido que la Administración se aplique a sí misma la ejecución forzosa⁷⁸.

⁷⁵ Si bien todo acto es ejecutivo, en el sentido de que despliega su fuerza vinculante; no todos los actos son ejecutorios, es decir, son susceptibles de ser ejecutados forzosamente, tal como se ha explicado en el apartado dedicado al la «Conceptuación actual de la autotutela». Entiendo que la ejecutoriedad del acto debe juzgarse al margen de su eficacia o ejecutividad. Como ya se ha dicho, la ejecutoriedad del acto administrativo atiende al contenido del acto y a su susceptibilidad de ser llevado al plano material, y debe valorarse desde el plano del ser, no del deber ser.

⁷⁶ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 2002, p. 622.

⁷⁷ Para estos supuestos, el artículo 100.3 de la LRJAPyPAC prevé que, en caso de incumplimiento, «el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y cobro se procederá en vía administrativa». Es decir, se transforma la obligación personalísima de hacer inicial en una obligación pecuniaria, susceptible entonces de ser ejecutada forzosamente por la vía de apremio sobre el patrimonio.

⁷⁸ La exclusión radica en el hecho de que quien impetra dicha ejecución es el administrado, que a falta de cualquier potestad como la de la autotutela ejecutiva de la Administración, debe recurrir a los cauces que la LRJCA de 1998 incorporó frente a la llamada inactividad de la Administración, posibilidad de recurso reconocida con carácter general en el art. 25 de dicha norma. Por un lado, dispone el administrado de la posibilidad de recurrir frente a la inactividad que describe el artículo 29, con la pretensión de que «condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos

Distinto es el caso en el que acto administrativo va dirigido a un ente u órgano administrativo distinto a aquel que lo ha dictado. En este sentido, no procede la ejecución forzosa entre órganos de una misma Administración, ya que la potestad de autotutela ejecutiva «no tiene funcionalidad en las relaciones interorgánicas»⁷⁹. No sucede lo mismo, sin embargo, cuando la Administración destinataria es otra distinta y se establezca con ella «una relación de tutela o supremacía y no se afecte a sus bienes inembargables»⁸⁰. Hay quien excluye también los actos nulos de la ejecución forzosa⁸¹, con lo cual no podemos coincidir dada la presunción de legalidad del acto administrativo —uno de los pilares en los que se fundamenta la potestad de autotutela—, por lo que la validez o invalidez del acto administrativo no obstan apriorísticamente su ejecución forzosa.

En definitiva, lo que venimos describiendo hasta ahora son los supuestos en los que puede recurrirse a la coacción administrativa para ejecutar el acto administrativo. Ello se ha descrito ya como uno de los presupuestos subjetivos de concurrencia de la autorización judicial de entrada, que no solo deberá ponerse de manifiesto en relación con la ejecución forzosa de actos administrativos, sino en relación con toda manifestación de la potestad de autotutela ejecutiva.

C. En especial, las medidas provisionales.

Merecen una consideración aparte las llamadas medidas provisionales, dados los distintos tipos de medidas provisionales entre los que distinguen la doctrina y la ley, lo cual redundará en último término en su ejecución coactiva y, a la postre, en la

términos en que estén establecidas» (art. 32.1 de la LRJCA). Por otro lado, también el administrado puede solicitar el «reconocimiento de una situación jurídica individualizada» según el artículo 31.2 de la misma Ley.

⁷⁹ La cita es de Iñaki AGIRREAZCUENAGA, «Ejecución forzosa del acto administrativo», en Alfredo MONTOYA MELGAR (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid, Civitas, 1995, p. 2.655. En el mismo sentido, Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 57-58.

⁸⁰ Iñaki AGIRREAZCUENAGA, «Ejecución forzosa del acto administrativo», en Alfredo MONTOYA MELGAR (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid, Civitas, 1995, p. 2.655. Apuntan lo mismo GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, aunque a *sensu contrario*. Según estos autores, no procede la ejecución forzosa cuando «cuando la obligación que el acto administrativo impone se imputa a una Administración distinta de la autora del acto respecto de la cual ésta carezca de autoridad directa», de modo que si existe esta autoridad directa, se deduce que podrá ejecutarse forzosamente el acto. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, vol. I, 2004, p. 784. Al respecto véase Mercedes LAFUENTE BENACHES, que repasa algunas de las más importantes opiniones doctrinales al respecto, incidiendo especialmente en el hecho de que, dada la inembargabilidad de los bienes de la Administración, en muchos supuestos ello imposibilitará el recurso a la ejecución forzosa. Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 58-64.

⁸¹ Así, Iñaki AGIRREAZCUENAGA, aunque después lo matice con fundamento en el principio de presunción de legalidad. Iñaki AGIRREAZCUENAGA, «Ejecución forzosa del acto administrativo», en Alfredo MONTOYA MELGAR (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid, Civitas, 1995, p. 2.655.

autorización judicial de entrada que pueda asociarse a las mismas cuando la medida provisional implique la penetración en alguno de los espacios protegidos por la autorización judicial de entrada.

Es preciso destacar, en primer lugar, que —salvo contadas excepciones, a las que me referiré más adelante⁸²— tanto la legislación general como especial que disciplina las medidas provisionales guarda silencio sobre la necesidad de imponer la autorización judicial de entrada en el caso de que su ejecución coactiva pueda suponer la penetración en el domicilio o en la propiedad privada. Es claro que ello no obsta que cuando la ejecución de la medida provisional implique el acceso al domicilio constitucionalmente protegido, la Administración deba recabar la oportuna autorización judicial de entrada en virtud del art. 18.2 de la Constitución, si el administrado se opone a su cumplimiento. Sin embargo, el panorama varía en el caso de tratarse del acceso a una propiedad privada.

Como ya se ha destacado anteriormente, ante el silencio de la legislación, puede optarse por la sujeción estricta al criterio formal o jurídico-positivo y entender que no procede la intervención judicial cuando se pretende el acceso a la propiedad privada, pues la ley nada establece al respecto. Ello, no obstante, puede dar lugar a situaciones tan incongruentes como la de que la ejecución del contenido de una medida provisional que finalmente acabara resultando confirmada por la resolución final del procedimiento no llevara aparejada la autorización judicial de entrada, cuando la ejecución forzosa de ese mismo contenido manifestado por medio de una resolución hubiese en todo caso tenido que acompañarse del correspondiente auto de entrada. Por ello, se hace evidente que, en ocasiones similares a la descrita, el criterio formal o jurídico-positivo no resulta coherente con las características de determinados tipos de medidas provisionales, con lo que procede adecuar la interpretación de la legislación vigente entorno a la figura autorizadora a las distintas tipologías de medidas provisionales.

a) Breve aproximación al concepto de medida provisional y su distinción de otro tipo de actuaciones administrativas.

Existe no poca doctrina que ha dedicado su atención a las medidas provisionales, dada especialmente la distinta tipología de estas medidas y la proliferación de las mismas en los últimos tiempos en el ordenamiento jurídico administrativo⁸³. En este sentido, es de

⁸² Estas excepciones son las que disciplina el artículo 8.6 de la LRJCA en su apartado segundo al regular el régimen de imposición de la autorización judicial de entrada en la adopción de «las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental». Vid. Capítulo V.

⁸³ Manuel REBOLLO PUIG, «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», en *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), Madrid, Civitas, Vol. 1, 1993, pp. 659-710; Ferran PONS CÀNOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001; José Antonio TARDÍO PATO, «Las medidas provisionales en el

obligada referencia el trabajo de REBOLLO PUIG que dio cuenta tempranamente de la gran variedad de «medidas provisionales» a las que la legislación se refería, esforzándose en delimitar el concepto de medida provisional, para distinguirlo después de otras medidas o actuaciones que, a pesar de compartir algún rasgo con las provisionales, constituyen géneros ajenos. Así, dicho autor empieza por destacar los rasgos identificativos de la medida provisional, entre los que distingue los siguientes: (a) su provisionalidad, en tanto que pretenden «suplir interinamente la falta de una resolución que aun no se ha producido»; (b) su fin, el aseguramiento de la resolución que pueda recaer⁸⁴; y (c) su causa o motivo, el *periculum in mora*. Esta estricta acotación conceptual permite al autor distinguir otro tipo de actos administrativos del concepto de medida provisional contenido en la LPA, así como establecer una clasificación de los distintos tipos de medidas provisionales, poniendo en fin de manifiesto la confusión terminológica y conceptual alrededor de las medidas provisionales y otras figuras afines.

En este sentido es esencial destacar la diferenciación que establece el autor entre las medidas provisionales y las llamadas «medidas cautelares», en atención al criterio de su conexión con un procedimiento y resolución administrativa posterior. Las medidas provisionales son las que, aun no cumpliendo estrictamente los elementos definitorios ya destacados, en todo caso van asociadas a un procedimiento principal y en consecuencia a la eficacia de una resolución —entendida incluso en un sentido lato que acoge la tan amplia finalidad de preservación del interés público. En cambio, las medidas cautelares, al margen de que su finalidad pueda ser la de mantenimiento o restauración del interés público, a diferencia de las provisionales, no dependen ni están instrumentalizadas o al servicio de un procedimiento administrativo tramitado simultáneamente o con posterioridad. REBOLLO PUIG califica este tipo de medidas como de verdaderas medidas de policía administrativa⁸⁵.

procedimiento administrativo», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 38, 2004, pp. 115-130; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, vol. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, pp. 1912-1916; Belén MARINA JALVO, *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Valladolid, Lex Nova, 2007; Antonio CALONGE VELÁZQUEZ, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Granada, Comares, 2007.

⁸⁴ El estudio de Manuel REBOLLO PUIG al que aludimos se redactó a la luz del artículo 72 de la anterior LPA, que no contemplaba la posibilidad de que la Administración adoptara medidas provisionales cuyo fin, según el actual artículo 72 de la LRJAPyPAC, es «la protección provisional de los intereses implicados». Debe pues considerarse actualmente incluido este fin como elemento definitorio de las medidas provisionales y provisionales.

⁸⁵ La distinción que el autor reclama entre las medidas provisionales y las cautelares o de policía estriba en el hecho de que «la confusión resulta “cómoda” en tanto que permite justificar medidas imprescindibles sin procedimiento administrativo previo y aun sin una base legal clara; con el fácil expediente de reconducirlas al artículo 72 LPA se evitan explicaciones más exactas pero embarazosas, como el reconocimiento de actos sin procedimiento o acudir a las comprometidas cláusulas de policía...». Manuel REBOLLO PUIG, «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», *cit.*, p. 688-689.

Actualmente, sin embargo, el hecho de que el artículo 72.2 de la LRJAPyPAC prevea que la adopción de las medidas provisionales se justifique en la «protección provisional de los intereses

El loable esfuerzo delimitador del mencionado autor no ha surtido sin embargo el efecto que hubiese sido de esperar, ya que la legislación sigue utilizando indistintamente los conceptos de «medida provisional» y «medida cautelar», junto con otras denominaciones *ad hoc*⁸⁶, para referir las distintas especies de actuaciones administrativas que no se ajustan a los rasgos identificativos establecidos por REBOLLO PUIG y que, en definitiva, contribuyen a la confusión en relación con la naturaleza y régimen aplicable a las mismas⁸⁷. Además, el hecho de que la Ley 4/1999 incorporara junto a las medidas provisionales, las medidas provisionálísimas —recogidas actualmente en el art. 72.2 de la LRJAPyPAC—, y las contextualizara en «los casos de urgencia» y previera como su fin «la protección provisional de los intereses implicados», acerca todavía más la figura de la medida cautelar al de la medida provisional, en tanto que la ley recoge explícitamente la posibilidad de que la medida provisionálísima revista claramente el carácter de medida de policía, ahora bien, siempre enmarcada en la adopción de un procedimiento administrativo, aunque solo sea ante la expectativa de su incoación.

implicados» legitima la adopción de medidas de policía asociadas a un procedimiento principal. Ello no obstante cabe distinguir estas medidas de policía provisionales de las medidas de policía ajenas a procedimiento administrativo alguno.

⁸⁶ Da cuenta de la confusión terminológica CIERCO SEIRA que opta para referirse a las medidas cautelares, de policía, preventivas o de salvaguarda, entre otras denominaciones usadas, por el de «medidas preventivas de choque o de salvaguarda». Advierte además el autor del riesgo de nominar este tipo de medidas como provisionales pues las liga a un procedimiento administrativo que puede perjudicar la finalidad de las mismas de tutela y protección de determinados bienes en situaciones de riesgo. César CIERCO SEIRA, «Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres», en *RAP*, 2008, núm. 175, pp. 63 y ss.; en el mismo sentido del mismo autor: «Las medidas provisionales y el restablecimiento de la legalidad», en GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (dir.), *Legislación de industria en Aragón*, vol. II, Zaragoza, Cortes de Aragón, 2009, pp. 467 y ss.

⁸⁷ Son abundantes los ejemplos en este sentido, pero sírvanos la Ley catalana 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, en cuyo artículo 61.1 dedicado a las «medidas provisionales» a adoptar en el procedimiento sancionador se prevé lo siguiente: «Una vez abierto un expediente sancionador por la presunta comisión de faltas muy graves, graves o leves, el órgano competente puede acordar, mediante resolución motivada, las medidas provisionales pertinentes en cada caso para evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y la comisión de nuevas infracciones, y también para asegurar que el procedimiento se desarrolle correctamente y que la resolución final sea eficaz».

Como se ve, hasta cuatro son los fines previstos para la medida provisional. De un lado, el tradicional, asegurar la eficacia de la resolución; otro, un tanto genérico, pero en todo caso asociado al procedimiento sancionador en curso: el aseguramiento de que el procedimiento se desarrolle correctamente. También cuando el objetivo de la medida es poner fin a la situación constitutiva de infracción puede llegar a considerarse que se trata de una medida que tiende no ya al aseguramiento de la eficacia de la sanción, sino a avanzar la consecución del fin que se persigue, es decir, el cese de la conducta sancionable. Sin embargo, difícilmente puede entenderse que se defiende un interés imbricado con el procedimiento incoado, cuando se prevé la adopción de medidas con el fin de evitar la comisión de nuevas infracciones. En este último caso, la ley califica como medida provisional, una medida de policía de carácter preventivo. En todo caso, la exigencia de una resolución previa en la que se acuerde la adopción de una u otra medida, salva los obstáculos que implica, en ocasiones, calificar la medida de policía como medida provisional.

Ello no obstante, la doble distinción establecida por REBOLLO PUIG sigue actualmente en plena vigencia, de modo que la mayor parte de la doctrina tiende a distinguir entre dos tipos de medidas, las provisionales y las de policía, según el criterio definido por dicho autor⁸⁸. De un lado, aquellas contempladas en el artículo 72 de la LRJAPyPAC —junto con las referidas en el artículo 136 de la misma ley respecto del procedimiento sancionador—, que son instrumentales o se articulan alrededor de un procedimiento principal y cuya finalidad tiende al aseguramiento de la resolución final de dicho procedimiento o a los intereses implicados en el mismo. De otro lado, se distinguen las medidas cautelares o de policía, cuya finalidad es la restauración o preservación de la legalidad en determinadas situaciones, al margen del aseguramiento de resolución o procedimiento administrativo alguno.

No son pocos los rasgos en común que comparten estas dos grandes especies medidas, siendo el más destacado su provisionalidad, aunque dicha provisionalidad responde a criterios bien diferenciados. Mientras que las medidas provisionales *stricto sensu* revisten un carácter interino en tanto que dependen de un procedimiento o decisión posterior que articule su conservación o desaparición; las medidas cautelares o de policía, que se adoptan al margen de procedimiento alguno siendo una situación fáctica determinada la que las justifica, deben su provisionalidad al hecho de que, una vez puesto remedio a la situación antijurídica detectada, desaparecen. Otro punto de conexión entre las

⁸⁸ Si bien la tendencia general es a distinguir entre los tipos de medidas mencionados, algunos autores no dejan de perfilar los contornos de dichos conceptos. Por ejemplo, GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO diferencian entre las medidas provisionales de naturaleza procesal y las de carácter policial. Las de carácter procesal son aquellas medidas provisionales adoptadas por medio de un acto procesal y asociadas a un procedimiento principal, al cual sirven con la finalidad de asegurar la resolución final; es decir, responden al concepto estricto de medida provisional —que mismo REBOLLO PUIG admitía que debía flexibilizarse. Entre las medidas provisionales de carácter policial incluyen: (a) aquellas directamente impuestas por la ley, sin necesidad de que medie acto procesal; (b) las que no tienen relación alguna con un procedimiento administrativo en curso (o en trance de serlo); (c) las que no guardan relación con ninguna decisión administrativa o judicial posterior o que, aunque así fuera, no tratan de suplir transitoriamente su falta; (d) las que pretenden garantizar la efectividad de una decisión futura, pero sin que ello guarde relación alguna con los riesgos derivados de la tardanza en dictar esa decisión (*periculum in mora*); y finalmente, (e) las que, a pesar de fundamentarse en el *periculum in mora*, no pretenden garantizar la resolución final del procedimiento, sino su desarrollo o algún aspecto de este. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, pp. 1912-1916. Sigue la distinción de REBOLLO PUIG, Belén MARINA JALVO, *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Valladolid, Lex Nova, 2007.

Sin embargo, algún autor, como José Antonio TARDÍO PATO, entiende que tanto las medidas cautelares de policía a las que alude REBOLLO PUIG como las medidas de carácter policial referidas por GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, vienen siempre asociadas a un procedimiento principal en virtud del art. 105.c) de la CE y del art. 53.1 de la Ley 30/1992. Por ello, «tanto las medidas adoptadas como instrumentales de un procedimiento sancionador, como las puramente policiales, no instrumentales de una resolución sancionadora, que exigen un procedimiento posterior, pueden ser mencionadas como ejemplo de medidas provisionales a adoptar en el procedimiento administrativo, dado su carácter innominado y no tasado». José Antonio TARDÍO PATO, *op. cit.*, pp. 113-130. La cita pertenece a la página 117.

mencionadas medidas es la urgencia, en especial entre las medidas provisionalísimas previstas en el artículo 72.2 de la Ley 30/92 y las medidas cautelares en tanto que, como ya se ha visto, las medidas provisionalísimas pueden responder al contenido de una medida de carácter policial. Precisamente, en ambos supuestos es una situación de urgencia la que determina la adopción de dicha medida, aunque en contextos distintos. En el caso de las medidas provisionalísimas el objeto es la protección de los intereses implicados en el procedimiento que está pendiente de iniciación. En el caso de las de policía, el objeto es la restauración de la legalidad conculcada o su preservación, al margen de procedimiento administrativo alguno.

Esbozadas las características principales que suelen destacarse de las medidas provisionales, es patente que en no pocas ocasiones será difícil establecer los límites entre unas y otras. El hecho es que será habitual que el contenido de una medida provisional y de una medida cautelar sea idéntico. Además, como ya se ha comentado, dicho contenido puede acabar constituyendo el de la resolución que se adopte⁸⁹.

Ahora bien, al margen de los distintos tipos de medidas, interesa aquí conocer cuál es el régimen de imposición de la autorización judicial de entrada que les corresponde. Se advertía más atrás que, salvo contadas excepciones, la legislación guarda silencio al respecto, pero que de ello no procede colegir automáticamente que la adopción de medidas provisionales quede exenta de recabar la autorización judicial de entrada. Dado que el criterio jurídico-positivo es insuficiente para responder congruentemente a la situación que se plantea, deberá acudir en estos supuestos a las normas que con carácter general disciplinan el régimen de imposición de la autorización judicial de entrada; a saber, el artículo 91.2 de la LOPJ y el artículo 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, que imponen la autorización en atención al procedimiento por el que se traslada al plano material la decisión administrativa. Es decir, en estos supuestos el criterio material será el que determinará la necesidad de impetrar el auxilio judicial. Así, cuando la vía de encauzamiento de la ejecución coactiva de la medida provisional sea el procedimiento de ejecución forzosa, será preceptiva la autorización judicial tanto para acceder al domicilio como a la propiedad privada en virtud de los preceptos mencionados de la LOPJ y de la LRJCA⁹⁰. En el resto de supuestos, en cambio, sólo

⁸⁹ Piénsese, por ejemplo en una medida consistente en el cierre temporal de un local o en la suspensión de actividades. Es bien probable que dicha medida se adopte en el transcurso del ejercicio de las funciones de inspección como medida de policía, que en el posterior procedimiento sancionador se acuerde mantener dicha medida como provisional y que, finalmente, la sanción impuesta coincida con el cierre temporal o la suspensión de la actividad. Por ejemplo, la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial en Aragón, artículos 63.5 y 68.2, prevé que ante la comisión de infracciones muy graves pueda imponerse el cierre del establecimiento y la suspensión de la actividad tanto a modo de sanción, como a modo de medida provisional, respectivamente.

⁹⁰ Véase la STSJ de Navarra 242/2010, de 17 de mayo (JUR 2010/298619), en la que se solicita la autorización de entrada para ejecutar una medida cautelar que implica el acceso a un campo de fútbol; lo mismo en la STSJ de Andalucía (Granada) 528/2012, de 13 de febrero (JUR 2012\153738) para acceder a las instalaciones de una televisión.

operará el mandato constitucional de modo que únicamente el acceso al domicilio será susceptible de estar sujeto a la intervención judicial. Es pertinente por ello atender al régimen o regímenes de ejecución coactiva de las medidas provisionales, aspectos estos materiales, para discernir cuándo la autorización judicial de entrada debe acompañarlas.

b) Sobre la naturaleza de las medidas provisionales y su ejecución coactiva.

El mencionado artículo 72 de la LRJAPyPAC disciplina dos especies distintas de medidas provisionales, desde que en virtud de la Ley 4/1999, de 13 de enero, se incorporaran las llamadas medidas provisionalísimas. Por un lado, aquellas que se adoptan una vez iniciado el procedimiento administrativo con el fin de asegurar la eficacia de la resolución y que se refieren como «medidas provisionales» (art. 72.1). Por otro, las llamadas «medidas provisionalísimas», que pueden adoptarse antes de la iniciación del procedimiento «en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados», siempre que una ley así lo prevea (art. 72.2). En ambos casos la medida cumple su primordial rasgo identificativo, es decir, su conexión con un procedimiento —principal— ya incoado o respecto del cual existe meramente la expectativa de incoación⁹¹. Junto a las que recoge el artículo 72, debe tenerse en cuenta también las del artículo 136 de la misma norma, previstas para el marco de procedimientos sancionadores. Regulación complementada por el artículo 15 del Real Decreto 398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, según el cual las medidas provisionales adoptadas en el marco de un procedimiento sancionador tendrán por fin «asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales».

Respecto de su naturaleza como actuación administrativa, las medidas provisionales han recibido tradicionalmente la consideración de actos de trámite. Sin embargo, esta caracterización de la medida provisional como tal —orientada básicamente a la determinación de la procedencia de interponer recurso separado contra los mismos⁹²—

⁹¹ La ley asume la posibilidad de que el procedimiento no llegue a iniciarse, por lo que se establece un plazo perentorio de 15 días, transcurridos los cuales sin que se dé inicio al mismo, la medida provisionalísima decaiga. Sin embargo, el hecho de que el procedimiento no llegue a incoarse —es decir, que no exista— no implica que la medida provisionalísima adoptada en este supuesto pierda su naturaleza como tal ya que su adopción se presupone impulsada por la expectativa de iniciación de un procedimiento administrativo, nexo o vínculo suficiente para que reciba tal consideración.

⁹² Aunque, como advierten GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, «ésta resulta ser más bien la consecuencia que la causa de la distinción». En realidad, el criterio que orienta la diferenciación entre actos de trámite y resoluciones es la función que ejercen dentro del procedimiento administrativo. Así los actos de trámite, son aquellos llamados a ordenar, preparar y encauzar el procedimiento para la consecución de la resolución. La resolución, pues, es aquel acto que pone fin al procedimiento resolviendo sobre «todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del

si bien fue patente entre la doctrina y la jurisprudencia hasta finales del siglo pasado, ha sido ya actualmente superada⁹³. Así pues, a pesar de que las medidas provisionales pueden recibir la consideración de actos de trámite en tanto que instrumentales respecto de la resolución y del procedimiento con el que se conectan, ello no debe impedir la posibilidad de que se recurran separadamente, aún no concurriendo las circunstancias del artículo 107.1 de la LRJAPyPAC, de modo que quedan sometidas al mismo régimen de recurso que los actos resolutorios. En este sentido, pues, pueden considerarse también como resoluciones aun faltando un procedimiento incidental previo⁹⁴.

Lo mismo que los actos resolutorios suelen asociarse a la posibilidad de recurso autónomo, se asocian las resoluciones al procedimiento de ejecución forzosa previsto en los artículos 93 y siguientes de la LRJAPyPAC, operando en ambos casos una exclusión —apriorística— a *sensu contrario* de los actos de trámite. En el marco del procedimiento de ejecución forzosa, contribuye en gran medida a esta concepción el artículo 93.1 de la LRJAPyPAC, dedicado al «Título» que legitima la ejecución, ya que se refiere

mismo», según el artículo 89 de la LRJAPyPAC. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, vol. I, 2004, p. 575.

⁹³ La cuestión de fondo que se debatía era la posibilidad de recurrir la medida provisional de forma separada, ya que de ser considerada como acto de trámite, los supuestos de recurso quedaban reducidos sustancialmente a los casos tasados por la ley —actualmente según el artículo 107.1 de la LRJAPyPAC, y según la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en el artículo 113.1. Ante esta situación me parecen sumamente expresivas las palabras de Manuel REBOLLO PUIG que en relación con el artículo 113.1 de la LPA de 1958 afirmaba que «tal solución es tan palmariamente injusta y contraria a los artículos 24 y 106.1CE que la admisión de recursos se impone». Afirmación que inmediatamente justifica: «Basta comprender que la limitación de recursos solo respecto a las resoluciones tiene una lógica y sólida base que no se da aquí: está fundada en la idea general de que los defectos de los actos de trámite se transmiten a las resoluciones y, al impugnar éstas, se controlarán plenamente aquéllos; pero en las medidas provisionales nada de ello se da». Dicho autor concluye definitivamente que debe considerarse que «no son exactamente actos de trámite sino resoluciones incidentales; que son actos de trámite solo formalmente por su posición en el procedimiento, pero no materialmente por su valor, significado jurídico y efectos ejecutorios. Cualquier solución será preferible a la de mantener su inimpugnabilidad». Manuel REBOLLO PUIG, «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», en *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), Madrid, Civitas, Vol. 1, 1993, pp. 708 y 709.

El mismo parecer expresa Ferran PONS CÀNOVAS, según quien, «[l]a naturaleza instrumental no implica que se trate de actos de trámite. Pueden adoptarse o no junto con actos de trámite (acuerdo de inicio), si bien en ambos casos tomarán una virtualidad propia que debe permitir su impugnación». Ferran PONS CÀNOVAS, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 225-229.

⁹⁴ Sirva de nuevo el artículo 61.1 de la Ley catalana de regulación de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, que no muestra empacho alguno a referirse explícitamente a la adopción de la medida provisional que corresponda mediante «resolución motivada». No regula en el supuesto de las medidas provisionales aludidas la ley catalana procedimiento alguno para su adopción, con lo que es de suponer que se adoptará junto con el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador u en otro momento, pero en todo caso motivadamente.

explícitamente a las resoluciones, es decir, a los actos que ponen fin al procedimiento administrativo, como títulos legitimadores de la ejecución. Parece desprenderse de ello que sus antagónicos, los actos de trámite, no serán susceptibles de ejecución. Sin embargo, inmediatamente después el artículo 94 se refiere a la ejecutividad inmediata de los «actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho Administrativo», y el artículo 95, dedicado explícitamente a la ejecución forzosa, se refiere a «los actos administrativos», sin distinguir ni uno ni otro artículo entre si deben ser resolutorios o no.

Como ya se ha dicho, el artículo 93 de la LRJAPyPAC se refiere a las resoluciones como único título habilitante para que la Administración inicie «una actuación material de ejecución (...) que limite derechos de los particulares», según reza el texto del precepto. Si se enjuiciara estrictamente toda la actividad material de ejecución de la administración según al mandato del artículo mencionado, serían la minoría los supuestos que cumplirían la legalidad. Es claro, pues, que urge una interpretación lata del concepto de «resolución» empleado en el artículo 93.1, de modo que su aparente discordancia con los artículos 94 y 95 de la LRJAPyPAC pueda considerarse como meramente aparente.

Como advierte SANTAMARÍA PASTOR, en relación con la caracterización del acto administrativo realizada en la Ley 30/1992, «de sus diferentes preceptos puede aventurarse la tesis de que sus autores estaban pensando básicamente, en los actos de carácter formalizado (y preferentemente, aunque no de manera excluyente, en los que se producen en el marco del procedimiento administrativo y que le ponen fin)»⁹⁵. Máximo exponente de esta mentalidad del legislador es el actual artículo 93, al referirse al acto resolutorio, cuando en realidad lo que subyace no es la necesidad de un acto resolutorio en sentido estricto, sino la exigencia de que la limitación por la vía de la ejecución de derechos de los administrados responda a una previa decisión administrativa, es decir, a la adopción de un acto administrativo —aún no siendo formalizado por los cauces habituales—, que en definitiva no constituye más que «la particularización de la abstracta habilitación legal en las circunstancias concretas, un puente entre la legalidad y la actuación singular»⁹⁶. De hecho, la anterior LPA contemplaba en los justos términos el título ejecutivo, en tanto que en el artículo 100 establecía lo siguiente: «Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la *decisión* que le sirva de fundamento»⁹⁷.

⁹⁵ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II, Madrid, Iustel, 2009, p.107.

⁹⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, *cit.*, p. 789.

⁹⁷ Existen, evidentemente, otras valoraciones interpretativas del alcance del uso del término «resolución» por el artículo 93 de la LRJAPyPAC.

Así, Luis MORELL OCAÑA entiende que cuando el artículo 93 exige formalmente una resolución y no simplemente un acto administrativo, se incide en el hecho de que exista una «decisión

Asumido ello, es claro que no solo los actos resolutorios pueden ser susceptibles de trasladarse al plano de lo material y de ejecutarse coactivamente por medio del procedimiento de ejecución forzosa, sino que también los calificados como actos de trámite podrán ser ejecutados por dicha vía.

Así pues, el traslado al plano material de las medidas del artículo 72 de la LRJAPyPAC podrá instrumentalizarse a través del procedimiento de ejecución forzosa previsto en la misma ley a pesar de recibir la consideración de actos de trámite. De hecho, lo habitual será que la medida provisional se ejecute por la vía del procedimiento de ejecución forzosa, a pesar de las especialidades que pueda revestir el procedimiento declarativo que preceda a la adopción de la medida, normalmente inexistente o de carácter sumario⁹⁸. De este modo, si la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración

que, en todo caso, se habrá de adoptar previa habilitación legal y por la autoridad dotada de competencia para ello; son los requisitos elementales». Este autor se aleja así del concepto de resolución que el artículo 89 de la misma LRJAPyPAC presta y entendiendo que se refiere al «título jurídico que legitime» la actuación material. Luis MORELL OCAÑA, *op. cit.*, Tomo II, pp. 85-86.

Por su parte, Ángel MENÉNDEZ REIXACH estima que el énfasis interpretativo debe recaer allí donde el artículo menciona la limitación de derechos de los particulares. Es decir, la resolución —entendida como acto que decide sobre el fondo de un asunto, en virtud del artículo 89 de la LRJAPyPAC— se exige en aquellos supuestos en los que actuación administrativa ejecutiva supone una limitación de los derechos de los particulares. Según palabras del mismo autor: «Esta es la clave para interpretar el alcance del precepto; no se pueden limitar derechos de los particulares sino en virtud de resolución dictada en aplicación de la normativa correspondiente». Ángel MENÉNDEZ REIXACH, «Procedimientos administrativos: finalización y ejecución», en Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *La nueva Ley de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 266-268. Esta interpretación, sin embargo, deja al margen de la legalidad no solo la actividad administrativa de ejecución de las medidas provisionales, susceptibles sin duda de limitar derechos de los particulares, sino también la llamada coacción directa de la Administración.

⁹⁸ Lo habitual es que no exista procedimiento previo por el que se evacue la medida, en especial cuando se trata de una medida provisionalísima. Ello no obstante, es cada vez más común que la legislación especial prevea un determinado encauzamiento procedimental para la adopción de la medida, especialmente otorgando un trámite de audiencia al administrado. Así la Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, en cuyo artículo 61 se estipula la regulación reglamentaria del procedimiento «de carácter sumario, que hay que seguir para adoptar las medidas provisionales previas [provisionalísimas] establecidas por la presente Ley». Asimismo, la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco prevé en el artículo 31.1, dedicado a las medidas cautelares que «[e]l órgano competente para el ejercicio de la potestad sancionadora podrá en cualquier momento del procedimiento, previa audiencia de los interesados por plazo común de cinco días y mediante acuerdo motivado, adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer o impedir la obstaculización del procedimiento, o para evitar la continuación o repetición de los hechos enjuiciados u otros de similar significación o el mantenimiento de los daños que aquéllos hayan ocasionado o para mitigarlos». También la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, en cuyo artículo 35 prevé que: «[e]n los supuestos de amenaza inminente de daño o para evitar nuevos daños, el órgano competente podrá acordar, aún antes de la iniciación del procedimiento sancionador, con los límites y condiciones de los

para imponer coactivamente el contenido de una medida provisional sigue el encauzamiento de la ejecución forzosa, en virtud del artículo 91.2 de la LOPJ y del artículo 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, procederá la imposición de la autorización judicial de entrada para acceder tanto al domicilio como a la propiedad privada⁹⁹.

Sin embargo, en ocasiones, la ejecución de la medida provisional no sigue el cauce de la ejecución forzosa, sino que es inmediata, es decir, no media un acto administrativo previamente formalizado ni se da oportunidad a su cumplimiento voluntario. En estos supuestos, la autotutela ejecutiva de la Administración se canaliza por la vía de la coacción directa. REBOLLO PUIG advertía ya de esta circunstancia. Desde esta perspectiva, el mencionado autor clasificó las medidas provisionales en atención a la «naturaleza de las actuaciones a que dan lugar», distinguiendo por un lado, aquellas que «[a]nte la falta de cumplimiento voluntario procede el ejercicio de las potestades de ejecución forzosa»; y, de otro lado, aquellas en que «la medida provisional entraña propiamente coacción directa». En estos supuestos «la medida provisional no es un acto declarativo —aun acordado sin procedimiento— ante cuyo incumplimiento por el obligado se ejecute forzosamente —aunque a veces de manera sumaria— sino pura ejecución administrativa»¹⁰⁰.

Así pues, las medidas provisionales pueden ser objeto también de ejecución por la vía de la coacción directa. Así lo prevé la legislación, que suele contemplar la posibilidad de que los agentes de la Administración actuante impongan o ejecuten *motu proprio* determinadas medidas. Lo habitual es que este tipo de medidas se enmarquen bien en el ejercicio de las funciones de inspección, bien en el contexto del ejercicio de la potestad sancionadora¹⁰¹, esencialmente al objeto de atajar o prevenir una situación de

artículos 72 y 136 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, mediante acuerdo motivado y previa audiencia del interesado, entre otras, alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales (...). Igualmente el artículo 34.1 de la Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que: «Las medidas cautelares se adoptarán sin perjuicio de la iniciación, en su caso, del correspondiente expediente sancionador cuando concurrieran infracciones en materia de protección al consumidor. En el acto de notificación de las mismas se fijará un plazo máximo de audiencia al interesado de cinco días hábiles, debiendo dictar la autoridad competente resolución en el término de diez días hábiles».

⁹⁹ Véase, por ejemplo, la STSJ de Extremadura 142/2006, de 19 septiembre (JUR 2006/257884), en la que el TSJ extremeño confirma la autorización concedida para acceder y precintar unas obras así como los materiales y maquinaria que allí se hallan, en el marco de la actuación inspectora en una propiedad privada. En este caso, si bien el acceso con la finalidad de inspección de los agentes no viene condicionada por la autorización por serles reconocida la facultad de acceso y permanencia, la ejecución de la medida provisional acordada sí debe ir acompañada de la preceptiva autorización.

¹⁰⁰ Manuel REBOLLO PUIG, *ibidem*; citas extraídas de las pp. 685 y 686, respectivamente.

¹⁰¹ Por ejemplo, la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco prevé en el artículo 32.1 que «[e]xcepcionalmente, cuando la consecución de alguno de los objetivos a que se refiere el artículo 31, salvo los enunciados en primer y segundo lugar, requiera la asunción inmediata de medidas cautelares, éstas podrán ser impuestas, sin audiencia de los interesados, por los funcionarios que constaten los hechos

conculcación de la legalidad o de alteración de orden público cuando se cumplan las condiciones de urgencia necesarias que justifiquen dicha inmediatez¹⁰². Se faculta

eventualmente ilícitos, en el ejercicio de su específica función de inspección». Y seguidamente establece que «se procederá con urgencia a la incoación del correspondiente procedimiento sancionador, y en el acto de incoación el órgano titular de la competencia sancionadora determinará, motivadamente, la revocación, mantenimiento o modificación de las sobredichas medidas».

También el artículo 9.2, párrafo segundo, de la Ley 34/1987, de 26 de diciembre, de potestad sancionadora de la Administración pública en materia de juegos de suerte, envite o azar, prevé que «[l]os agentes de la autoridad, en el momento de levantar acta por dicha infracción, podrán adoptar las medidas cautelares a que se refiere el párrafo anterior, [cierre inmediato de establecimientos e incautación de materiales] así como proceder al precintado y depósito de las máquinas y demás material o elementos de juego. En estos casos, el órgano a quien compete la apertura del expediente deberá, en la providencia de incoación, confirmar o levantar la medida cautelar adoptada. Si en el plazo de dos meses no se hubiese comunicado la ratificación de la medida, se considerará sin efecto, sin perjuicio de la continuación del expediente sancionador que se hubiere incoado». Por su parte, la legislación autonómica recoge la mencionada previsión de la Ley estatal en términos idénticos o muy similares; así por ejemplo, la Ley catalana 1/1991, de 27 de febrero, reguladora del régimen sancionador en materia de juego, en su artículo 16.3; la Ley 2/2000, de 28 de junio, del Juego de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su artículo art. 35.1.d); la Ley 6/2001, de 3 de julio, del juego en la Comunidad de Madrid, en su artículo 36.3; o la Ley 15/2006, de 24 de octubre, de Juego de Cantabria, en su artículo 41.3, entre otras.

En materia de protección ambiental, entre otros, pueden citarse el artículo 41.2 de la Ley 1/1995, de 2 de enero, de Protección Ambiental de Galicia, que también prevé la coacción directa para la adopción de medidas en el marco del procedimiento sancionador cuando exista un riesgo grave e inminente para el medio ambiente. En concreto estipula que «[l]a adopción de las medidas cautelares previstas en el apartado anterior [suspensión de actividades o cualquier otra medida cautelar necesaria] se llevará a cabo, previa audiencia del interesado, en un plazo de cinco días, salvo en los casos que exijan una actuación inmediata». En un sentido similar, la Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco, que en su artículo 105 prevé que «[e]xcepcionalmente, y con carácter previo a la incoación de expediente sancionador, las Administraciones públicas podrán adoptar o imponer al presunto responsable de cualquiera de los hechos tipificados como infracciones en la presente Ley la adopción de las siguientes medidas cautelares que no tendrán carácter sancionador [suspensión, precintado y otras medidas de corrección, seguridad y control]». También el artículo 50.2 de la Ley 5/2009, de 4 de junio, del Ruido de Castilla y León, según el cual: «Si la actividad posee focos sonoros no amparados por la autorización ambiental o licencia ambiental otorgada o cuando el nivel sonoro en las viviendas colindantes a la actividad provocado por los ruidos transmitidos supere en más de 15 dB(A) los valores límite establecidos, con independencia de que ello constituya o no infracción y de las medidas provisionales que puedan adoptarse en el procedimiento sancionador, los agentes de la autoridad podrán proceder, de forma inmediata y con carácter provisional, al precintado de los focos sonoros o de los procesos causantes de las transmisiones».

¹⁰² En relación con el empleo de la coacción directa, Iñaki AGIRREZKUENAGA insiste en destacar la concurrencia de la urgencia como elemento habilitante de la misma; en palabras del mismo autor: «existe una línea de continuidad constante e invariable en la doctrina comprada tanto clásica como actual a la hora de caracterizar a la coacción directa, y esta línea viene trazada por la urgencia». Iñaki AGIRREZKUENAGA ZIGORRAGA, *La coacción administrativa directa*, Madrid, Civitas-HAEE/IVAP, 1990, p. 261.

No obstante, es menester destacar que no en todos los supuestos en los que la legislación especial prevé la posibilidad de imposición directa e inmediata de la medida, se exige que concurra una situación de urgencia en relación con la protección de un determinado bien jurídico. Véanse, en este sentido, algunos de los preceptos transcritos en la nota anterior.

entonces al mismo agente actuante para la imposición de la medida, en lugar de que el órgano competente adopte una previa decisión administrativa y la ejecute por la vía de la ejecución forzosa.

Existe, por el contrario, normativa que sí prevé la necesaria concurrencia de la urgencia para que la medida pueda ser impuesta por vía de la coacción directa. Un buen ejemplo de ello es el artículo 65 de la Ley catalana 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas. Dicho precepto que lleva por título «medidas provisionales inmediatas» y aunque la adopción de dichas medidas puede conectarse con un procedimiento posterior sancionador, su naturaleza es esencialmente la de medida cautelar de policía, no obstante lo cual se transcribe íntegramente su contenido a continuación por lo cuidado de su formulación.

Artículo 65. Medidas provisionales inmediatas.

1. Los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad pueden adoptar las medidas provisionales inmediatas establecidas por el presente artículo, *en casos de urgencia absoluta, ante espectáculos públicos y actividades recreativas que conlleven un riesgo inmediato de afectar gravemente a la seguridad de las personas y los bienes o la convivencia entre los ciudadanos*. Para valorar la gravedad y la urgencia de las circunstancias que permiten adoptar dichas medidas, los agentes pueden disponer de apoyo técnico especializado inmediato.
2. Si adoptan medidas provisionales inmediatas, los agentes de policía deben comunicarlo, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, al órgano competente para adoptar las medidas provisionales previas pertinentes, el cual debe confirmarlas, modificarlas o revocarlas en el plazo de cinco días, a contar desde el primer día hábil siguiente al de la comunicación. El incumplimiento de dichos plazos conlleva automáticamente el levantamiento de las medidas provisionales inmediatas adoptadas.
3. Si se dan las circunstancias establecidas por el apartado 1, los agentes de policía pueden adoptar las siguientes medidas provisionales inmediatas:
 - a. La suspensión inmediata de las actividades y el precinto de los establecimientos, de las instalaciones o de los instrumentos, *en el caso de que puedan producirse graves problemas de seguridad*.
 - b. El desalojo de los establecimientos y los espacios abiertos al público en el caso de que, por el número de asistentes o por otras circunstancias, *se ponga en grave peligro, y de forma concreta y manifiesta, la seguridad de las personas, o en el caso de que se afecte gravemente la convivencia entre los ciudadanos*. Esta medida, si afecta a establecimientos abiertos al público, o a espectáculos públicos o actividades recreativas en espacios abiertos autorizados, conlleva la prohibición de que el público entre en los mismos hasta la hora de apertura del siguiente día o sesión.
 - c. Otras medidas concretas menos restrictivas que las establecidas por el presente artículo, que sean proporcionadas y adecuadas a las circunstancias y que se consideren necesarias en cada situación para garantizar *la seguridad de las personas y de los bienes y la convivencia entre los ciudadanos*.
4. Si el órgano competente para sancionar ratifica las medidas provisionales inmediatas establecidas por el presente artículo, el régimen de confirmación, modificación o revocación posterior se rige por lo que dispone el artículo 64.c, salvo que el acuerdo de ratificación se dicte en el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador correspondiente.
5. Los agentes de la autoridad pueden adoptar la medida de decomisar o precintar los bienes relacionados con la actividad o las entradas de la reventa o en venta ambulante, con el fin de garantizar la efectividad de las prohibiciones y las suspensiones, de evitar la continuidad de actividades ilegales y la instrucción apropiada de eventuales procedimientos sancionadores. En tales casos también se aplica lo que establece el apartado 2, en cuanto al mantenimiento o no de la medida.

Dado que la legislación guarda silencio sobre la imposición de la autorización judicial de entrada respecto de la adopción de medidas provisionales, así como respecto de la manifestación de la autotutela ejecutiva por la vía de la coacción directa, la actuación coactiva administrativa solo queda supeditada a la previa resolución judicial cuando su ejecución suponga el acceso a un domicilio constitucionalmente protegido en virtud el artículo 18.2 de la Constitución, quedando apartada la protección de la propiedad privada. La motivación de la exclusión de la propiedad privada del ámbito de tutela de la autorización en ocasión de la coacción directa radica, como se adivina, en la urgencia que reviste dicha actuación, ante la cual decae la facultad de exclusión del titular del derecho a la propiedad privada u otros derechos de contenido patrimonial. La urgencia de la situación exige una inmediatez tal que justifica la ausencia tanto de una decisión administrativa previa formalizada, así como de la intervención judicial, en tanto que podrían suponer una demora u obstáculo para la consecución eficaz del fin de la medida.

A pesar de que la coacción directa en relación con la autorización judicial de entrada es objeto de estudio en epígrafes posteriores, juzgo conveniente realizar algunas precisiones respecto de su empelo por parte de la Administración en el marco de las medidas provisionales recogidas en el artículo 72 de la LRJAPyPAC, dado su esencial rasgo identificativo: su vinculación con un procedimiento principal ya simultáneo, ya ulterior. En este sentido, es preciso reparar en el hecho de que normalmente estas medidas se dan en el marco del ejercicio de la potestad de inspección de la Administración, para lo cual la autorización judicial de entrada suele imponerse normalmente sólo cuando el acceso se pretende a un domicilio constitucionalmente protegido. Por ello, si la inspección recae en un espacio no domiciliario la entrada en el mismo y sobre el que recaerá posteriormente por la vía de la coacción directa la imposición de una medida cautelar, habrá sido realizada sin una previa autorización judicial de entrada¹⁰³.

¹⁰³ La situación es otra distinta cuando la entrada realizada en el ejercicio de funciones inspectoras ha sido previamente autorizado por una resolución judicial al pretenderse el acceso a un espacio domiciliario. En estos supuestos, ciertamente el juez ya ha autorizado la entrada para el ejercicio de la actividad inspectora que incluye como facultad intrínseca la adopción de medidas cautelares por la vía de la coacción directa. En ocasiones como la descrita, dicha autorización de entrada ampara también la adopción de la medida cautelar, tal como da a entender el TS en el FJ 1.º de la sentencia de 7 de febrero de 1996 (RJ 1996/999): «(...) la entrada en el domicilio de la Asociación se realizó con el oportuno mandamiento judicial, por cuya razón no se quebrantó la inviolabilidad del domicilio reconocida como derecho fundamental por el art. 18.2.º de nuestra Constitución, como tampoco lo constituye el precinto de los locales donde radica el domicilio de dicha Asociación, si se tiene en cuenta que el mandamiento (...), autoriza la entrada en dicho lugar «al objeto de practicar aquellas actuaciones que le incumban en virtud de competencias que legal o reglamentariamente le están atribuidas y a las que se hace referencia en el antecedente de hecho de esta resolución en relación con el oficio presentado...» en cuyo oficio, se hacía mención expresa al precinto del local con la consiguiente imposibilidad de permanencia y entrada, para dar cumplimiento a la Resolución Administrativa de 19 de julio 1990».

Contextualizada la adopción de este tipo de medidas, su contenido podrá, en muchas ocasiones, coincidir con el de una medida provisional adoptada por medio de un acto administrativo formal o incluso con el de un acto resolutorio —cuya ejecución, recordemos, procedería por el cauce de la ejecución forzosa. Es más, posteriormente a su imposición y ejecución coactiva, la mayoría de estas medidas serán confirmadas cuando se dé inicio al correspondiente procedimiento —habitualmente sancionador. En este contexto, cabría preguntarse si la confirmación de la adopción de dicha medida una vez se inicia el procedimiento o incluso por medio de la resolución posterior —habitualmente una sanción— y, por tanto, la decisión de mantener su ejecución, no deberían acompañarse de una resolución judicial que, *a posteriori*, ratificara la adecuación de la entrada o ingreso en propiedad privada, teniendo en cuenta que la situación de urgencia y necesidad ha sido ya paliada y que existe un acto administrativo a cuyo contenido —la confirmación de la decisión ya ejecutada— podría oponerse el administrado.

A pesar de lo alambicado del razonamiento que se acaba de presentar¹⁰⁴, no se pretende más que poner de manifiesto el hecho de que una vez superada la situación de urgencia que autorizaba la coacción directa para llevar al plano material la medida y, por tanto, la ausencia de autorización para acceder a la propiedad privada, resulta palmariamente «injusto» que, a diferencia de los supuestos en que las medidas provisionales —y de las resoluciones de idéntico contenido— se encauzan por el procedimiento ejecución forzosa, la propiedad privada y otros derechos de contenido patrimonial queden desprovistos de la garantía de proporcionalidad que añade la intervención del juez por medio del auto autorizante. No se adivina, en estos supuestos, qué justifica que en un caso la propiedad privada merezca dicha garantía judicial y en otros no, cuando la situación de urgencia ha sido ya restaurada. Desde esta perspectiva, más palmariamente injusto puede incluso resultar que, una vez impuesta y ejecutada la medida, el órgano competente la levante o incluso no se pronuncie al respecto, decayendo la medida sin que su adopción haya superado *control* alguno ni por parte de la Administración ni de la jurisdicción.

Sin el ánimo de abogar por la imposición de la autorización para acceder a la propiedad privada, con las anteriores reflexiones solo pretendo poner de manifiesto las incongruencias que se derivan del actual marco regulador de la autorización judicial de entrada articulado esencialmente en torno de los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, en los que la imposición de la autorización judicial pivota exclusivamente sobre el encauzamiento procedimental de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración. Si la autorización judicial de entrada está ordenada a cohonestar el ejercicio de la potestad administrativa con los derechos de los administrados, tanto fundamentales como de carácter meramente patrimonial, es

¹⁰⁴ Como se verá, el artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA prevé que la intervención judicial pueda articularse no solo previamente a modo de autorización, sino con posterioridad a la adopción de la medida, es decir, a modo de ratificación.

precisamente en el marco del procedimiento de ejecución forzosa donde menos necesaria se enjuicia la incorporación de un mecanismo de este calibre, en tanto que el procedimiento previo declarativo como en el ejecutivo, otorgan en principio al administrado mecanismos suficientes para que se garantice el respeto por dichos derechos. En cambio, en los supuestos mencionados anteriormente, en los que la medida se impone de forma inmediata al administrado, parece que es donde la intervención judicial puede juzgarse más apropiada —articulada claro está bien por una vía preferente y sumaria, que no llegue a obstar el fin de la adopción de la medida, bien a modo de ratificación— más teniendo en cuenta que la misma podrá llegar a ser confirmada en la incoación de un posterior procedimiento e incluso por medio de la resolución que le ponga fin, o que simplemente podrá decaer sin que ni la Administración ni la jurisdicción haya valorado su adecuación.

c) El artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA como único supuesto de regulación de la imposición de la autorización judicial de entrada en el marco de la ejecución de medidas (provisionales).

Sólo existe un supuesto en el que el legislador haya reparado en la regulación de la autorización judicial frente a la adopción de medidas provisionales o cautelares, a saber, el recogido en el artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA. Según este precepto, corresponde a los jueces de lo contencioso-administrativo «la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental».

Con todas las peculiaridades que rodean el concurso del juez en este supuesto, las cuales se estudian en otra parte de este trabajo¹⁰⁵, procede simplemente reparar en la importancia del criterio jurídico-positivo para ordenar adecuadamente la imposición de la autorización judicial ante este tipo de medidas. Varios son los extremos en este sentido que es menester destacar.

Por un lado, el precepto mencionado se refiere a la adopción de «medidas» sin calificarlas como medidas provisionales, provisionalísimas, cautelares o de cualquier otra clase, de modo que la adopción de cualquiera de ellas puede subsumirse en el supuesto de hecho que recoge el artículo¹⁰⁶. De ello se deriva que, en función de las

¹⁰⁵ Véase el Capítulo V, dedicado a *La autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias*.

¹⁰⁶ En relación con las medidas contempladas en el artículo 26 de la LGS, medidas que prototípicamente encajan en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 8.6.2 de la LRJCA, el Tribunal Supremo ha declarado en la sentencia de 14 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8548), que son medidas provisionales. Así las describe el Tribunal Supremo: «Resulta patente que las medidas reguladas en el precitado art. 26 [de la LGS] componen una pura actuación provisional administrativa preventiva de las enumeradas en el art. 72 LRJAPAC para hacer frente a un riesgo inminente, es decir, las razones de urgencia que instaura la LRJAPAC con carácter general como condición para su puesta en marcha. Conforman un amplio abanico de posibilidades de intervención de la administración para la protección de

circunstancias que rodeen la medida, su ejecución procederá por el cauce del procedimiento de ejecución forzosa o bien por medio de la coacción directa. Lo mismo podrá acordarse en el marco de un procedimiento sancionador, como en el ejercicio de funciones de inspección o descontextualizada de cualquier procedimiento como pura medida de carácter policial. Los elementos destacados hasta ahora, constituyen todos ellos criterios determinantes en un sentido u otro de la imposición de la autorización judicial de entrada; sin embargo, en el contexto de medidas adoptadas con un determinado fin —la protección de la salud pública— y rodeadas de determinadas circunstancias —la urgencia y necesidad—, es decir, las que el artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA recoge, la autorización sólo procede para proteger la libertad o derechos de rango fundamental. Es determinante pues el criterio formal o jurídico-positivo para conocer cuándo procede la autorización y en relación con qué bienes jurídicos, al margen de otros elementos como el procedimiento de ejecución coactiva o la actividad o función administrativa en la que se enmarca la medida, a diferencia de lo que ocurre con el resto de medidas provisionales, como se ha visto anteriormente. Esto es precisamente lo relevante de este precepto, el hecho de que la positivización llevada a cabo por el legislador se articule con independencia a los anteriores criterios y atendiendo a la finalidad que persigue la medida y al contexto de urgencia y necesidad, elementos a partir de los cuales podrá juzgarse adecuada la intervención de la jurisdicción.

Junto a lo anterior, es también relevante tener en cuenta la previsión de que la medida no sólo se articule de forma previa, a modo de autorización —sistema previsiblemente ideado para los supuestos en los que la ejecución de la medida proceda por la vía de la ejecución forzosa— sino también posteriormente, a modo de ratificación, por ejemplo, cuando su ejecución sea inmediata por medio de la coacción directa. Se asegura así que la intervención judicial no entorpezca la consecución del fin que persigue la medida, pero no por ello se excluye el debido control respecto de la libertad u otros derechos fundamentales.

Igualmente importante es reparar en que se excluye la propiedad privada del ámbito de protección de la intervención judicial, protegiéndose en exclusiva derechos fundamentales; sin embargo, no puede objetarse en este contexto nada en contra del apartamiento de la propiedad privada del ámbito de protección, dado que la norma es suficientemente específica, sustentándose en criterios teleológicos, ordenados a la protección de un bien jurídico de superior enjundia que la propiedad privada —la salud pública—, además de ordenarse en un contexto de urgencia y necesidad, que corrobora definitivamente la adecuación de la exclusión, justificando con todo el alcance necesario que este régimen se separe de cualquier otro de imposición de la autorización judicial de entrada.

la salud colectiva que no resulta extraño a nuestro ordenamiento por la circunstancia expuesta de su previsión general en la LRJAPAC. Constituyen medidas que pueden adoptarse sin procedimiento» (FJ 6.º).

2. EL ANCLAJE DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN EL MARCO DE LA INSTITUCIÓN DE LA EJECUCIÓN FORZOSA.

Siendo la ejecución forzosa una de las principales manifestaciones de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración, es del todo pertinente pararnos, de un lado, en cómo el concurso judicial se integra en el marco regulador de la ejecución forzosa y, de otro, en cómo este se asimila en el desenvolvimiento del procedimiento de ejecución forzosa en sí mismo considerado.

Los preceptos legales atinentes a esta cuestión son, por un lado, el artículo 91.2 de la LOPJ y el artículo 8.6, párrafo primero, de la LRJCA y, por el otro, los artículos 95 y 96 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común. Dado que los dos primeros son de carácter adjetivo y cumplen en principio la función de atribución competencial al juez de lo contencioso-administrativo, y además han sido ya estudiados en apartados precedentes, procede ahora centrarnos en los preceptos mencionados de la Ley 30/1992, que se ocupan de aspectos ya no adjetivos sino substantivos y que, por lo tanto, proporcionan el marco por medio del cual la autorización judicial de entrada se inserta en el procedimiento de ejecución forzosa.

El artículo 95 de la LRJAPyPAC regula los supuestos en los que la Administración podrá proceder a ejecutar forzosamente los actos administrativos¹⁰⁷. Además de imponer el previo apercibimiento, en el artículo 95 se exige que el acto no haya sido suspendido —es decir, es necesario que el acto sea ejecutivo, como ya he tenido ocasión de resaltar— y, junto a lo anterior, se tiene en cuenta la posibilidad de que la Constitución o la ley «exijan la intervención de los Tribunales» en la ejecución forzosa.

En relación con el artículo 95 de la LRJAPyPAC interesa en especial desentrañar la significación de su último inciso, referido a la «intervención de los Tribunales» en la ejecución forzosa de los actos administrativos. Tradicionalmente, la referida intervención judicial ha sido considerada como una excepción al ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración por medio de la ejecución forzosa, en tanto que se sustrae de la Administración la potestad de ejecutar forzosamente el acto administrativo para depositarla en manos del juez. Javier BARCELONA se refiere a esta excepción a la autotutela ejecutiva como «ejecución forzosa judicial del acto

¹⁰⁷ Sirva de recordatorio al lector la transcripción literal del artículo 95 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: «Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales».

administrativo»¹⁰⁸, Ramón PARADA como «colaboración judicial en la ejecución de los actos administrativos»¹⁰⁹, mientras que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ se refieren a ella como «excepción al privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos», al igual que lo hacen al referirse a la suspensión en vía de recurso y a otros supuestos que limitan el habitual ejercicio de la autotutela ejecutiva¹¹⁰.

El actual artículo 95 de la LRJAPyPAC trae causa del anterior artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 según el cual «[l]a 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». Como se ve, en términos casi idénticos al actual artículo 95 —que incorpora además la Constitución como norma que prevé la intervención de la jurisdicción junto a la ley—, la antigua Ley de Procedimiento de 1958 ya contemplaba la posibilidad de que una norma de rango legal pudiera imponer la ejecución judicial de los actos administrativos.

El apoderamiento por parte de la jurisdicción de la función de ejecutar forzosamente el contenido del acto administrativo que tanto el anterior artículo 102 de la LPA como el actual artículo 95 de la LRJAPyPAC, ha tenido escasa trascendencia práctica, al ser contados los supuestos en que la legislación así lo contemplara. Entre ellos, la doctrina solía destacar el supuesto de recaudación de cuotas impagadas de la Seguridad Social por las antiguas Magistraturas de Trabajo y la antigua previsión del Código de Circulación de 1934 que encargaba al Juzgado Municipal o Comarcal el cobro de las multas impagadas, normas en ambos casos ya derogadas y que regulaban supuestos en los que hoy la Administración asume de forma plena la ejecución forzosa de dichos actos. Actualmente solo sigue vigente una norma en la que se prevea este tipo de intervención judicial: el Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba la Ley de

¹⁰⁸ Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa*, cit., pp. 322-332. El mismo término utilizó anteriormente Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración pública*, cit., pp. 79-84.

¹⁰⁹ Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I, Parte General*, cit., pp.154-156. Juzga este autor, sin embargo, inconstitucional la ejecución judicial de actos administrativos, por vulnerar lo establecido en el artículo 117.3 de la Constitución, en tanto que «los Jueces sólo pueden ejecutar lo previamente juzgado —o controlado— por ellos mismos (lo que no es óbice a las diversas técnicas de auxilio y colaboración dentro del propio sistema judicial)». Ello le lleva a afirmar que la ejecución judicial de actos administrativos no es una excepción a la autotutela ejecutiva de la Administración, sino «el grado máximo de la misma, constituyendo claras pruebas de dominación de la Administración sobre el Poder Judicial (...) [que se] pone al servicio ciego de la ejecución de actos ajenos, pero sin poderes de control sobre su adecuación con el ordenamiento jurídico». Las citas son de la página 155.

Responde a este juicio valorativo de Ramón PARADA, Javier BARCELONA, quien entiende que este tipo de actuación judicial no se ampara en el artículo 117.3 de la Constitución, sino en el 117.4, el cual autoriza a la ley a atribuir a la jurisdicción cualquier otra función «en garantía de cualquier derecho». Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa*, cit., p. 330-331. Valoración esta con la que debo coincidir.

¹¹⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, cit., p. 527.

Reforma y Desarrollo Agrario. En la regulación de la figura de la permuta forzosa, el artículo 268 de dicha norma prevé la intervención de la jurisdicción civil para ejecutar la permuta según haya sido determinada por el Instituto de Reforma y Desarrollo¹¹¹.

Ante este panorama BARCELONA LLOP advertía que «[l]as excepciones impuestas por ley formal a la regla de la autotutela ejecutiva han disminuido y, posiblemente, quepa aventurar su futura desaparición total devoradas por la expansividad del criterio al que excepcionan». Y ello es del todo cierto, si la intervención de la jurisdicción a la que se refiere el artículo 95 de la LRJAPyPAC se circunscribe únicamente a la llamada «ejecución forzosa judicial». No sin embargo, si el concepto de «intervención de los Tribunales» se entiende de un modo más amplio, de manera que quepa también subsumir en él la participación del juez de lo contencioso-administrativo en la ejecución forzosa de actos administrativos mediante la autorización judicial de entrada y otros tipos de autorizaciones contencioso-administrativas¹¹².

¹¹¹ El artículo 268 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, es como sigue:

1. La determinación pericial, una vez firme, acompañada del documento fehaciente que acredite el ejercicio del derecho regulado en el apartado primero del artículo 266 y, en su caso, la ejecutoria que declara la procedencia de la permuta, tendrá fuerza directamente ejecutiva, debiéndose *llevar a cabo* a petición de cualquiera de las partes, *conforme a lo dispuesto en los artículos 919 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

2. Las partes interesadas formalizarán la permuta en escritura pública, debiendo otorgarse por el Juez en rebeldía de una de ellas. Los gastos de escritura serán de cargo del que solicitó la permuta.

¹¹² Junto a la participación de la jurisdicción contencioso-administrativa, en sede *colaboración* en el marco de la actuación administrativa es preciso tener en cuenta la participación de otras jurisdicciones, en especial, la penal. Así, por ejemplo, en el marco de los procedimientos de sancionadores de expulsión de extranjeros en cuyo marco cabe el internamiento del extranjero en un CIE; internamiento que debe ser acordado por el Juez de instrucción, a solicitud de la Administración. Véanse los arts. 62 y 64 de la Ley orgánica 4/2002, de 11 de enero, de sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Otro tanto en relación con la tutela del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones en el contexto de las actuaciones del Centro Nacional de Inteligencia según el art. 579.4 de la LECrim, que prevé que «[e]n caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación». Esta función es desarrolla uno de los magistrados del Tribunal Supremo (vid. art. 342 bis de la LOPJ que se refiere al nombramiento del dicho magistrado), en atención al art. 12 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia y al artículo único de la Ley orgánica 2/2002, de 6 de mayo, de control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia. Sobre esta peculiar función de uno de los magistrados del TS véase la STS 1094/2010, de 10 de diciembre, FJ 1.º-2 (RJ 2011/2369).

En mi opinión, tres son los motivos para abandonar la anterior interpretación restrictiva del concepto de «intervención de los Tribunales»¹¹³, para acoger la aquí propuesta, más dilatada y acorde con el marco jurídico-administrativo actual¹¹⁴. Por un lado, el concepto de «intervención» no solo puede entenderse como actuación fiscalizadora, de control o disposición —a la cual parece que podría asociarse aquella en la que es la jurisdicción y no la Administración quien ejecuta el acto, a pesar de que la función del juez de turno no consistiera en revisar la legalidad del acto, sino que se limitaba únicamente a ejecutar el título administrativo¹¹⁵—, sino también como participación o auxilio de la jurisdicción en el procedimiento de ejecución forzosa sin que ello signifique la sustracción de la potestad ejecutiva de la Administración.

Por otro lado, a diferencia del anterior artículo 102 de la LPA, el artículo 95 de la LRJAPyPAC no solo menciona la ley como norma capaz de excepcionar el ejercicio de la ejecución forzosa, sino también la Constitución. Sin duda, esta previsión queda totalmente vacía de contenido si la interpretación del concepto «intervención» se ciñe al de «ejecución judicial», ya que el texto constitucional no contiene previsión alguna en este sentido. La CE, en cambio, sí recoge tres supuestos en los que la injerencia por parte del poder público en la esfera de un derecho fundamental debe acompañarse de una resolución judicial (arts. 18.2, 18.3 y 20.5 de la CE); a los que cabe sumar aquellos casos que la jurisprudencia constitucional ha asociado también a la necesaria participación judicial (entre otros, la libertad individual, la integridad física o la intimidad corporal).

Y, en último lugar, las llamadas «excepciones» o «límites» a la ejecución forzosa previstos en el artículo 95 de la LRJCA junto a la «intervención de los Tribunales» —a saber, la suspensión y el previo apercibimiento—, en ningún caso suponen el desapoderamiento de la Administración de su potestad de autotutela ejecutiva a favor de un tercero. ¿Por qué, entonces, sólo en este sentido debería entenderse la intervención judicial? Igual que sucede en el supuesto de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo o de falta del apercibimiento previo, cuando la ley y la Constitución imponen a la Administración una resolución judicial previa que autorice su actuación, la Administración no puede ejecutar forzosamente el acto administrativo,

¹¹³ Interpretación que postulan, junto a BARCELONA, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, y LAFUENTE, como ya se ha expuesto.

¹¹⁴ Coinciden con la interpretación que aquí se propone: FRANCISCO SANZ GANDÁSEGUI, «La ejecución de los actos administrativos que requieren entrada en domicilio», en *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1.688, 1993, pp. 145-146; RAMÓN PARADA, *Curso de Derecho Administrativo I, Parte General*, cit., p. 156-158; MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo, Parte General*, Madrid, Tecnos, 2009, pp.545-546;

¹¹⁵ Sobre la función del juez en estos supuestos ha incidido especialmente Mercedes LAFUENTE BENACHES, que compara la ejecución judicial de actos administrativos con la ejecución judicial de títulos ejecutivos extrajudiciales, llegando a la conclusión que no compete al juez enjuiciar la legalidad del acto administrativo, sino esencialmente los presupuestos o requisitos del procedimiento de ejecución forzosa. Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración pública*, cit., pp. 82-84.

no porque el juez le sustraiga la potestad de ejecución forzosa, sino porque dejaría de ser la ejecución un procedimiento ajustado a legalidad, para convertirse en una palmaria vía de hecho.

Por todos estos motivos, resulta lógico afirmar que el artículo 95 de la LRJAPyPAC recoge como uno de los requisitos para que la Administración pueda ejecutar forzosamente los actos administrativos sin incurrir en una ilegalidad, también aquella intervención judicial ordenada por la Constitución o la ley consistente en la imposición de una resolución judicial que autorice la entrada en determinados espacios¹¹⁶.

La previsión del artículo 96.3 de la Ley 30/1992 confirma, a mi entender, la interpretación anteriormente propuesta, ya que tras exponer los medios de ejecución forzosa a disposición de la Administración prevé la intervención judicial en los supuestos que deba accederse al domicilio del interesado y este se oponga a ello. Deviene así el artículo 96.3 en la previsión normativa que cierra el conjunto de preceptos contenidos en la LRJAPyPAC en lo tocante a la autorización judicial de entrada, convirtiéndola en un requisito o trámite más del procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos¹¹⁷, junto al previo apercibimiento, cuya ausencia

¹¹⁶ En el mismo sentido, Fabio PASCUA MATEO, «Las entradas administrativas en inmuebles de propiedad privada», en Luís MARTÍN REBOLLO (dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, 2 vol., Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, vol. I., p. 915. También parece entenderlo en este mismo sentido Santiago MUÑOZ MACHADO que, en relación con el artículo 95 de la LRJAPyPAC afirma que «[d]e (...) la intervención de los tribunales, apenas puede citarse un solo caso relevante en la legislación vigente, de manera que la única excepción realmente sería es la que podría resultar de confrontar el privilegio de ejecución forzosa con las determinaciones de la Constitución». Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Madrid, Lustel, 2006, p. 627.

Igualmente, cada vez es más abundante la jurisprudencia en la que así se interpreta el artículo 95 de la LRJAPyPAC. Así, la STSJ de Andalucía (Granada) 179/2008, de 24 de marzo (JUR 2008/378452), en la que en su FJ 2.º, se afirma que «[l]a Administración, al amparo de la llamada autotutela administrativa, puede ejecutar directamente sus propios actos, pero en la medida en que ello constituye un presupuesto inherente a las facultades exorbitantes de la Administración, ésta puede ser excepcionada por una Ley imponiendo la intervención de los Tribunales a la hora de ejecutar los actos administrativos en determinados supuestos. Por tal razón el artículo 95 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, tras disponer que “las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos”, establece como excepciones al principio general “los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de los Tribunales”». En el mismo sentido, entre otras, la STSJ de Andalucía (Granada) 322/2003, de 3 de febrero (JUR 2003/121975); STSJ de Madrid, de 14 de febrero 2003 (JUR 2004/45875); la STSJ de Castilla y León (Burgos) 267/2007, de 25 de mayo (JUR 2007/210556); STSJ de Castilla y León (Valladolid) 694/2009, de 17 de marzo (JUR 2009/207857) y, por último, la más reciente STSJ de Madrid 17/2013, de 10 de enero, FJ 2.º (JUR 2013/103361).

¹¹⁷ En este mismo sentido, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, que opinan que «esa resolución judicial de algún modo cabría reputar que se inserta en el procedimiento administrativo de ejecución forzosa», Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO,

acarreará no pocos efectos invalidantes de la actuación administrativa. Estos aspectos, atinentes ya a la naturaleza y conceptualización de la autorización judicial de entrada en sí, se tratan en el capítulo cuarto¹¹⁸.

V. LA OCUPACIÓN DE BIENES INMUEBLES EXPROPIADOS Y LA RESTRICCIÓN DE LOS ÁMBITOS DE PROPIEDAD PRIVADA SUJETOS A LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.

El artículo 51 de la Ley de Expropiación Forzosa, según la modificación operada en el 2002 por el artículo 76 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, impone la autorización judicial de entrada para proceder a la ocupación de determinados bienes inmuebles objeto de expropiación; a saber, «el domicilio de las personas físicas y jurídicas» y «los locales cerrados sin acceso al público». Como ya se ha tenido ocasión de comentar en el capítulo precedente, la pretensión del artículo 51 de la LEF es la de acotar aquellos espacios que según los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6, párrafo primero, de la LRJCA —a los que la LEF refiere de forma explícita¹¹⁹— requieren una autorización para que la Administración penetre en los mismos. De esta *acotación espacial* realizada por el artículo 51 de la LEF resultan dos regímenes distintos de autorización judicial de entrada en función de la actividad administrativa implicada. Si se trata de estricta y mera ejecución forzosa —sin más calificativos—, tanto el ingreso en el domicilio como en los restantes lugares cuyo acceso dependa del consentimiento del titular exige ir acompañado de la autorización judicial de entrada. En cambio, si se trata de la ocupación de bienes expropiados, también el domicilio, pero solo los locales cerrados sin acceso al público requieren dicha autorización.

Ante esta disparidad de regímenes, no es ocioso preguntarse cuál es la relación que realmente se establece entre el artículo 51 de la LEF y los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6, párrafo primero, de la LRJCA. ¿Implica realmente el artículo 51 de la LEF una reinterpretación de los ámbitos espaciales sujetos a autorización según la LOPJ y la LRJCA para la ejecución forzosa de actos administrativos? O, por el contrario ¿establece una regulación autónoma e independiente de la autorización judicial de

Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), cit., p. 1912-1916.

¹¹⁸ Véase el epígrafe IV.1.B del Capítulo IV, dedicado a *La autorización judicial de entrada como requisito de legalidad de la actuación administrativa*.

¹¹⁹ Es importante tener en cuenta esta alusión explícita a la LOPJ y a la LRJCA del artículo 51 de la LEF. En concreto, el precepto en cuestión establece que «[a] los efectos de lo dispuesto en el artículo 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, únicamente tendrán la consideración de lugares cuyo acceso depende del consentimiento del titular, en relación con la ocupación de los bienes inmuebles expropiados, además del domicilio de las personas físicas y jurídicas en los términos del artículo 18.2 de la Constitución Española, los locales cerrados sin acceso al público. Respecto de los demás inmuebles o partes de los mismos en los que no concurren las condiciones expresadas en el párrafo anterior, la Administración expropiante podrá entrar y tomar posesión directamente de ellos (...)».

entrada para la ocupación de inmuebles expropiados? La respuesta a estos interrogantes dependerá de la consideración que deba recibir la actividad administrativa consistente en la ocupación de bienes inmuebles expropiados. Si se considera que dicha actividad material consiste en ejecución forzosa, nos hallaremos ante una situación de divergencia para la imposición de la autorización judicial de entrada ante una misma actividad administrativa —la ejecución forzosa—, la cual deberá sustentarse en algún fundamento lógico-jurídico. Por el contrario, si se considera que la ocupación de bienes inmuebles responde a otro tipo de actividad administrativa, distinta a la de ejecución forzosa, nos hallaremos ante un nuevo supuesto de imposición de la autorización judicial de entrada para acceder a la propiedad privada en el marco de una actividad de ejecución o material de la Administración¹²⁰.

En atención al tenor literal del artículo 51 de la LEF, cuyo segundo párrafo empieza aludiendo a la LOPJ y a la LRJCA —«[a] los efectos de lo dispuesto en el artículo 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (...)»—, resulta lógico presumir de entrada que la Ley de Expropiación Forzosa asume que la ocupación de los bienes inmuebles consiste en ejecución forzosa de actos administrativos.

No hay duda de que la ocupación responde a la potestad de expropiación forzosa, en la que el principio de autotutela se pone de manifiesto en tanto que la expropiación consiste siempre en un acuerdo imperativo y, especialmente, cuando el expropiado se opone a la ocupación y toma de posesión del bien expropiado¹²¹. En estos supuestos la Administración despliega su fuerza coactiva, al igual que en la ejecución forzosa, pero la potestad en la que se enmarca dicha coacción es la de expropiación forzosa. Así lo entienden GARCÍA DE ENTERRÍA y de FERNÁNDEZ, según quienes «[e]l expropiado no tiene ninguna obligación de aportar o prestar su cosa al beneficiario; la expropiación no es, por ello, la ejecución forzosa de esa supuesta obligación desatendida, como sería preciso considerarla si su calificación como prestación forzosa fuese exacta; la expropiación produce directamente su efecto por la acción de la Administración expropiante, unilateral y autoritariamente, sin necesitar el intermedio de la imposición previa de una obligación de prestar al expropiado»¹²².

¹²⁰ Si este fuera el caso, el artículo 51 de la LEF constituiría además una nueva atribución competencial a los jueces de lo contencioso-administrativo, a quienes se entendería —en virtud de la remisión a los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6 de la LRJCA— que corresponde la competencia para autorizar las entradas impuestas por la Administración en la ocupación de bienes inmuebles expropiados.

¹²¹ La fuerza imperativa que reviste toda expropiación forzosa, la cual puede alzarse por medio de la coacción si el expropiado se resiste ello, queda bien retratada en el mismo artículo 1.1 de la LEF que describe la expropiación forzosa como «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos (...) acordada imperativamente».

¹²² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, *cit.*, p. 125.

Ello no obstante, es indudable que el legislador asocia e identifica la ocupación con la ejecución forzosa de actos administrativos, en tanto que en el desenvolvimiento del procedimiento de expropiación forzosa, se sucede el encadenamiento de actos administrativos susceptibles algunos de ellos de ser ejecutados por la vía del procedimiento de ejecución forzosa.

Este es el caso de la ocupación de los bienes inmuebles expropiados. Además de la remisión explícita del artículo 51 de la LEF a los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, es preciso traer también a colación el artículo 54 del Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (REF, en lo sucesivo), que remite al lanzamiento y al desahucio como mecanismos para proceder a la ocupación de «las fincas expropiadas» que «tendrán carácter administrativo». Y, a su vez, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP), regula los procedimientos de lanzamiento y desahucio con la directa remisión al Capítulo V, del Título VI de la LRJAPyPAC, que se ocupa de la ejecución forzosa —artículos 56.b y 59.4 de la LPAP, respectivamente¹²³. Asimismo, también entre la jurisprudencia es reiterada la consideración de la ocupación como ejecución forzosa de un acto administrativo previo, que normalmente se sustancia en un acuerdo de ocupación definitiva, un acuerdo de desalojo, etc.¹²⁴.

Por todo ello, a pesar de que la potestad de expropiación forzosa, en virtud de la cual procede la ocupación y toma de posesión del bien expropiado, difiera de la potestad de ejecución forzosa de actos administrativos en sentido estricto, debe tenerse en cuenta que en el seno del procedimiento de expropiación, el legislador remite al procedimiento de ejecución forzosa, como cauce a través del cual la Administración ejecutará coactivamente los actos administrativos dictados a lo largo del procedimiento expropiatorio y, en concreto, en el momento de la ocupación. De este modo, tanto es referirse a la ejecución coactiva de la ocupación como a la ejecución forzosa de la ocupación.

Una vez constatado que la ocupación coactiva se materializa a través del procedimiento de ejecución forzosa, el lanzamiento o el desahucio —según establece el art. 54 del REF—, resulta llamativo que el legislador le imponga un régimen de autorización judicial para penetrar en la propiedad privada más laxo que al resto de ejecuciones

¹²³ Igualmente, el recientemente aprobado Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto), hace referencia en su art. 68.3 a la autorización de entrada que, en su caso, será necesaria de conformidad con el artículo 8.6 de la LRJCA, precepto al cual se remite explícitamente, para proceder a la recuperación de la posesión de los bienes públicos.

¹²⁴ Así, por ejemplo, la STS de Cataluña 1772/2001, de 27 de diciembre (JUR 2002/123404); la STS del País Vasco 776/2005, de 10 de noviembre (JUR 2006/71364); la STSJ de Asturias 90032/2006, de 22 de febrero (JUR 2006/104906); la STSJ de Murcia 645/2006, de 30 de junio (JUR 2007/186109), entre otras.

forzosa, ajenas a la expropiación. Si alguna justificación quisiera hallarse en esta divergencia de régimen, quizás pudiere argüirse que existe a favor de la Administración, en el procedimiento de expropiación forzosa cuando se procede a la ocupación, un derecho previamente declarado sobre un bien inmueble que debería ya entenderse de titularidad pública. Sin embargo, cabe tener en cuenta que la perfección de la transmisión de la titularidad del bien no se produce hasta que se haya dado la ocupación y toma de posesión, con lo que dicha justificación resulta un tanto desacertada¹²⁵. Más ajustado a la realidad me parece presumir que ante los problemas interpretativos, ya puestos de manifiesto, del artículo 91.2 de la LOPJ y del art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, el legislador pretendió aclarar la *voluntas legislatoris* latente en el fragmento referido a los «restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular». Sin embargo, lo que no se explica, es que dicha acotación haya sido merecedora de aplicación tan solo en sede de expropiación forzosa y no de ejecución forzosa de actos administrativos con independencia del marco de la actividad administrativa en la que se inserte¹²⁶. Por ello, coexisten dos regímenes de autorización judicial de entrada en virtud de ley en el marco de la ejecución forzosa: uno cuando la ejecución forzosa es en sede de expropiación forzosa, con un ámbito espacial más reducido; otro cuando la ejecución forzosa no se enmarca en un procedimiento de expropiación, con un ámbito espacial mucho más amplio; sin que la acotación relativa a la expropiación pueda trasladarse al resto de supuestos de ejecución forzosa¹²⁷. Se trata esta de una divergencia de regímenes que, si bien halla una cobertura

¹²⁵ Este extremo se deriva de la asimilación del procedimiento de expropiación forzosa a los modos de adquisición de la propiedad establecidos en sede civil. Según la STS de 17 de julio de 1997 (RJ 1997/6837), «[e]s imprescindible en nuestro ordenamiento civil (artículo 609, párrafo segundo, del Código Civil) la concurrencia del título y el modo para adquirir la propiedad», y añade que «[e]l sistema fijado por la Ley de Expropiación Forzosa para la adquisición forzosa de la propiedad se corresponde con el civil, exigiendo inexcusablemente para ello la toma de posesión sus artículos 51 y 52.6.ª, que no consideran ésta, en contra del parecer del representante procesal del Ayuntamiento demandado, como un acto meramente formal, sino como requisito imprescindible para la transmisión del dominio, según los artículos 53 de dicha Ley y 52.2 y 55 de su, de manera que, si no se ocupa el bien, objeto de expropiación, no cabe considerar consumada ésta» (FJ 3.º). Así lo constata Vicente ESCUÍN PALOP, *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 596-570.

¹²⁶ Oportunidades ha tenido el legislador de modificar tanto la LRJCA y la LOPJ. Ante la especial dificultad que entraña la modificación de una ley orgánica como la del Poder Judicial, cabe tener en cuenta que desde el año 2002, fecha en que se modificó la LEF, han sido diversas las modificaciones de la LOPJ, entre las cuales hubiere sido especialmente idónea para la modificación del artículo 91.2, la realizada por medio de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹²⁷ Ello no obstante, como ya se ha visto en el Capítulo II (*vid.* epígrafe III.1.C.b) algunos TSJ, a la luz de la acotación del artículo 51 de la LEF respecto de los espacios cuyo acceso está sometido a autorización, parecen extender dicha acotación o limitación espacial a ejecuciones forzosa fuera del marco del procedimiento de expropiación; lo cual a mi entender no se ajusta a lo que exige la literalidad de la ley, asumiendo que el elemento jurídico-positivo es el que determina la incardinación de la autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa.

Esta tendencia se manifiesta, por ejemplo, en el FJ 2.º de la STSJ de Extremadura núm. 105/2009, de 15 de abril (JUR 2009/219597), en la que se autoriza el acceso a una propiedad privada (un garaje) en tanto que recinto cerrado y sin acceso al público para ejecutar forzosamente una resolución

formal sobre la que sustentarse, carece de un fundamento lógico-jurídico que, a mi entender, justifique dicha disparidad.

De otro lado, en relación con el procedimiento de expropiación forzosa cabe destacar que en la modificación de la LEF operada en el 2002, el legislador olvidó relacionar explícitamente la autorización judicial de entrada a un tercer supuesto de «ocupación» de los bienes inmuebles objeto de expropiación. Recordemos, ante todo, que por medio de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, no solo se modificó el artículo 51 de la Ley de Expropiación Forzosa, sino que también se modificó el artículo 52.6 en relación con la ocupación de los bienes expropiados por el procedimiento de urgencia. Cuando la ocupación proceda en virtud del procedimiento de urgencia, el precepto anteriormente mencionado remite a lo establecido en el artículo 51 de dicha norma —«la Administración procederá a la inmediata ocupación del bien de que se trate, teniendo en cuenta lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 51 de esta Ley»— de modo que también la ocupación coactiva en este especial procedimiento deberá asociarse a una autorización judicial para acceder al domicilio y a los locales cerrados sin acceso al público.

Precisamente, en el marco del procedimiento de urgencia, la LEF regula el trámite del levantamiento del acta previa a la ocupación — art. 52.2 y 3— en virtud del cual «se constituirán en la finca que se trate de ocupar, el representante de la Administración, acompañado de un perito y del Alcalde o Concejal en que delegue, y reunidos con los propietarios y demás interesados que concurran, levantarán un acta en la que describirán (...)», estableciéndose en esencia lo mismo para el caso de terrenos

de la TGSS. Sirva la transcripción de parte del FJ 2.º para ilustrarlo. Tras glosar el contenido del artículo 8.6 de la LRJCA y del 91.2 de la LOPJ, el TSJ afirma lo siguiente: «Es cierto que no ha sido pacífica la catalogación de los conceptos de domicilio y “restantes lugares”. Ahora bien, tras la modificación del art. 51.2 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, conforme al cambio operado por la Ley 53/2002, se determina que: “A los efectos de [...] únicamente tendrán la consideración de lugares cuyo acceso depende del consentimiento del titular, en relación con la ocupación de los bienes inmuebles expropiados, además del domicilio de las personas físicas y jurídicas en los términos del art. 18.2 de la Constitución Española, los locales cerrados sin acceso al público”. Así pues una interpretación integradora y respetuosa con el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, a la intimidad e incluso a la propiedad privada, hacen necesaria la autorización judicial para que la ejecución forzosa administrativa se lleve a término. Si así se entiende legalmente para ocupar inmuebles expropiados, no existe motivo alguno para excluir tal requisito en supuestos distintos, en los que la Administración también interviene. Incluso ello supone una garantía para el particular frente a posibles excesos en el ejercicio de la autotutela administrativa. Así por tanto, *siendo un garaje un local cerrado que no posee acceso al público*, entendemos que se dan los supuestos para que el Juez acordase lo procedente». Se pone de manifiesto claramente, en especial en la última frase transcrita y destacada por mí en cursiva, que el precepto en el que el Tribunal se apoya para fundamentar la concesión de la autorización es el art. 51 de la LEF, a pesar de no tratarse de un supuesto de expropiación, sino de ejecución forzosa en otro contexto. El hecho de que dadas las características del espacio, un garaje, en virtud del artículo 8.6, párrafo primero, de la LRJCA también hubiera procedido la autorización, no empece que sea clara la voluntad de extender la acotación espacial del artículo 51 de la LEF, como criterio interpretativo del 91.2 de la LOPJ y el 8.6, párrafo primero, de la LRJCA.

cultivados y de fincas urbanas en el mismo artículo 52.3. Nada dice la Ley que para el levantamiento del acta previa a la ocupación, que a la vista del precepto mencionado implicará la entrada en el bien inmueble, deba la Administración recabar la autorización judicial de entrada si el propietario o titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio se opusieren a la misma¹²⁸. El levantamiento o extensión del acta previa de ocupación constituye un acto de trámite dentro del procedimiento expropiatorio de urgencia, según jurisprudencia reiterada¹²⁹, cuya ejecución la Administración podría igualmente llevar a cabo de forma coactiva. Frente a esta situación cabe preguntarse ante qué bienes inmuebles procede recabar la autorización judicial de entrada. Dada la ausencia de un precepto que imponga explícitamente la autorización judicial de entrada, se ve de nuevo el intérprete en la posición de afrontar el vacío legal. Por un lado, no sería formalmente desacertado afirmar que en estas ocasiones no es necesaria la autorización, ante el silencio de la ley. Pero también, por otro lado, podría el intérprete argumentar que resulta de aplicación el artículo 8.6, párrafo primero, de la LRJCA e imponer la autorización de entrada en las mismas condiciones que en un supuesto de ejecución forzosa. Resultaría entonces, sin embargo, que la ejecución del acta previa a la ocupación se sometería a un régimen más estricto de imposición de la autorización para acceder a la propiedad privada que cuando se tratara de ocupación de los inmuebles expropiados. Ante todo ello, en mi opinión, los esfuerzos interpretativos deben dirigirse a la aplicación por analogía del artículo 51 de la LEF. A pesar de que este precepto no se remita explícitamente a la actuación material que se deriva de la ejecución del acta previa a la ocupación, resulta lógico inferir que dicho artículo deberá aplicarse por analogía a los supuestos de levantamiento del acta previa a la ocupación, y no al régimen de ejecución forzosa de actos administrativos establecido con carácter general en la LOPJ y en la LRJCA, al tratarse de una actuación coactiva realizada en el marco de un procedimiento expropiatorio. Se trata, no obstante, de una laguna legal que el legislador debería tener a bien cubrir, para evitar la inseguridad jurídica y, sobre todo, la creación de situaciones claramente desiguales para con la protección igualitaria de determinados derechos de contenido patrimonial de los administrados ante la actuación administrativa de ejecución coactiva.

¹²⁸ A pesar del tenor del precepto —que literalmente dice que «se constituirán en la finca que se trate de ocupar»— no son pocas las ocasiones en las que el levantamiento del acta previa no se realiza *in situ*. Como ejemplo, la siguiente constatación de la realidad por parte del TS, en la sentencia de 4 de noviembre de 2002 (RJ 2003/2219), FJ 5.º B: «Por lo que hace a la actuación del perito, hay que decir que en expropiaciones para grandes obras públicas, como es aquí el caso, en que el número de bienes que se expropian y sus titulares son muy numerosos —más de doscientas fincas se expropiaban en este caso— *el acto de extender las actas previas no tiene lugar sobre el terreno*, sin perjuicio de que si alguien lo solicita —y nadie lo ha hecho en este caso— el perito se desplace con los demás asistentes oficiales a la finca o fincas de que se trate. Razones de celeridad eficacia, justifican esta práctica que viene aplicándose también por la mayor comodidad que ello supone para todos, empezando por los expropiados. Lo cual no empece para que, si alguien solicitara que el acto de levantamiento del acta previa —subrayamos que no estamos en el caso de las actas de ocupación— tenga lugar en la finca, haya que acceder a su petición pues eso es lo que literalmente dice la ley».

¹²⁹ Por todas, la STS Tribunal Supremo de 23 de abril 2008 (RJ 2008/4022), fundamento jurídico 1.º.

Lo mismo sucede en relación con los procedimientos especiales de expropiación que regula la LEF. En los preceptos contenidos en el Título III de la Ley de 1954, dedicado a dichos procedimientos especiales, no se hace referencia a la autorización judicial de entrada, lo cual no implica que en el caso de recurrir la Administración a la entrada coactiva en determinados bienes inmuebles, quede exenta de recabar la previa autorización judicial de entrada. Deberá en estos casos la Administración acudir a lo que establece el artículo 51 para el procedimiento general de expropiación forzosa, en tanto que este opera de forma supletoria¹³⁰. Otro tanto puede decirse de las ocupaciones temporales reguladas en el Título VI.

En fin, para terminar ya con el comentario sobre la autorización judicial de entrada en el marco de la expropiación forzosa, creo relevante destacar tres aspectos más, que giran todos ellos alrededor de la figura del tercer implicado en la expropiación: el beneficiario¹³¹. Por un lado, como ya se ha tenido ocasión de comentar, uno de los presupuestos para que concurra la autorización judicial de entrada es la oposición del administrado, en tanto que a falta de resistencia, el acceso no vulnera, en principio, derecho alguno —ni el de inviolabilidad del domicilio ni el de propiedad. En este sentido, el Reglamento de Expropiación Forzosa ya contemplaba la posibilidad de que el expropiado «opusiere resistencia a la ocupación acordada», en cuyo caso «el beneficiario se dirigirá al Gobernador Civil de la provincia, que, después de cerciorarse de que han sido cumplidos los trámites de la Ley, le prestará e auxilio de la fuerza pública para efectuar el lanzamiento y ocupación, sin perjuicio de las responsabilidades penales exigibles» (art. 59 del REF). Dicha previsión es del todo lógica, teniendo en cuenta que el beneficiario que pretende la ocupación no viene investido de la potestad de expropiación forzosa, ni tampoco normalmente de la de ejecución forzosa, por lo que no puede ejecutar coactivamente la ocupación¹³². A la luz del actual artículo 51 de la LEF, este artículo debe considerarse derogado tácitamente, al menos en el sentido de que tampoco la fuerza coactiva del Gobernador Civil —o del delegado del Gobierno en

¹³⁰ «Todos estos procedimientos [que regulan las expropiaciones especiales y las ocupaciones temporales] no son nunca completos, sin embargo, sino, más bien, simples particularidades sobre el sistema general (...), al que por ello suponen como directamente aplicable en cuanto no esté expresamente exceptuado». Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, *cit.*, p. 335.

¹³¹ Sobre la figura del beneficiario en el procedimiento de expropiación forzosa, acúdase a Vicente ESCUÍN PALOP, «La intervención del beneficiario en el procedimiento expropiatorio», en *RAP*, núm. 100-102, pp. 1.103-1.138; del mismo autor *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, *cit.*, pp. 61-93.

¹³² Esta misma valoración hace ESCUÍN PALOP, según quien «el beneficiario de la expropiación tiene el derecho de solicitar de la Administración expropiante que ejercite sus prerrogativas a su favor, con el fin de que pueda tomar posesión del bien expropiado. Esto es, que le sea transferida el bien previa su ocupación por vía administrativa». Vicente ESCUÍN PALOP, «La intervención del beneficiario en el procedimiento expropiatorio», *cit.*, p. 1.119.

la Comunidad Autónoma tras la supresión de dicha figura¹³³— es suficiente para penetrar en el bien expropiado. Actualmente es la autoridad judicial a la que debe acudir la Administración, aunque no en el sentido de hallar el soporte de la fuerza coactiva, sino para cohonestar dicho ejercicio forzoso con el respeto al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y al derecho de propiedad.

Por otro lado, obsérvese, al hilo de lo anterior, que la función del Gobernador Civil — o delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas tras la supresión de dicha figura— era la de «cerciorarse de que han sido cumplidos los trámites de la Ley», tras lo cual podía recabarse el auxilio de la fuerza pública para proceder a la ocupación. Como se ve, fundamentalmente la misión del Gobernador Civil era la de fiscalizar que la actuación administrativa de ocupación no constituiría una vía de hecho, esencial elemento de control sobre la cual recae actualmente el enjuiciamiento del juez de lo contencioso-administrativo que conoce de la autorización judicial de entrada, como veremos en el Capítulo IV¹³⁴.

A la postre, y entroncando con el mismo artículo 59 del mencionado Reglamento, es preciso percatarse de que en dicho precepto se establece que es el beneficiario quien

¹³³ La redacción del artículo se refiere a los supuestos de expropiaciones realizadas por la Administración del Estado; si la expropiación es llevada a cabo por una comunidad autónoma o ente local, la autoridad será la que corresponda de su organización.

La figura del Gobernador Civil de la provincia fue suprimida por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, sustituyéndola por los Subdelegados del Gobierno. Sin embargo, la disposición adicional 4ª de dicha Ley atribuye a los delegados, no a los subdelegados, «las demás competencias que la legislación vigente atribuye a los Gobernadores Civiles», entre las que se incluye las atribuidas en sede de expropiación forzosa.

¹³⁴ La figura de la vía de hecho nace precisamente en el seno del procedimiento expropiatorio, desde donde se traslada a la totalidad de la actuación administrativa. Especialmente claro y contundente es el artículo 125 de LEF al describir los supuestos en los que la actuación material de la Administración será constitutiva de dicho vicio de legalidad; a saber, la omisión de los «requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley». Serán precisamente estos aspectos en los que el Juez de lo Contencioso-Administrativo fijará especialmente su atención cuando la autorización se solicite en el marco de un procedimiento de expropiación forzosa. Así lo manifiesta la jurisprudencia de los TSJ, por ejemplo, en la STSJ de Madrid, de 14 de febrero 2003 (JUR 2004/45875), en la que en su FJ 2.º se afirma lo siguiente: «Pues bien, sentado lo anterior, debe precisarse que en el procedimiento expropiatorio deben estimarse requisitos sustanciales la declaración de utilidad pública o interés social, la necesidad de ocupación y el previo pago a depósito, cuyo incumplimiento determina una actuación administrativa por vía de hecho, tal y como muestra el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa. Por ello, el examen de la validez de acto administrativo para cuya ejecución se requiere la autorización de entrada, cuando tenga sustento en la existencia de un procedimiento expropiatorio, debe limitarse a la constatación del cumplimiento de tales requisitos esenciales que supone, *prima facie*, la legalidad de aquel acto administrativo, sin que resulte exigible ni oportuno un examen más profundo acerca del cumplimiento de los distintos trámites que conforman el procedimiento expropiatorio para decidir sobre la solicitud de autorización de entrada necesaria para su ejecución, propio solo del proceso contencioso administrativo dirigido a la impugnación de los actos expropiatorios correspondientes». En el mismo sentido, la STSJ de Castilla y León, Burgos núm. 267/2007, de 25 de mayo (JUR 2007/210556).

debe acudir al Gobernador Civil para recabar el auxilio de las fuerzas y cuerpos de seguridad, ya que no podía el beneficiario recurrir a la fuerza coactiva de la que sólo la Administración es titular. Lo mismo debe ahora decirse respecto de la autorización judicial de entrada. No es al beneficiario de la expropiación —condición que pueden ostentar «las entidades y concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición», cuando la expropiación se fundamenta en la utilidad pública; o «cualquier persona natural o jurídica en la que concurran los requisitos señalados por la Ley especial necesaria a estos efectos», cuando se fundamenta en un interés social, según señala el artículo 2.2 y 3 de la LEF respectivamente— a quien compete dirigirse al juez de lo contencioso-administrativo para solicitar la autorización judicial de entrada, sino a la Administración que ostente la potestad de expropiación forzosa. Los beneficiarios, por definición, carecen de la potestad de expropiación forzosa —reconocida únicamente al «Estado, la Provincia y el Municipio» (art. 2.1), así como a las Comunidades Autónomas— y, por tanto, de la potestad de ejecutar forzosamente en el seno de un procedimiento expropiatorio la ocupación del bien expropiado. Por ello, el juez de lo contencioso-administrativo, si la petición de autorización de entrada procede de un beneficiario, deberá denegarla, en tanto que carece de la potestad necesaria para vencer la resistencia del expropiado, aun blandiendo una autorización judicial de entrada¹³⁵.

VI. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE INSPECCIÓN Y SU ESPECIAL RELACIÓN CON LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.

José BERMEJO VERA define la «actividad, función o potestad de inspección» como «unas actuaciones más o menos genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las Administraciones públicas para llevar a cabo funciones de comprobación

¹³⁵ En este sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 950/2004, de 15 octubre (JUR 2005/69964), que confirma el auto apelado que denegó la concesión de la autorización de entrada a una Junta de Compensación. Los argumentos del juez de instancia, que son confirmados por el TSJ de Madrid, quedan sucintamente detallados en el fragmento que se transcribe a continuación: «Existen dos razones para denegar la autorización instada por la Junta de compensación: Por un lado, del propio artículo 8.6 LJCA y de la naturaleza del procedimiento Contencioso-Administrativo, donde es necesario la participación de la Administración, que en el caso de autos, deber ser la entidad solicitante, y, por otro lado, la naturaleza expropiatoria del acto que se pretende ejecutar, que convierte a la Junta de compensación solicitante en beneficiaria de la expropiación, y en cuanto tal no es titular de la potestad expropiatoria; potestad que corresponde al órgano expropiante, es decir, a la Gerencia Municipal de Urbanismo (art. 41 Reglamento de Expropiación Forzosa). Por tanto corresponde a la Gerencia Municipal de Urbanismo solicitar la autorización judicial» (FJ 1.º). En el mismo sentido que la anterior y también en relación con una Junta de Compensación, la STSJ de Madrid núm. 30569/2008, de 26 de febrero (JUR 2008/166113), en especial FJ 6.º y 7.º, en los que discurre sobre la naturaleza y potestades de las juntas de compensación. También la STSJ de Madrid núm. 872/2004, de 17 de septiembre (JUR 2007/6513).

En contra, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 1454/2006, de 20 de septiembre (JUR 2007/20808), en la que se concede en apelación la autorización judicial solicitada por Gas Natural SGD, SA, entre otros motivos porque «máxime cuando ostenta un interés legítimo y tiene la condición de beneficiaria para instar la ejecución forzosa de la resolución administrativa» (FJ 2.º).

o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio» y, cuando estudia su contenido y alcance, dice textualmente que «[l]a función o potestad inspectora es, en primer lugar, actividad de “ejecución”»¹³⁶. Si bien la calificación de la inspección como actividad de ejecución sirve a BERMEJO VERA para discurrir sobre su correspondiente atribución a las comunidades autónomas, me permito aquí instrumentalizar este rasgo identificativo de la inspección en tanto que, al tratarse precisamente de una actividad administrativa de ejecución o material, es susceptible de afectar al derecho a la inviolabilidad del domicilio o a la propiedad privada en los términos en los que estos bienes son protegidos por la autorización judicial de entrada, según ha se visto¹³⁷.

Además, cabe tener en cuenta que, en atención a su naturaleza jurídica, la inspección recibe la consideración de potestad. Así lo entiende la doctrina al constatar que las características que definen e identifican las potestades administrativas coinciden con aquellas que identifican a la inspección; esencialmente al tratarse de un poder, de una autoridad, atribuida a la Administración por medio de la ley; así como que dicha potestad coloca a los administrados en una situación de sujeción, el correlato a la potestad¹³⁸. En este sentido, la consideración de la actividad material de inspección como manifestación de una potestad —es decir, una «situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas, o mediante la modificación del estado material de cosas existentes»¹³⁹— supone que su ejecución material implica también una manifestación del principio de autotutela ejecutiva, en tanto que ante la resistencia del administrado, la Administración podrá igualmente llevar al terreno de lo fáctico la inspección coactivamente.

¹³⁶ José BERMEJO VERA, «La Administración Inspectora», en *RAP* núm. 147, 1998, pp. 40-41 y p. 44, respectivamente.

¹³⁷ Son numerosas las modalidades de actuación inspectora, pero entre estas destaca especialmente la visita de comprobación a instalaciones, centros, establecimientos, etc., cuando en ellos se desarrolle una actividad sometida a inspección. Sobre las posibles modalidades de inspección y la visita de inspección en concreto, acúdase a Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.*, pp. 365-388.

¹³⁸ José BERMEJO VERA, «La Administración Inspectora», *op. cit.*, pp. 42-43. En el mismo sentido, Ricardo RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 74-78, considera que «estamos en presencia de una auténtica potestad administrativa, una potestad-función de acuerdo con la elaboración clásica de SANTI ROMANO», a pesar de lo cual se refiere a lo largo de su obra a la «función inspectora». También Severiano FERNÁNDEZ RAMOS es de la opinión de que se trata de una potestad en toda regla, aunque justifica que a lo largo de su trabajo se refiera a la «actividad administrativa de inspección» «al englobar todos los aspectos de la actuación inspectora, desde la atribución competencial hasta la responsabilidad derivada de su ejercicio, pasando por su organización y los actos y documentos mediante los que se ejerce y se plasma, constituye la noción más integradora de los distintos aspectos del régimen jurídico administrativo de la inspección administrativa». Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.*, pp. 48-50, la cita pertenece a la página 50. Igualmente, Agustín GARCÍA URETA, *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 28-51.

¹³⁹ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo I, cit., p. 333.

Concurren así, los presupuestos esenciales para que aquella actividad administrativa ejercida en virtud de la potestad de inspección, sea susceptible de someterse a la autorización judicial de entrada, en cuanto el administrado se oponga a la misma y los bienes jurídicos afectados sean el domicilio e incluso la propiedad privada, si el legislador así lo estima pertinente. Dicho esto, procede el estudio de la institución en aquellos de sus elementos que puedan ser relevantes en relación con la autorización judicial de entrada, sin entrar en otras consideraciones en lo tocante a la potestad de inspección al carecer de incidencia en este tema.

1. LA COMPETENCIA DEL JUEZ DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PARA AUTORIZAR LAS ENTRADAS EN SEDE DE INSPECCIÓN.

Ante todo, es preciso destacar la ausencia en las normas sobre las que se articula principalmente la imposición de la autorización judicial de entrada, de precepto alguno que vincule el ejercicio de la potestad de inspección y la autorización judicial. La LOPJ, la LRJAPyPAC y la LRJCA omiten referencia alguna al ejercicio de la potestad de inspección de forma genérica en relación con la autorización¹⁴⁰. Lo cierto es que, por un lado, la LRJAPyPAC no hace alusión alguna a la inspección, al haber recibido tradicionalmente la actividad inspectora la consideración de función instrumental o al servicio de la potestad sancionadora —de hecho, solamente el art. 39, que impone a los ciudadanos la obligación de facilitar la inspección, y el artículo 137.3 de la LRJAPyPAC, relativo al procedimiento sancionador y al valor de las actas de inspección, hacen alusión a esta potestad administrativa. No es de extrañar, pues, que la LRJAPyPAC nada diga al respecto. En cambio, por otro lado, no parece tan lógico que la LOPJ y, especialmente, la LRJCA no contemplen la potestad del juez de lo contencioso-administrativo para autorizar entradas en sede de inspección, siendo del todo habitual que la Administración inspectora se halle en la necesidad de impetrar el auxilio judicial, ya no para acceder a la propiedad privada, sino para acceder a un domicilio constitucionalmente protegido en virtud del artículo 18.2 de la Constitución¹⁴¹.

¹⁴⁰ Excepto el artículo 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA que se refiere a las inspecciones acordadas en el marco de la Comisión Nacional de la Competencia, que debe considerarse como un supuesto específico y no genérico o global de asociación de la inspección a la autorización, como por ejemplo se aprecia en el párrafo primero del mismo artículo 8.6 de la LRJCA en relación con la ejecución forzosa.

¹⁴¹ Aspecto este criticado por la mayoría de la doctrina que ha estudiado la autorización en el marco de la inspección administrativa. Así, José María ROJÍ BUQUERAS, «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», en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2000, p. 630-632; Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2007, p. 255. Una de las más contundentes críticas la expresa REBOLLO PUIG en los siguientes términos: «El olvido de la legislación general sobre la inspección administrativa es tal que ni siquiera cuando se ocupa de aspectos que le afectan directamente, como es la entrada en domicilio, contempla la posibilidad de hacerlo por la inspección, sino sólo para la ejecución de actos administrativos. (...) Todo esto hace que la inspección administrativa se encuentra en una situación

Es esta una de las lagunas legales que el Tribunal Constitucional se ha visto en la obligación de resolver, concretamente, a través de la sentencia 50/1995, de 23 de febrero (caso de la Duquesa de Hernani). El Tribunal enjuicia en este pronunciamiento la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio a consecuencia de la entrada realizada por la inspección de tributos en el domicilio de la obligada tributaria. En concreto, la demanda de amparo se fundamenta en que la resolución del juez de instrucción que autorizó la entrada fue «desproporcionada por no limitar temporalmente la vigencia de la autorización concedida ni identificar tampoco el número de funcionarios habilitados para efectuar la entrada y registro, y también de innecesaria»¹⁴². Como vemos, existió previa autorización para acceder al domicilio, autorización concedida por medio del auto del juez de instrucción. Por aquel entonces, el artículo 87.2 de la LOPJ atribuía la competencia para autorizar las entradas de la Administración en sede de ejecución forzosa a la jurisdicción penal, artículo que fue aplicado por el juez de instrucción «en una lectura por analogía»¹⁴³. Ante ello el TC valora que «[n]o es arbitraria sino muy razonable la extensión analógica del único precepto legal existente al respecto, ante el silencio de la Constitución, si se repara en las características de tal actuación administrativa, muy cercana en más de uno de sus eventuales aspectos a la jurisdicción penal como consecuencia de la equiparación del injusto de tal naturaleza y del administrativo (...)»¹⁴⁴. Insiste posteriormente en ello, al constatar que tampoco la Ley General Tributaria contempla en su articulado cuál es el juez competente para autorizar las entradas en el domicilio de los obligados tributarios, afirmando que si para la ejecución forzosa de actos administrativos se ha considerado «acorde con la Constitución que se atribuyera a los Jueces de Instrucción la competencia de expedir o negar el mandamiento correspondiente. Tanta o más razón existe para que se extienda al ámbito de la norma, por la vía analógica ante el silencio de la Ley, al procedimiento de la inspección tributaria»^{145, 146}.

extremadamente difícil e insegura, pudiendo incluso quedar comprometida la responsabilidad penal de los funcionarios (...), lo que conduce a una actitud paralizante que en nada beneficia a su eficacia». Manuel REBOLLO PUIG, «Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas, en VV.AA., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, INAP, 2004, p. 449.

¹⁴² STC 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995/50), antecedente 1.º.

¹⁴³ STC 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995/50), FJ 6.º.

¹⁴⁴ STC 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995/50), FJ 6.º.

¹⁴⁵ STC 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995/50), FJ 6.º *in fine*.

¹⁴⁶ GARCÍA ÁLVAREZ analiza esta sentencia del TC al hilo del estudio de la constitucionalidad de las facultades de entrada concedidas a la inspección por la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón en el art. 39.1.a), reparando en su aplicación analógica a la inspección y los problemas que suscita en torno a las entradas en materia de inspección realizadas en propiedad privada. Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ, «Derecho sancionador: infracciones y sanciones administrativas en materia de sanidad», en la obra colectiva dirigida por Juan M.ª PEMÁN GAVÍN, *Derecho sanitario aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón*, vol. II, Zaragoza, Cortes de Aragón, 2004, pp. 476 y ss.

A fecha de hoy, el artículo 8.6 de la LRJCA sigue sin contemplar la competencia del juez de lo contencioso-administrativo para autorizar las entradas en domicilio de la Administración en ejercicio de funciones de inspección, ante lo cual la jurisprudencia sigue aplicándolo por analogía. Ahora bien, como advierte ROJÍ BUQUERAS, la analogía que el TC predicaba en 1995 era respecto de la LECrim., en tanto que equiparaba la inspección, en aquel caso tributaria, a los procedimientos penales, «con una semejanza tan notable a la instrucción sumarial en los aspectos que tocan al casi inevitable desencadenamiento de la potestad sancionadora o del tanto de culpa a la propia jurisdicción penal»¹⁴⁷. Actualmente, una vez trasladada la competencia a los jueces de lo contencioso-administrativo y constatado que la opción adoptada por la jurisprudencia sigue siendo la de aplicar el artículo 8.6 de la LRJCA, la analogía no puede fundamentarse en las similitudes de la inspección con la instrucción sumarial; a mi entender, el vínculo que justifica hoy la analogía que permite aplicar el artículo 8.6 de la LRJCA, debe residenciarse en el ejercicio del principio de autotutela ejecutiva, rasgo que aúna todas las actuaciones administrativas susceptibles de requerir el auxilio judicial. Ello no obstante, ante la falta de una previsión de orden competencial tanto en la LOPJ como en la LRJCA, bien podría plantearse que, en virtud del artículo 10.1.m) de la LRJCA, fueran las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia las competentes para autorizar las entradas en sede del ejercicio de la función inspectora puesto que —en el más estricto de los sentidos— se tratan de «otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional».

2. ALGUNAS DE LAS PECULIARIDADES MÁS DESTACADAS DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN SEDE DE INSPECCIÓN.

A continuación se estudian aquellos rasgos que en particular destacan de las autorizaciones judiciales de entrada asociadas a la inspección que, como se verá, ni son pocos ni irrelevantes.

A. La autorización judicial de entrada protege esencialmente el domicilio en sede de inspección; la protección de la propiedad privada como excepción.

Si bien la LRJAPyPAC y la LRJCA no contemplan la conjunción de la potestad de inspección y la autorización judicial de entrada, sí lo hace la normativa especial. Típicamente la inspección se ha asociado al ámbito tributario, de trabajo y de la seguridad social¹⁴⁸, pero dada la amplitud de finalidades que pretenden lograrse por

¹⁴⁷ José María ROJÍ BUQUERAS, *op. cit.*, p. 631.

¹⁴⁸ En el ámbito tributario destaca la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que dedica el Capítulo IV del Título III a regular del artículo 141 al 159 «Las actuaciones y el procedimiento de inspección». Por su parte, el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de

medio de la función inspectora y el alcance de la normativa jurídico-administrativa, cada día son más las normas que dedican parte de su articulado a regular el ejercicio de las facultades de inspección reconocidas a los agentes de la Administración. Si nos asomamos al conjunto de la normativa aludida, se constata en primer lugar la tendencia general ya observada anteriormente: son muy pocas las normas que prevén de forma explícita la necesidad de que la Administración deba requerir el auxilio judicial para realizar la inspección. Aquellas que lo hacen, es simplemente a modo de recordatorio del mandato constitucional impuesto en virtud del artículo 18.2 de la Constitución¹⁴⁹. Como excepción, pues, deben ser tratadas aquellas normas que contemplan que ante el ejercicio de la potestad de inspección deba la Administración recabar la autorización judicial de entrada para acceder a la propiedad privada. A saber, el artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y su traslado al artículo 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA; el artículo 80.2 de la Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón, y la recientemente modificada Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid, cuyo artículo 100.3 sigue todavía suspendido a la espera de la respuesta del TC al recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

De nuevo, la exclusión de la obligación de impetrar la autorización judicial para acceder a la propiedad privada en sede de inspección no es de carácter material. Es decir, no radica en el hecho de la ejecución material de la inspección no se encauce por el procedimiento de ejecución forzosa al uso¹⁵⁰, sino en el hecho de que la legislación

desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, regula también las «actuaciones y procedimiento de inspección» del artículo 166 al 176.

En el ámbito de trabajo y Seguridad Social se hallan la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, asigna a los jueces de lo social algunas competencias en materia autorizadora. Me remito a lo que se dirá al respecto en el Capítulo IV.

¹⁴⁹ Sirvan como ejemplo: la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, art. 113; la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, art. 25.2.b); la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, art. 86.9.a); la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, art. 58.3.a); la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, art. 125.2; la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, art. 27.1.

¹⁵⁰ Aunque en cierto sentido pudiera considerarse que la ejecución coactiva de la inspección se canaliza por medio de un procedimiento de ejecución forzosa —en tanto que existe una decisión administrativa, con mayor o menor grado de formalización; la cual en ocasiones se comunica previamente al administrado; y que la Administración inspectora puede imponer coactivamente frente a la oposición—, no existe una obligación sobre el administrado, ante cuyo incumplimiento la inspección despliega la coacción; sino un deber desatendido, situación ante la cual la ley autoriza la coacción. Así, la ejecución coactiva de la inspección no responde al procedimiento de ejecución forzosa, sino a una especie de coacción autónoma, que en ocasiones puede incluso responder a la coacción directa, por ejemplo, cuando las funciones de inspección incluyen la adopción de determinadas medidas cautelares. Ello no obstante, no falta jurisprudencia que asimile el traslado al plano material de la decisión de inspeccionar un determinado espacio a la ejecución forzosa de un acto administrativo; entre otras, véase

tanto recoge de forma explícita que la Administración está facultada para acceder a los espacios sujetos a la inspección¹⁵¹, como paralelamente impone al administrado la obligación de someterse a la inspección¹⁵² así como una posible sanción en caso de oponer resistencia¹⁵³. Estas previsiones son las que de forma definitiva liberan a la Administración del auxilio del juez de lo contencioso-administrativo, en tanto que la

en este sentido la STSJ de Cataluña 365/2006, de 6 de abril (JT 2007/24), en la que el Tribunal describe así la solicitud de la Administración inspectora: «(...) el escrito del Delegado especial de la AEAT en Cataluña colma los anteriores requisitos, por cuanto consta el *acto administrativo para cuya ejecución forzosa se solicita la entrada, el órgano administrativo que lo dicta, así como el obligado por el referido acto, sin que pueda apreciarse vicio procedimental o de competencia alguno*». La cursiva es mía.

¹⁵¹ Entre tantísimos otros, sirvan como ejemplo los siguientes preceptos: el artículo 5.1 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social según el cual los inspectores están facultados para «entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo. Si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial»; el artículo 86.9.a) de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario según el cual los inspectores están facultados para «[r]ealizar materialmente las actuaciones inspectoras precisas en cualquier lugar en que se desarrollen actividades afectadas por la legislación del transporte ferroviario. No obstante, cuando se requiera el acceso al domicilio de personas físicas y jurídicas, será necesaria la previa obtención del oportuno mandamiento judicial»; el art. 58.3.a) de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, según el cual los inspectores podrán «[e]ntrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en los lugares sujetos a inspección y a permanecer en ellos, con respeto, en todo caso, a la inviolabilidad del domicilio»; el art. 31.1.a) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, según el cual los inspectores podrán «[e]ntrar libremente y sin previa notificación, en cualquier momento, en todo centro o establecimiento sujeto a esta Ley».

¹⁵² Como ejemplos, el art. 142.3 de la Ley General Tributaria, según el cual «[l]os obligados tributarios deberán atender a la inspección y le prestarán la debida colaboración en el desarrollo de sus funciones»; el artículo 86.2 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, según el cual «[l]as empresas habilitadas para la prestación de los servicios de transporte ferroviario o para realizar las actividades a las que se refiere esta Ley, vendrán obligadas a facilitar el acceso a sus instalaciones al personal de la Inspección en el ejercicio de sus funciones. También deberán permitir a dicho personal llevar a cabo el control de los elementos afectos a la prestación de los referidos servicios»; entre otros.

¹⁵³ La obligación de someterse a la inspección viene normalmente acompañada de la previsión de considerarse la oposición o resistencia a la actuación inspectora de una conducta constitutiva de infracción —normalmente leve— sancionable. Sobre la obstrucción de la inspección véase, Agustín GARCÍA URETA, La potestad inspectora de las Administraciones Públicas, *cit.*, pp. 140-167; Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.*, pp. 425-440.

Existen también ocasiones en las que la Administración reconduce la resistencia del administrado a someterse a la actuación administrativa a la comisión de un delito o la falta de resistencia o desobediencia a la autoridad del artículo 556 y 634, respectivamente, del Código Penal. Sobre este tema, Alejandro HUERGO LORA plantea acertadamente la cuestión de fondo que debe preocupar al Derecho administrativo; este autor se pregunta «si no se está convirtiendo el delito o la falta de desobediencia en lo que de ninguna manera pueden ser, es decir, un medio de ejecución forzosa de actos administrativos adicional a los que se regulan en la LPC». Cuestión sobre la que el autor arroja luz delimitando —acertadamente, a mi modo de ver— cuándo procede el recurso a la vía penal. Alejandro HUERGO LORA, «El delito y la falta de desobediencia y las relaciones entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 1, 2002, pp. 1-24 (la cita pertenece a la p. 14).

facultad de exclusión del titular del derecho de contenido patrimonial decae ante la potestad de inspección.

La justificación de que la autorización no se imponga para inspeccionar propiedad privada ajena al domicilio, podría fundamentarse en las finalidades perseguidas por el ejercicio de la potestad de inspección, alegándose que de someterse también a la previa autorización judicial en caso de propiedad privada, se verían gravemente perturbadas. Aunque ciertamente el ejercicio de la inspección reviste unos caracteres especiales, tan encomiables me parecen los fines que la inspección persigue como aquellos que se pretenden alcanzar por medio de la ejecución forzosa, de modo que tan justificado —o injustificado, a mi entender— debería ser que, cuando la Administración recurre a la coacción para materializar su voluntad, se imponga la autorización para acceder a la propiedad privada tanto si es para ejecutar forzosamente un acto administrativo, por ejemplo, sancionador, como para materializar coactivamente una inspección.

Podría entenderse el distinto régimen al que se acaba de aludir si, al igual que en la ejecución forzosa, la autorización para penetrar en el espacio sujeto a inspección debiese obtenerse exclusivamente después de requerir al administrado y constatar su oposición a la entrada. En estos supuestos, el hecho de verse la Administración inspectora obligada a comunicar al administrado con antelación su intención de penetrar en la propiedad privada —y también en el domicilio— para constatar su negativa, sí sería en ocasiones un factor determinante que obstaría sus fines.

Sin embargo, la necesidad de que se realice el requerimiento previo y se constate la oposición puede venir excepcionada en el ejercicio de la funciones de inspección —como se verá a continuación—, de modo que la exclusión de la propiedad privada de los espacios inspeccionados sujetos a autorización no supone, en mi opinión, una ventaja comparativa para la consecución eficaz del fin de la inspección. No es este criterio suficiente para el establecimiento de un régimen tan alejado del de la ejecución forzosa. Es decir, si el éxito de la inspección no depende de la calificación del espacio como domicilio o propiedad privada, sino del hecho de que el factor sorpresivo de la inspección no sea truncado —y a ello ya se amolda la imposición de la autorización judicial de entrada en el marco de las inspecciones— ¿por qué toda ejecución forzosa de entrada en propiedad privada se somete a la autorización y la inspección no? O aún mejor, ¿por qué la inspección queda exenta de autorización judicial para acceder a la propiedad privada y la ejecución forzosa no?

No adivino motivación alguna que dé una respuesta satisfactoria a esta cuestión. Si el objeto del concurso del juez en su papel de autorizante es el de cohonestar el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración y los derechos e intereses del administrado, es menester reparar en que, precisamente en el procedimiento de ejecución forzosa, habitualmente precedido por un procedimiento declarativo previo, el administrado ha podido hacer valer y defender sus intereses con más ahínco y

efectividad que en cualquier otro procedimiento en el que la autotutela ejecutiva se ponga de manifiesto, como por ejemplo, en la inspección. Si el objeto de la autorización es velar por dicho equilibrio, parece que en el seno del ejercicio de la potestad de inspección —tan habitualmente abocada a la posterior incoación de un procedimiento sancionador— es donde más urgiría su mantenimiento por medio de mecanismos como la autorización judicial de entrada, especialmente enfocada al control del cumplimiento del principio de proporcionalidad por parte de la Administración. Equilibrio que sería exigible no solo en las inspecciones domiciliarias, sino en cualquier inspección con independencia de la calificación del espacio en la que se desarrollara. Es decir, en caso de estimarse conveniente la protección apriorística del derecho a la propiedad privada y otros derechos de carácter patrimonial, la autorización judicial de entrada se adecuaría más a supuestos de actuación coactiva de la Administración en los que el administrado goza de menores cauces procedimentales para defender sus derechos e intereses, supuesto en el que no suele encajar el procedimiento de ejecución forzosa.

a) El especial supuesto de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte.

La Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte (en adelante, LOPSLDD), tiene en cuenta también la imposición de la autorización judicial de entrada en el seno de los procedimientos de inspección. Dada la particular técnica legislativa utilizada en este supuesto para poner en relación las funciones de inspección y la autorización judicial de entrada, a continuación se transcribe el apartado primero del artículo 39 de dicha Ley orgánica, dedicado a regular el ejercicio de la potestad de inspección.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado sexto del artículo 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en los casos en que sea aplicable, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los Servicios de Inspección Sanitaria del Estado así como los órganos de las Comunidades Autónomas que tengan atribuida la competencia, el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por su propia iniciativa o a instancia de la Agencia Estatal Antidopaje, podrán inspeccionar los botiquines y demás instrumentos que permitan custodiar o albergar los productos y sustancias susceptibles de dar positivo en un control de dopaje.

Como se aprecia, el principal objeto del artículo 39 de la LOPSLDD es reconocer a los sujetos que se mencionan la facultad para inspeccionar «botiquines y demás instrumentos que permitan custodiar o albergar los productos y sustancias susceptibles de dar positivo en un control de dopaje». Ahora bien, la conjunción de dicha facultad

con la autorización judicial de entrada no queda en absoluto bien definida por el precepto transcrito, dada la técnica mediante la cual el legislador se remite a la LRJCA.

La cuestión radica en esclarecer el significado del inciso inicial del precepto, que empieza con la manida expresión «sin perjuicio de» y acaba con una fórmula tan imprecisa como «cuando sea de aplicación», obviando el legislador especificar a cuál de los apartados del artículo 8.6 de la LRJCA se refiere¹⁵⁴. Teniendo en cuenta que la LOPSLDD fue aprobada en el año 2006, entonces el artículo 8.6 de la LRJCA contenía únicamente los que hoy son sus dos primeros apartados; por un lado, el primero referido a la ejecución forzosa de actos administrativos, por el otro, el segundo atinente a las medidas sanitarias urgentes y necesarias para la salud pública. El art. 8.6 no contenía entonces, ni contiene ahora, previsión alguna que ponga en relación la autorización judicial de entrada y el ejercicio de la potestad de inspección de forma genérica. Así las cosas, si se interpreta literalmente el artículo 39 de la LOPSLDD, acontece que el artículo 8.6 de la LRJCA no resultará en ningún caso «de aplicación», al no encajar la actividad inspectora llevada a cabo en ninguno de los supuestos que se recogen.

La confusa técnica empleada por el legislador obliga de nuevo al intérprete a deducir cuál es la *voluntas legislatoris* subyacente en el mencionado precepto. Parece entonces que en este contexto es acertado interpretar que lo que subyace es la voluntad de cohonestar el derecho a la inviolabilidad de domicilio con la actuación inspectora en materia de control del dopaje, de modo que si algún precepto normativo requiere ser tenido en cuenta, este es el artículo 18.2 de la CE —sin perjuicio de que el juez competente para autorizar dicha entrada domiciliar sea el juez de lo contencioso-administrativo en virtud de la remisión al art. 8.6 de la LRJCA.

Así pues, es lógico presumir que la finalidad de la previsión normativa que se comenta es ante todo la de recoger la facultad de inspección de los botiquines y, junto a esta, la de tutelar la inviolabilidad domiciliaria de los sujetos inspeccionados, en tanto que dichos botiquines u otros instrumentos análogos podrán hallarse en espacios considerados domicilios; pienso, en especial, en las habitaciones de hotel u otros espacios residenciales en los que se alojan los deportistas durante las competiciones. Así, debe considerarse que la norma impone la intervención del juez de lo contencioso-administrativo cuando, al objeto de inspeccionar «los botiquines y demás instrumentos que permitan custodiar o albergar los productos y sustancias susceptibles de dar positivo en un control de dopaje», sea preciso que la Administración ingrese en un espacio constitutivo de un domicilio constitucionalmente protegido. En línea con lo anterior, a mi juicio, debe quedar descartada la interpretación según la cual aquello que se somete a la autorización judicial es la inspección del botiquín en sí; es decir, el acceso al contenido de los botiquines u otros instrumentos similares. Ello, a la luz del tenor

¹⁵⁴ En el desarrollo reglamentario de la LOPSLDD llevado a cabo por el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, no se hace alusión alguna a la inspección de botiquines y la autorización judicial.

literal del precepto, así como de la definición de domicilio inviolable prestada por el TC. Asimismo, puede traerse en este sentido a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo que niega que en un buzón de correos¹⁵⁵, una taquilla¹⁵⁶ o un bolso de equipaje¹⁵⁷ —elementos todos ellos similares a un botiquín¹⁵⁸— pueda desarrollarse de forma autónoma tal derecho.

Para concluir con este breve epígrafe, baste destacar de nuevo la falta de pulcritud del legislador a la hora de regular la institución de la autorización judicial de entrada, colocando tanto a la Administración actuante como a la jurisdicción en disyuntivas interpretativas derivadas no de la dificultad intrínseca a la tarea de aplicar el Derecho, sino de la parquedad normativa en relación con la autorización judicial de entrada. Situación que se perpetúa en el art. 57 del Proyecto de Ley orgánica de Protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, presentado a mediados de julio de 2012, y que es copia idéntica del actual art. 39 de la LOPSLDD en lo relativo a la remisión a la LRJCA y la autorización de entrada¹⁵⁹.

B. La inspección y su condición de actuación sorpresiva. La posibilidad de recabar la autorización no solo ante la oposición del administrado o en defecto de su consentimiento, sino ante el riesgo de oposición.

Como se ha aludido anteriormente, otra de las características que particularizan la autorización en el supuesto de actuaciones inspectoras es que, para no frustrar la finalidad de la inspección, es un criterio jurisprudencial ya consolidado que el juez de lo contencioso-administrativo pueda autorizar la entrada sin que previamente la Administración haya solicitado al administrado el acceso al espacio en cuestión —domicilio o propiedad privada— y, por lo tanto, no conste si el administrado consiente o se opone a la misma¹⁶⁰. En el supuesto de la inspección, el juez podrá juzgar adecuado conceder la autorización judicial de entrada simplemente ante el riesgo de oposición¹⁶¹.

¹⁵⁵ Véase la STS 777/2008, de 18 de noviembre (RJ 2009/2809).

¹⁵⁶ En este sentido, véanse las SSTS 2503/2001, de 26 de diciembre (RJ 2002/2034); 1049/2000, de 9 de junio (RJ 2000/4730); 1454/1999, de 8 de octubre (RJ 1999/8915); 55/1995, de 26 de enero (RJ 1995/78).

¹⁵⁷ STS 344/2003, de 6 de marzo (RJ 2003/2555).

¹⁵⁸ Se refiere explícitamente a un botiquín la SAP de Castellón (Sección 2ª) 17/2001, de 27 de octubre (JUR 2002/9029), sobre el registro en un bar donde se hallaron bolsas de droga dentro de un botiquín.

¹⁵⁹ Puede consultarse el Proyecto en el BOCG, Serie A, núm. 41-1, de 15 de marzo de 2013.

¹⁶⁰ Este requisito, en cambio, es inexcusable cuando la solicitud de autorización se impetra para ejecutar forzosamente un acto administrativo. En este caso, debe la Administración haber requerido o intentado requerir al administrado. Como ejemplo, la STSJ de Madrid 2096/2008, de 5 de diciembre (RJCA 2009/319), en la que se revoca la autorización concedida en instancia por no haberse acreditado que el administrado se opone a la entrada.

¹⁶¹ Esta peculiaridad del régimen de imposición de la autorización en el ejercicio de funciones inspectoras sí es del todo lógica, teniendo en cuenta que, de exigirse la previa oposición del administrado para poder la Administración obtener la correspondiente autorización, se eliminaría el factor sorpresivo y

El auto del Tribunal Constitucional 129/1990, de 26 de marzo, fue el que abogó en primer lugar por esta postura¹⁶². En dicho pronunciamiento el recurrente denunciaba, entre otros, la conculcación del derecho a la inviolabilidad del domicilio por haber solicitado la Administración tributaria la autorización de entrada directamente, sin requerir anteriormente su consentimiento para acceder al domicilio. Ante dicha alegación, el Tribunal argumenta en contra en atención al siguiente razonamiento (FJ 6.º):

Sostener, como hace el demandante de amparo, que el requerimiento y la negativa del interesado son condición necesaria de la eficacia habilitante de la resolución judicial y de su mismo pronunciamiento sería tanto como mantener que el auto de entrada y registro sólo surte tales efectos, y únicamente puede ser dictado contra el consentimiento del interesado, pero no en defecto del mismo. (...) esta interpretación (...) podría comprometer indefinidamente la actuación de la Inspección de los Tributos en aquellos casos, por otra parte nada difíciles de imaginar, en que no pudiera requerirse expresamente al interesado y no pudiera tenerse constancia de su negativa por causas incluso imputables a su conducta.

Lo que el TC pretende poner de manifiesto es que, la exigencia de que las entradas domiciliarias vengan acompañadas del consentimiento del titular o de la autorización judicial de entrada, no tiene el objeto de establecer una relación de subsidiariedad entre ambas, sino la de asegurar que no se tenga «por permitida la entrada domiciliaria sin que sea realmente consentida por el titular» (FJ 6.º). Es decir, la Administración puede solicitar la autorización judicial de entrada tanto en contra del consentimiento del titular como en su defecto, de modo que no tiene por qué ser en todo caso posterior y subsidiaria a la oposición del administrado. Esto no sólo puede ser de aplicación en el caso de la inspección, sino que no serán pocos los supuestos en los que la Administración pretenda ejecutar forzosamente un acto administrativo pero la notificación y el previo apercibimiento no hayan podido notificarse personalmente, acudiendo a la publicación como forma de publicidad, y que, en el momento de la ejecución material tampoco el administrado haya puesto de manifiesto oposición alguna. Es en estos casos cuando la Administración puede impetrar el auxilio judicial en defecto del consentimiento del titular, aunque estrictamente exista una ausencia tanto de consentimiento como de oposición del titular. En todo caso, es el juez quien debe ponderar si, en estas ocasiones, procede conceder la autorización judicial de entrada.

daría lugar a que el administrado pudiera frustrar, ahora sí, el fin perseguido por la inspección. Como ya enunciaba el Real Decreto de 9 de marzo de 1872, de Reforma del Cuerpo de Inspectores de Hacienda, «la inspección, para que produzca sus efectos, ha de ser un acto siempre esperado y nunca previsto, que llega, corrige y desaparece para reaparecer de nuevo al cado del tiempo, sin período ni personas físicas». Texto citado por Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.*, p. 333.

¹⁶² ATC 129/1990, de 26 de marzo (RTC 1990/129).

La anterior argumentación, pues, no es justificación suficiente para que en los supuestos de inspección, la Administración pueda obtener la autorización ya no en defecto de consentimiento del administrado, sino sin requerir previamente al administrado. Por ello, el TC en el FJ 7.º, sigue concretando el significado de su posicionamiento en relación con las actuaciones de inspección. Según el Tribunal:

[L]a eficacia de la actuación de la Administración Tributaria —que es uno de los principios a que debe responder la actuación de la Administración Tributaria (art. 103.1 de la Constitución)— podría frustrarse injustificadamente, si la investigación de la Inspección de Tributos, que precisamente pretendió (...) personarse sin previo aviso, hubiera de aplazarse aun estando provista de una autorización judicial, hasta la constancia formal de la denegación del consentimiento del titular del domicilio, que éste podría postergar *sine die* o dificultar en extremo; o, cabe añadir ahora, si fuesen inexcusables dos personaciones de la Inspección, una de requerimiento y, sólo tras la negativa en ésta del titular del domicilio, otra con autorización judicial.

Así pues, lo que realmente se excepciona en ocasión de las inspecciones no es la constatación de la oposición del administrado o la falta de oposición, sino el requerimiento previo, sin el cual no podrá haber, lógicamente, ni oposición ni consentimiento —expreso o presunto—, más que el que se manifieste en el momento mismo de la personación de la inspección. Y de hecho, así lo declara el TC al afirmar que «atendiendo a la circunstancias de cada caso, que el Juez debe ponderar (...), pued[e] autorizarse la entrada en el domicilio *sin previo aviso de su titular*» (FJ 6.º). El criterio del Tribunal Constitucional en este sentido ha sido respaldado por la mayoría de la jurisprudencia de los TSJ¹⁶³, del mismo modo que la doctrina se adherido a ella¹⁶⁴, y la legislación ha acabado por institucionalizar una fórmula que recoge todo lo anterior, al ordenar la imposición de la autorización no sólo ante la oposición del administrado o en defecto de la misma, sino también ante el riesgo de oposición¹⁶⁵.

¹⁶³ Entre otras, véanse la STSJ de Cataluña 365/2006, de 6 de abril (JT 2007/24); STSJ de Castilla-La Mancha 61/2007, de 9 de marzo (JUR 2007/215611); STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de noviembre de 2007 (JUR 2008/56833); STSJ de Valencia 1054/2009, de 19 de julio (JUR 2009/375094).

¹⁶⁴ Entre otros, Iñaki AGIRREAZKUENAGA, «La coacción administrativa directa en el ámbito de la inspección de tributos. Límites en el acceso a locales a inspeccionar», en *REDA*, núm. 69, 1992, pp. 58-59; José María MACÍAS CASTAÑO, *op. cit.*, p. 514; Pedro José GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *La inviolabilidad de domicilio, cit.*, p. 197; Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 231-236.

¹⁶⁵ Así se plasma en el artículo 40.4 de la LDC, el cual establece que «[s]i la empresa o asociación de empresas se opusieran a una inspección ordenada por el Director de Investigación o existiese el riesgo de tal oposición (...), previsión que se ha trasladado de forma idéntica al artículo 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA.

No obstante lo anterior, cabe tener en cuenta que no toda la actuación inspectora exigirá en el mismo grado el factor sorpresivo, de modo que en aquellos supuestos en los que no concurren circunstancias o motivos suficientes que justifiquen la inmediatez de inspección —esencialmente, evitar que se frustre la consecución del fin que persigue—, debe seguir exigiéndose a la Administración inspectora que respete el requisito de requerir previamente al administrado su consentimiento para proceder a la inspección¹⁶⁶. De lo contrario, los Juzgados de lo contencioso-administrativo podrían verse sumidos en una avalancha de peticiones de autorizaciones de entrada, siendo algunas de ellas innecesarias porque si se hubiese intentado la inspección, quizás el administrado se habría sometido voluntariamente a la misma.

En relación con la necesidad de que en ocasiones la inspección revista un carácter sorpresivo, cabe tener en cuenta otro extremo. Y es que no serán pocos los supuestos en que resulte difícil, si no imposible, juzgar apriorísticamente si el espacio sobre el que debe recaer la inspección se trata efectivamente de un domicilio constitucionalmente protegido. Ello acontece especialmente en el caso de la inspección de instalaciones de personas jurídicas ya que, dada la acotación espacial realizada por el TC en orden a determinar los espacios de las personas jurídicas protegidos por el derecho a la inviolabilidad del domicilio, este extremo puede ser difícilmente valorable sin que previamente se haya penetrado en el espacio en cuestión¹⁶⁷. Lo mismo puede llegar a plantearse en relación con los locales de negocio y, especialmente, en determinados negocios en los que, tras el acceso, la Administración constata que el mismo local o parte de este sirve como domicilio de los titulares o empleados del negocio. Ante estos supuestos, cabría plantear la posibilidad de que la Administración pudiera recabar y obtener la autorización judicial de entrada aun faltando un requisito indispensable en el resto de supuestos: que el espacio sobre el que se dirige la actuación inspectora constituya un domicilio constitucionalmente protegido.

En estas situaciones, de nuevo debe el ámbito de cognición del juez alcanzar la valoración de este extremo. Ante la *duda razonable* de que el espacio en cuestión, aun no aparentando externamente ser constitutivo de domicilio, pueda serlo o hacer sus veces,

¹⁶⁶ Véase la STSJ de Cataluña 1229/2009, de 10 de diciembre (RJCA 2010/353), en la que se ventila un recurso frente a la denegación del juez de instancia de una autorización, solicitada por la Comisión Nacional de la Competencia (art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA), fundada en la falta de motivación suficiente de la necesidad de que la inspección sea sorpresiva. El TSJ estima el recurso porque entiende, en cambio, que sí existe justificación para autorizar dicha inspección aun faltando la oposición y sin dar audiencia a la empresa afectada. En sentido idéntico, la STSJ de Andalucía (Granada) 3366/2011, de 12 de diciembre (JUR 2012/58835).

¹⁶⁷ Recuérdesse la STC 137/1985, de 17 de octubre (RTC 1985/137) y, especialmente, la STC 69/1999, de 1 de junio (RTC 1999/69), en la que el Tribunal determina que constituyen el domicilio de las personas jurídicas aquellos espacios «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 al conocimiento de terceros».

corresponde que el juez expida la autorización apriorísticamente y no solo después de constatar la Administración que el espacio es realmente un domicilio. Con ello, se consigue que la inspección siga reuniendo la característica de sorpresiva —y así no se frustrate su finalidad— y que, en caso de accederse efectivamente a un domicilio, si su titular se opone a la entrada, pueda la Administración respaldar la legalidad de su actuación y no vulnerar el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliar merced a la correspondiente autorización.

C. El contenido de la resolución judicial que autoriza la entrada para el ejercicio de las funciones de inspección.

En otro orden de cosas, es preciso destacar que las aportaciones de la jurisprudencia constitucional en relación con la autorización judicial de entrada en el marco de la inspección van más allá de las destacadas hasta ahora. Es menester hacer hincapié en la incidencia de la jurisprudencia constitucional en lo tocante al contenido de la resolución judicial que autoriza la entrada para la inspección. En este sentido, de nuevo la jurisprudencia constitucional compara el ejercicio de la potestad inspectora con la fase de la instrucción sumarial de los procesos penales, de modo que la LECrim. deviene en fuente de inspiración para establecer cuál debe ser el contenido del auto que permita la entrada e inspección.

Son de destacar dos pronunciamientos constitucionales en este sentido. En primer lugar, la STC 50/1995, de 23 de febrero, al ser primer pronunciamiento que sentó doctrina al respecto, la cual se ha mantenido prácticamente inalterada hasta hoy; en segundo lugar, la STC 66/1999, de 26 de abril de 1999, que puso de manifiesto la especificidad que reviste la actuación inspectora y que justifica una mayor exigencia en el contenido de la autorización judicial.

Según los antecedentes de hecho expuestos en la STC 50/1995, una de las alegaciones en las que se fundamentaba la petición de amparo recaía precisamente en la desproporcionalidad de la resolución que autorizó la entrada y posterior inspección del domicilio del recurrente «por no limitar temporalmente la vigencia de la autorización concedida ni identificar tampoco el número de funcionarios habilitados para efectuar la entrada y registro»¹⁶⁸. El Tribunal Constitucional condensa en el FJ 7.º del pronunciamiento sus argumentos, que se desglosan a continuación. Acude en primer lugar a la jurisprudencia del TEDH para recordar las exigencias que este impone para el caso de las inspecciones domiciliarias, y se refiere inmediatamente a continuación a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el referente legislativo al que el TC acude por analogía, tal como ya se ha visto. En especial debe tenerse en cuenta aquí el artículo 558 de la LECrim., según el cual:

¹⁶⁸ STC 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995/50), antecedente 1.º.

El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar.

A partir del precepto transcrito, el TC establece cuál debe ser el contenido de la resolución que en sede de inspección autorice una entrada y que se divide en tres contenidos específicos: el subjetivo, el espacial y el temporal. El subjetivo se refiere a la identificación de los agentes o personas que se autoriza para que efectúen la entrada, en todo caso debiendo constar su número o, de ser imposible, limitarse su número máximo. El elemento espacial, se refiere a la correcta identificación de los espacios que se van a someter a la inspección. Por último, el temporal alude a la concreción del día o días en los que se realizará la inspección o, a caso fuera ello de difícil determinación, al establecimiento de un límite máximo, pudiendo en todo caso la Administración solicitar su prórroga posteriormente.

La exigencia de que la resolución de autorización contenga esta información redundante en último término en la proporcionalidad de la entrada y en la garantía de que la restricción del derecho se produzca sin más limitaciones que las estrictamente necesarias para la consecución del fin perseguido por la Administración. Se garantiza así que el apoderamiento a la Administración para acceder al espacio en cuestión no sea una autorización en blanco, que pueda generar actuaciones arbitrarias y desproporcionadas. La correcta determinación y concreción de los elementos antes descritos ajustan la entrada a lo que estrictamente necesario para la consecución del fin perseguido; se garantiza igualmente que la entrada e inspección en los términos establecidos, se correspondan con la medida menos restrictiva del derecho afectado a juicio del juzgador; y, en último término, se asegura la proporcionalidad en sentido estricto de la injerencia en el domicilio o en la propiedad privada, si ese fuera el caso. Es decir, se cumplen los tres criterios de proporcionalidad exigidos por reiterada jurisprudencia constitucional, requisito que constituye uno de los pilares sobre los que el juez de lo contencioso-administrativo sustenta la cognición de las peticiones de entrada¹⁶⁹.

De lo contrario, como afirma el Tribunal Constitucional, se configuraría «de alguna manera una suspensión individualizada de este derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio» y se apoderaría a la Administración «delegando tácitamente en sus agentes la adopción de decisiones sobre aspectos esenciales de la medida restrictiva que

¹⁶⁹ Se profundizará en ello en el Capítulo IV, lo cual no obsta que aquí deba hacerse referencia a este extremo en tanto que es un elemento que particulariza la autorización judicial de entrada en sede de inspección. Sobre el específico contenido de la resolución judicial que autoriza una entrada en el marco de la actuación inspectora: Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, 2007, pp. 276-283; Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.*, pp. 304-308; José María ROJÍ BUQUERAS, *op. cit.*, pp. 656 y ss.

son privativos e irrenunciables del propio Juez, como guardián de las libertades ciudadanas»¹⁷⁰.

Así pues, con la relación pormenorizada de los anteriores contenidos, el juez establece una serie de «medidas o cautelas»¹⁷¹ o «cautelas y circunstancias»¹⁷² con las que se garantiza que las condiciones de proporcionalidad serán cumplidas en la ejecución de la inspección, evitándose posibles excesos, de modo que no será vulnerado el derecho implicado.

La sentencia referenciada incide igualmente en la necesidad de que en las anteriores dimensiones del contenido del auto, se ajuste el juez de turno a aquello que la Administración haya solicitado, de modo que, si la petición se extiende a dos días — como era el caso— no puede en la resolución constar un apoderamiento ilimitado o superior, porque incurriría en una *«plus petitio»*. Por otro lado, también alude el TC a la «obligación de comunicar al Juez el resultado de la entrada y reconocimiento en el domicilio, dación de cuenta imprescindible para que aquél pueda cumplir con plenitud su función de garantía y corregir, en su caso, los excesos». Obligación ésta que contempla la LECrim. en su artículo 572 en el que se explicitan los elementos que constarán en la diligencia de entrada¹⁷³. En este caso, puede entenderse que la inspección deberá remitir al juez el acta de inspección o diligencia en la que consten los aspectos relevantes a efectos de respeto al derecho protegido por la autorización judicial, especialmente aquellos relativos a los imperativos impuestos en la resolución que autorizó la entrada.

También en la STC 69/1999, de 1 de junio, alegaba el recurrente que las resoluciones judiciales que autorizaron la entrada para ejecutar una sanción vulneraron el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de una persona jurídica «por cuanto en ellas no se especificaron “día, objeto y circunstancias para llevar a cabo la entrada así como ejecutarse del modo menos gravoso para el destinatario”. Conclusión que se asienta en la reproducción prácticamente íntegra del fundamento jurídico 7.º de nuestra STC 50/1995»¹⁷⁴. Es decir, pretende el recurrente en este supuesto extender los requisitos impuestos en la STC 50/1995 en ocasión de la ejecución de un acto administrativo resolutorio, dictado en un procedimiento sancionador. El TC, sin embargo, desestima el recurso de amparo, en tanto que según el parecer de los magistrados: «La STC 50/1995 —en la que basa su queja la recurrente— es ciertamente más detallada en las condiciones explicitadas —fundamento jurídico 7.º,

¹⁷⁰ STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7.º (RTC 1995/50).

¹⁷¹ Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 278.

¹⁷² Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.*, p. 304.

¹⁷³ El artículo 572 de la LECrim. establece lo siguiente: «En la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, se expresarán los nombres del Juez, o de su delegado, que la practique y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que se hubiese principiado y concluido la diligencia, y la relación del registro por el orden con que se haga, así como los resultados obtenidos».

¹⁷⁴ STC 69/1999, de 1 de junio (RTC 1999/69), FJ 1.º.

en particular—, pero recuérdese que las exigencias que expone se refieren a una inspección —no mera entrada— en el domicilio de una persona física —núcleo esencial de la protección constitucional—, y todo ello a efectos tributarios —y con una eventual trascendencia penal—, (...); cualquier similitud, como se ve, con el supuesto que nos ocupa debe descartarse»¹⁷⁵. Y para confirmar lo anterior, culmina la sentencia afirmando que «[l]a mera trasposición mecánica de condiciones de detalle pensadas y formuladas para supuestos del todo distintos al aquí examinado, único fundamento de la queja que examinamos, no puede arrojar otra consecuencia que su rechazo en esta sede»¹⁷⁶. Esta graduación de la intensidad del control judicial no solo opera a efectos de la actividad administrativa que subsigue a la entrada, sino que también se establece en atención al espacio objeto de la entrada y a la titularidad. Es decir, se graduará en función de si se trata de domicilio o propiedad privada; y, en caso de ser un domicilio, si pertenece este a una persona física o a una jurídica.

Junto al elemento espacial, temporal y subjetivo, considera la doctrina que es preciso añadir un cuarto, el finalista, para que el juicio de proporcionalidad sea el adecuado¹⁷⁷. Este cuarto elemento, cautela o circunstancia se incorpora en el juicio de proporcionalidad de las entradas autorizadas en sede de inspección con más fuerza que en el resto de supuestos de actividad ejecutiva de la Administración, en tanto que en el supuesto de las resoluciones que autorizan la entrada de la inspección, la penetración o acceso en el espacio no cumplen el fin mismo de la actuación administrativa, sino que el fin consistirá, por ejemplo, en la obtención de unos determinados datos o informaciones o en la comprobación de las condiciones de unas instalaciones. Así, aquello que debe juzgarse proporcional en la concesión de la autorización, no es tanto la entrada para ejecutar la inspección, sino la inspección para la obtención de los datos, la comprobación de unas instalaciones o la averiguación de la comisión de un ilícito. De lo cual depende, evidentemente, la proporcionalidad de la entrada.

Buena muestra de ello en el caso de la inspección, en concreto la tributaria, es la exigencia jurisprudencial de acreditarse de un modo objetivo la necesidad de la inspección. Especialmente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se manifiesta en esta línea. Como ejemplo, sirva la sentencia del TSJ de Cataluña 939/2007, de 27 de septiembre, en la que el Tribunal valora que «la “necesidad” a la que se refiere el precepto [el art. 113 de la LGT] no puede predicarse, sin más, de la inclusión en el plan de inspección y de la redundante afirmación de peligro de destrucción de la documentación». Lo que con ello desea conseguir el mencionado TSJ es evitar la arbitrariedad en las inspecciones: «No puede pretender la Administración tributaria (...) efectuar inspecciones genéricas a la búsqueda de documentos o pruebas inculpatorias y ha de someter su actuación, estrictamente, al principio de

¹⁷⁵ STC 69/1999, de 1 de junio (RTC 1999/69), FJ 5.º.

¹⁷⁶ STC 69/1999, de 1 de junio (RTC 1999/69), FJ 5.º.

¹⁷⁷ En este sentido, Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 281; Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.*, pp. 306-307.

proporcionalidad de la medida de acceso al domicilio. En consecuencia, únicamente cuando se persiga, en un supuesto concreto, un presunto ilícito, que ha de quedar detallado, cabrá la solicitud». De nuevo, la inspiración de estas afirmaciones las halla el Tribunal catalán en la LECrim., en concreto en su artículo 546, según el cual el juez puede decretar la entrada «cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación»¹⁷⁸.

La jurisprudencia refuerza desde esta perspectiva la exigencia de proporcionalidad de la entrada en el domicilio o en la propiedad privada, pero aquello que el juez deberá valorar no es la proporcionalidad de la entrada y el fin que se persigue, que en este caso sería la realización de la inspección por medio de la personación y entrada de los inspectores en un determinado espacio; sino la proporcionalidad de la inspección con el fin de esta, ya sea la averiguación de un ilícito ya cualquier otra. En último término, pues, la resolución judicial fundamenta la autorización de la entrada, en la proporcionalidad de la inspección. Esta modulación de la valoración de la proporcionalidad de la entrada y de la inspección con el fin que persigue, se posibilita en el ámbito tributario en virtud de la asimilación de la inspección administrativa a aquella efectuada en el marco de los sumarios penales, tal como justifica el TSJ. Debe observarse, no obstante, que esta ampliación del ámbito de cognición del juez contencioso-administrativo altera la tarea inicialmente encomendada a la jurisdicción en sede de autorización de entrada, a la que se proscribía el juicio de legalidad de la decisión administrativa cuya ejecución lleva aparejada la autorización. En todo caso, la misma no debería extenderse más allá del ámbito de la inspección, ya que el juicio de proporcionalidad que se exige debe recaer, según la jurisprudencia constitucional, respecto de la entrada con el fin que esta persigue —es decir, si la entrada es un medio proporcional para proceder, por ejemplo, al precinto de una maquinaria, a la demolición de una construcción ilegal o ruinoso o a la aprehensión de unos bienes embargados que se hallan en un domicilio; pero no sobre la proporcionalidad del precinto, de la demolición o del embargo. De lo contrario, la función del juez de lo contencioso-administrativo se convertiría en un juicio valorativo de la proporcionalidad de la decisión administrativa en sí misma considerada; es decir, devendría en definitiva en un juicio de oportunidad de la decisión administrativa.

VII. COACCIÓN DIRECTA Y AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA: SU DIFÍCIL CONJUGACIÓN.

¹⁷⁸ STSJ de Cataluña 939/2007, de 27 de septiembre (JT 2008/252), FJ 3.º. Siguiendo la estela de la resolución comentada en el texto, las SSTSJ de Cataluña 92/2007 de 1 de febrero (JT 2008/302); 526/2007, de 14 de mayo (JUR 2007/269381); 1009/2007, de 11 de octubre (JT 2008/263); 1296/2007, de 13 de diciembre (JUR 2008/71977); 313/2012, de 22 marzo, FJ 3.º (JT 2012\442). Resume la doctrina del Tribunal la sentencia núm. 523/2012, de 14 de mayo, FJ 3.º (JUR 2012\223982).

Queda, en último lugar, ocuparnos de la coacción directa como otra de las clásicas manifestaciones de la autotutela ejecutiva de la Administración¹⁷⁹. AGIRREAZKUENAGA define la coacción administrativa directa como «el empleo de la fuerza en el desarrollo de funciones administrativas, motivada por una situación de urgencia, que legitima la acción inmediata con fundamento en una decisión no procedimentalizada, la cual, en todo caso, se encuentra sometida al principio de legalidad y guiada por los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad»¹⁸⁰. Como se ve, la definición propuesta por AGIRREAZKUENAGA aglutina todos los elementos identificativos de la coacción administrativa directa. Se trata, de un lado, del recurso por parte de la Administración a la fuerza, a la coacción, con el fin de llevar al plano material una previa decisión o acto administrativo que carece de apariencia formal y procedimentalización previa; es decir, no media un procedimiento declarativo y su posterior procedimiento ejecutivo, sino que tanto la decisión administrativa como su ejecución son inmediatas. De otro, se contextualizan los supuestos en los que la Administración podrá recurrir a dicho instrumento coactivo restringiéndose así el empleo de la coacción directa a las situaciones de urgencia, siempre y cuando la ley contemple este recurso. Y, en último término, se relacionan las condiciones de empleo de la coacción, a saber: el sometimiento a los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad.

El estudio de la coacción directa sigue esencialmente los dictados de Otto MAYER que acota a tres supuestos los casos en los que la Administración recurre a dicho modo ejecutivo, supeditados esencialmente a la finalidad que persigue la actuación administrativa. De un lado, la autodefensa administrativa; del otro, el impedimento por la fuerza de hechos punibles y de infracciones administrativas de orden público y, por último, el estado de necesidad administrativo¹⁸¹. Rebasa el objeto de este trabajo el estudio de la coacción directa en toda su amplitud, por lo que este breve excurso se dirigirá a aquellos elementos de la configuración de la coacción administrativa directa en lo tocante a la autorización judicial de entrada, en tanto que el recurso a la coacción directa por parte de la Administración reúne todos los presupuestos para que se active

¹⁷⁹ El estudio de la coacción administrativa directa, sin embargo, no suele sistematizarse desde la perspectiva aquí expuesta, es decir, como manifestación de la autotutela ejecutiva, sino que normalmente se somete a análisis conjuntamente con la actividad de policía de la Administración, al ser la coacción directa una de las habituales formas de manifestación de dicha actividad. El enfoque que aquí se toma, el de la coacción como manifestación o exteriorización de la autotutela ejecutiva, se debe también a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y a Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, *cit.*, pp. 803-816, que parten de la conceptualización elaborada por OTTO MAYER.

¹⁸⁰ Iñaki AGIRREAZKUENAGA, «La coacción administrativa directa en el ámbito de la inspección de tributos. Límites en el acceso a locales a inspeccionar», en *REDA*, núm. 69, 1992, p. 45. Esta misma definición es la que el autor propone en su obra *La coacción administrativa directa*, *cit.*, p. 423, en la que además desarrolla y profundiza en el estudio de todos los elementos que la integran (en especial pp. 211 y ss.).

¹⁸¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y a Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, *cit.*, pp. 803-816; José Luis CARRO, «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», en *REDA*, núm. 15, 1977, pp. 605-628; Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, *cit.*, pp. 35-56.

el mecanismo autorizador cuando el administrado se resista u oponga a dicha fuerza coactiva¹⁸².

Es preciso, en primer lugar, advertir la ausencia en la legislación española de una regulación frontal de dicha institución, similar, por ejemplo, a la que la LRJAPyPAC perfila en torno a la ejecución forzosa¹⁸³. Es comprensible en este sentido, pues, que la legislación que ordena la autorización judicial de entrada —esencialmente la LOPJ, la LRJCA y la LRJAPyPAC— prescinda también de referirse a la coacción directa como supuesto de manifestación de la autotutela ejecutiva habilitante de la intervención judicial. Ello, sin embargo, no implica que deba prescindirse de la autorización judicial de entrada cuando la Administración recurre a la coacción directa, en concreto cuando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio pueda verse afectado por la actuación administrativa. En este contexto es claro que, ante el silencio de la legislación ordinaria, impera también el mandato del artículo 18.2 de la Constitución que impone las ya conocidas cautelas respecto de la afectación de la inviolabilidad domiciliaria, en concreto, la necesaria resolución judicial para acceder al domicilio cuando falte el consentimiento del titular o no concurra la flagrancia delictiva.

No obstante, dadas las especiales características que reviste el recurso a la coacción directa, la ordenación de la autorización judicial de entrada para ingresar en el domicilio constitucionalmente protegido no se dibuja de forma lineal en este contexto. El extremo que condiciona la anterior afirmación es la proximidad entre el concepto de

¹⁸² Puede parecer inapropiado asociar al uso de la coacción directa a la oposición del administrado, en el sentido de que la inmediatez de la coacción directa se activa en cualquier caso con independencia del elemento volitivo del administrado. Sin embargo, la inmediatez de la coacción administrativa directa justifica más que en cualquier otra ocasión tener en consideración la posición volitiva del administrado, en tanto que el hecho de que la Administración prescinda de ella sin otorgar al administrado la posibilidad de manifestarla, supone tanto la falta de consentimiento como la falta de su requerimiento, elementos que como ya se ha manifestado en epígrafes precedentes, presuponen la intervención judicial autorizadora.

¹⁸³ Así de expresivamente lo pone de manifiesto, Iñaki AGIRREAZKUENAGA: «Si lo que buscamos son fórmulas concretas, determinaciones serias y precisas, sobre la caracterización de la fuerza en la legislación española, es seguro que no las vamos a encontrar», Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., p. 213.

Debe acudir a la legislación especial para hallar de forma concreta la previsión de que la Administración recurra a la coacción directa. Especialmente relevantes en este ámbito son la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS) y la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOSC), por estar la coacción directa especialmente imbricada con las actuaciones policiales. Junto a las anteriores, merece también destacarse la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (LOAES), que también autorizan el recurso a la coacción directa. Igualmente, debe citarse la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en cuyo art. 21.1.m) se contempla la posibilidad de que el Alcalde recurra a la coacción directa. Junto a las anteriores, debe tenerse en cuenta la gran variedad de legislación especial que recoge la posibilidad de que bien mediante órdenes, medidas u otros instrumentos la Administración se sirva de la coacción directa para la consecución del fin público correspondiente.

urgencia —que acompaña en todo caso el uso de la coacción directa¹⁸⁴— y el concepto de necesidad —que constituye uno de los supuestos en los que el derecho a la inviolabilidad del domicilio puede ser legítimamente afectado sin vicio de ilegalidad. Dada la proximidad entre los referidos conceptos, es menester acotar sus contornos y evitar que uno y otro se superpongan para la justa protección del derecho fundamental aludido ya que, mientras que el recurso a la coacción directa en los casos de urgencia requerirá en todo caso la autorización judicial para penetrar en el domicilio, cuando concurra un estado de necesidad, la entrada será legítima sin autorización alguna. La importancia de la distinción estriba así en la exigencia o no de la autorización judicial para acceder al domicilio constitucionalmente protegido.

1. DISTINCIÓN ENTRE LA SITUACIÓN DE URGENCIA Y EL ESTADO DE NECESIDAD.

Como se recordará, el artículo 18.2 de la CE solo excepciona en tres supuestos la sacralidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio, a saber: ante el delito flagrante, la concurrencia de una resolución judicial y, evidentemente, cuando el titular presta su consentimiento a la entrada. Junto a las anteriores, sin embargo, existen otros supuestos en los que el derecho fundamental podrá ser legítimamente limitado. Así ante la declaración del estado de excepción y de sitio —no en el de alarma¹⁸⁵—, se justifica la posibilidad de suspensión de dicho derecho fundamental en virtud del artículo 55.1 de la Constitución¹⁸⁶. Igualmente el artículo 55.2 recoge la posibilidad de que la inviolabilidad domiciliar sea suspendida «de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario», si así lo prevé una ley orgánica «en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas»¹⁸⁷. Junto a los anteriores límites o excepciones —

¹⁸⁴ Así lo pone de manifiesto Iñaki AGIRREAZKUENAGA, al afirmar que «[e]xiste una línea de continuidad constante e invariable en la doctrina comparada tanto clásica como actual a la hora de caracterizar la coacción directa, y esa línea viene trazada por la urgencia». Caracterización de la que no escapa la coacción directa en el marco de la actuación administrativa española. Otorga este autor a la urgencia la condición de «habilitante interna de la coacción directa». Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., p. 261.

¹⁸⁵ El art. 11.c) de la LOAES, prevé la posibilidad de intervenir en distintos espacios, pero excluye específicamente el domicilio, en los siguientes términos: «Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fabricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados».

¹⁸⁶ Junto al artículo 55.1, son de obligada referencia el artículo 116 de la CE, así como la LOAES. La referida ley orgánica recoge el supuesto concreto de suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el artículo 17.1 en relación con el estado de excepción. Dicho artículo prevé lo siguiente: «Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo 18.2, de la Constitución, la Autoridad Gubernativa podrá disponer inspecciones y registros domiciliarios si lo considera necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público». Por su parte, en relación con el estado de sitio, el artículo 32.2 de la mencionada ley orgánica, se remite a la suspensión de derechos reconocida para los estados de alarma y excepción, añadiendo también la suspensión del artículo 17.3 de la CE.

¹⁸⁷ El desarrollo legislativo del artículo 53.2 no ha sido nada pacífico. Empezó con la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, sobre medidas en relación con los delitos cometidos por grupos

todos ellos previstos en la norma fundamental— existe un último supuesto en el que la inviolabilidad del domicilio podrá verse afectada sin que se incurra en vulneración del derecho fundamental, a saber, cuando se dé una situación o estado de necesidad.

A pesar de que la situación de necesidad no haya sido consignada en el texto constitucional como excepción a la incolumidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, es comúnmente aceptada como tal, pues no tendría ningún sentido que la entrada realizada para sofocar un incendio o auxiliar a un suicida implicara la vulneración del derecho fundamental. Estos mismos ejemplos fueron los utilizados por el senador Lorenzo Martín-Retortillo para justificar la adición en el texto del artículo 18.2 de este nuevo supuesto de excepción del derecho fundamental. La propuesta de enmienda era la siguiente: «Por ley orgánica podrá autorizarse con carácter excepcional el acceso al domicilio por estrictas razones de auxilio a la vida, sanitarias o de calamidad»¹⁸⁸. La propuesta de enmienda finalmente no prosperó,

organizados y armados, para pasar a regularse posteriormente en la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, junto con la Ley 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículos del Código Penal y el de Justicia Militar. Siguieron la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución y, muy recientemente, la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales.

Todas estas leyes han operado las correspondientes modificaciones en la legislación, especialmente en el Código Penal y la LECrim., para dotar a la persecución del terrorismo de los instrumentos más adecuados. Del marco normativo resultante, interesa especialmente destacar el artículo 553 de la LECrim. según el cual: «Los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de *excepcional o urgente necesidad*, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis [referido a bandas armadas y terroristas], cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido». A pesar de que el artículo se refiera a los casos de «excepcional o urgente necesidad» es preciso tener en cuenta que la finalidad de la entrada es la detención de los sujetos integrantes de una banda armada o terrorista, lo cual escapa de los estados de necesidad referidos en el texto.

Sobre la suspensión individual de los derechos fundamentales, pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras: Eduardo VÍRGALA FORURIA, «La suspensión de derechos por terrorismo en el Derecho español», en *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994, pp. 61-132; María Dolores MARTÍNEZ CUEVAS, *Suspensión individual de derechos fundamentales: un instrumento de defensa de la Constitución de 1978*, Comares, 2002; Pedro J. TENORIO SÁNCHEZ, «Constitución y legislación antiterrorista», en *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, 2008, pp. 551-605; Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ, «De la suspensión de los derechos y libertades (art. 55)», en María Emilia CASAS BAAMONDE y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Las Rozas, Fundación Wolters Kluwer, 2008, pp. 1.201-1.220.

¹⁸⁸ Puede consultarse la intervención del senador en el Diario de Sesiones del Senado, núm. 43, 24 de agosto de 1978, pp. 1.842-1.843, así como los comentarios que añade al respecto en *Materiales para una Constitución: los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado*, Madrid, AKAL, 1984, pp. 100-108.

aunque la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana sí recogió en su artículo 21.3, en relación con la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, el estado de necesidad como supuesto legitimador del ingreso en un domicilio, en los siguientes términos:

Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad.

La LOPSC recoge así el testigo del senador Martín-Retortillo, aunque el precepto esté en concreto previsto únicamente para las actuaciones de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, lo cual deja formalmente fuera del ámbito subjetivo, por ejemplo, el cuerpo de bomberos o personal médico y sanitario, servidores de la Administración con el deber de intervenir en ocasiones como las descritas en el artículo 21.3 de la LOPSC¹⁸⁹. Al margen de los sujetos incluidos o excluidos, interesa aquí destacar del precepto glosado, de un lado, la definición que presta del estado de necesidad y, de otro, su expresa conceptualización como presupuesto legitimador de la penetración en el domicilio constitucionalmente protegido. Esta especificidad del artículo 21.3, justifica que sea esta la definición de «estado de necesidad» sobre la que se sustentará este discurso, al margen de que puedan articularse definiciones de carácter abstracto sobre el mismo concepto.

De la positivización del concepto de «necesidad» en la LOPSC se desprenden las siguientes características, que en definitiva servirán al fin de diferenciarlo del concepto de «urgencia». En primer lugar, el estado o situación de necesidad consiste en una

¹⁸⁹ Es claro que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad no serán los únicos servidores públicos con el deber de actuar ante este tipo de situaciones. Especialmente encaja en estos supuestos la actuación de los servicios sanitarios y el cuerpo de bomberos, obligados al acceso a domicilios para poder cumplir con la principal de sus funciones, la prevención y extinción de incendios (Por poner algún ejemplo: Ley 5/1994, de 4 de mayo, de regulación de los servicios de prevención y extinción de incendios y de salvamentos de Cataluña, artículo 13.1.a); el artículo 14 del Decreto Legislativo 1/2006, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley por la que se regulan los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos de la Comunidad de Madrid; entre otras).

Repara también en esta exclusión formal Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., p. 229, que incluye también a los bomberos como «órganos habilitados para el uso de la fuerza». Sin embargo, es preciso tener en cuenta que en la mayoría de actuaciones de este calibre que emprenden tanto los servicios sanitarios como los bomberos, suele darse la participación, acompañamiento o ayuda de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, de modo que formalmente se cubre la exclusión del artículo 23.1 de la LOPSC. Ahora bien, en caso de que la actuación no sea conjunta, si como dice AGIRREAZKUENAGA los cuerpos de bomberos e incluso los servicios sanitarios de emergencia están autorizados para recurrir a la coacción, en mi opinión, debe entenderse también que su actuación puede quedar amparada bajo la previsión del artículo 21.3 de la LOFCS.

situación anómala o excepcional¹⁹⁰, que desborda los cauces de lo común y habitual, por lo que permite activar mecanismos extraordinarios de actuación de la Administración como la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido sin que ello constituya vulneración del mismo. En segundo lugar, el estado o situación de necesidad concurre ante la producción de un peligro grave e inminente. Es decir, cuando se produce un estado o situación de necesidad, de la mera observación de la realidad fáctica se infiere que con toda probabilidad se derivarán daños de carácter personal o patrimonial —«a las personas y a las cosas»— caracterizándose, además, dichos perjuicios como graves e inminentes, requisitos que deben concurrir simultáneamente. De la gravedad e inminencia del peligro se deriva, en tercer lugar, el carácter, no solo urgente, sino extremo de la situación de necesidad. De este modo, la urgencia en su máximo extremo deviene en una cualidad intrínseca al estado de necesidad que legitima la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido. Y, en cuarto y último lugar, el estado de necesidad va siempre anudado a un elemento teleológico: la finalidad de evitar la producción de daños materiales y personales graves e inminentes.

La concurrencia de los anteriores elementos legitima a la Administración para penetrar en el domicilio constitucionalmente protegido, pero el que mayor impronta aporta es sin duda el teleológico. En cierto sentido, la consecución del fin, justifica aquí los medios y especialmente los efectos perniciosos que de ello se derivan. Es la evitación de un mal mayor lo que justifica así una actuación que en cualquier otro contexto constituiría una conculcación del derecho fundamental.

Estrechamente vinculado al concepto de necesidad, discurre el de urgencia. La urgencia suele asociarse a la coacción directa por su marcado contenido de carácter temporal. Implica la urgencia inmediatez, característica definitoria de la coacción administrativa directa, en tanto que entre la decisión y la ejecución no media procedimiento ni acto formal, sino que decisión y ejecución son simultáneas o inmediatas, sin que se dé oportunidad al destinatario de la decisión administrativa para que la cumpla voluntariamente. Sin embargo, es evidente que no solo la inmediatez caracteriza a la urgencia, sino que junto al elemento temporal debe concurrir un elemento causal que justifique o genere dicha urgencia¹⁹¹. Así, la urgencia, normalmente se sustentará en una determinada necesidad. Ya la necesidad de autodefensa de la Administración, ya la necesidad de evitar la comisión o continuación de un delito, una falta o una infracción administrativa que alteren el orden público, ya la necesidad de responder ante las

¹⁹⁰ En estos términos se refería Lorenzo Martín-Retortillo al estado de necesidad, en su intervención en el Senado para defender la enmienda comentada. Diario de Sesiones del Senado, núm. 43, 24 de agosto de 1978, pp. 1.842-1.843.

¹⁹¹ De hecho, el Diccionario de la Real Academia Española define la urgencia, más allá de como «[c]ualidad de urgente», como «[n]ecesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio». Téngase también en cuenta el parentesco del concepto con el de «urgir», que se define como «[p]edir o exigir algo con urgencia o apremio» o «[c]onducir o empujar a alguien a una rápida actuación»

llamadas «situaciones de estado de necesidad»¹⁹² o «estado de necesidad administrativo»¹⁹³. Es decir, la urgencia no puede en ningún caso desvincularse de la necesidad de responder a un fin, fin que en el marco de la actuación de la Administración deberá en todo caso consistir en la satisfacción de un interés público. El hecho es que si la consecución del fin público no se ejecuta con urgencia, desaparecerá la posibilidad de lograrlo eficazmente.

En el marco doctrinal español, Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO dio cuenta tempranamente de la importancia de la urgencia en el Derecho administrativo, incidiendo especialmente en los peligros derivados del abuso de la institución¹⁹⁴. Advertía CLAVERO ARÉVALO que el elemento determinante de la urgencia es «el factor tiempo» como «elemento constitutivo de la finalidad de la Administración»¹⁹⁵. Es decir, para la consecución eficaz del fin perseguido por la Administración, no procede encauzar la actuación administrativa por la vía ordinaria, por lo que se activan distintos mecanismos de urgencia. El mencionado autor repara también en la diferencia entre la urgencia y el estado de necesidad, calificando este último como «estado excepcional», al igual que la urgencia, pero que reviste los caracteres de «angustioso», «inminencia» e «improrrogabilidad» de los cuales suele carecer la urgencia¹⁹⁶, y que justifican que en situaciones de necesidad la actuación de la Administración sea más enérgica y rigurosa que en los casos de urgencia¹⁹⁷.

Iñaki AGIRREAZKUENAGA distingue también entre la urgencia y la necesidad, destacando como elemento diferenciador que «la urgencia aparece como una categoría de la necesidad, la necesidad de actuar inmediatamente», de modo que la necesidad puede ser o no urgente, mientras que «una acción no será urgente si previamente no es necesaria»¹⁹⁸. Diferenciada la urgencia del concepto de necesidad y otros, acaba por definir la primera en atención a cuatro elementos o características. Según el mencionado autor, la urgencia es una noción circunstancial que depende de los hechos que acontezcan en la realidad fáctica; la urgencia depende de la existencia de un peligro inminente con el que mantiene una relación directamente proporcional: a mayor peligro, mayor urgencia; igualmente la urgencia va indefectiblemente asociada al

¹⁹² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, *cit.*, pp. 811-814.

¹⁹³ José Luís CARRO, «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», en REDA, núm. 15, 1977, p. pp. 605-628. Páginas 8 y 9 de la versión digitalizada del documento.

¹⁹⁴ Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO, «Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo», en *RAP*, núm. 10, 1953, pp. 25-52.

¹⁹⁵ Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO, *op. cit.*, p. 33.

¹⁹⁶ Sorprende que CLAVERO ARÉVALO considere que la urgencia puede venir desprovista del carácter de inminencia e improrrogabilidad, cuando suele caracterizarse precisamente por ser acuciante, inaplazable, apremiante, impostergable, etc. Ha reparado en ello Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Madrid, Civitas, 1996, p. 69.

¹⁹⁷ Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO, *op. cit.*, pp. 50-52.

¹⁹⁸ Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, *cit.*, p. 326.

tiempo y obliga a una actuación inmediata; y, en último término, la urgencia se anuda siempre a un elemento finalista, es decir, está teleológicamente orientada¹⁹⁹.

Según el parecer de Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, «el concepto de urgencia es más reducido (...) que el de necesidad». En opinión de este autor, la situación de necesidad se genera con independencia de elementos cualitativos y temporales específicos, a pesar de que si estos concurren se modula el concepto de necesidad. Por el contrario, la urgencia va indefectiblemente asociada a factores temporales, siendo igualmente indiferente a los cualitativos. Es decir, la concurrencia de la urgencia no exige que exista una situación de gravedad, sino simplemente que se requiera una actuación inmediata. Define, en fin, la urgencia como «“la necesidad de actuar con rapidez o celeridad” en orden a la realización de un objetivo que, por otro lado, no puede ser demorado, no puede esperar y todo ello con independencia de que la situación fáctica que provoca la actuación de estos poderes esté caracterizada o no por el componente de la gravedad»²⁰⁰.

Si bien el concepto de necesidad que maneja ÁLVAREZ GARCÍA en el pasaje comentado es un concepto amplio o, como él mismo califica, «elemental», que difiere sensiblemente de aquel que la LOPSC diseña para legitimar el ingreso en el domicilio constitucionalmente protegido, sí es del todo acertada —en mi opinión— la definición que aporta del concepto de urgencia. Sin duda, la urgencia en el Derecho administrativo no va siempre asociada a la gravedad, sino que puede ir simplemente anudada al logro de un fin público cuya consecución eficaz exige la inmediatez y premura, pero no por ello está orientada a la paliación de una situación de gravedad. Ejemplo de ello son muchas de las medidas provisionálísimas, provisionales y cautelares que la Administración puede ejecutar de modo inmediato, es decir, por la vía de la coacción directa, sin que con ello se pretenda hacer frente a una situación de gravedad. Sin embargo, sí se pone de manifiesto que el factor tiempo, como advierte ÁLVAREZ GARCÍA, aunado a la consecución eficaz de un determinado fin legítima que se prescinda de el procedimiento de ejecución ordinario, la ejecución forzosa, y se acuda a la coacción administrativa directa²⁰¹. No obstante, la urgencia también puede ir aunada a una situación de gravedad, ante lo cual, concurrirá entonces una situación de *urgente necesidad* de paliar dicha situación de gravedad. Estos serán los supuestos conflictivos en

¹⁹⁹ Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, cit., pp. 329-332.

²⁰⁰ Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 73.

²⁰¹ Sirva de ejemplo el artículo 9.2, párrafo segundo, de la Ley 34/1987, de 26 de diciembre, de potestad sancionadora de la Administración pública en materia de juegos de suerte, envite o azar, que prevé que «[l]os agentes de la autoridad, en el momento de levantar acta por dicha infracción, podrán adoptar las medidas cautelares a que se refiere el párrafo anterior, [cierre inmediato de establecimientos e incautación de materiales] así como proceder al precintado y depósito de las máquinas y demás material o elementos de juego. (...)». Como se ve, la urgencia e inmediatez de la actuación administrativa no viene determinada por situación de gravedad alguna, sino simplemente por el hecho de incumplimiento de la normativa atinente como la organización de la práctica de juegos sin la autorización requerida.

que los límites de los conceptos de «urgencia» y «necesidad» más difusamente se manifestarán.

Sin embargo, el concepto de necesidad que maneja la LOPSC —y que es el que aquí interesa en tanto que legitima la entrada en un domicilio constitucionalmente protegido— incorpora determinados elementos que la caracterizan y diferencian radicalmente de la mera urgencia. En primer lugar, debe destacarse la situación de gravedad como elemento fáctico que genera la necesidad. En segundo lugar, se acumula a la gravedad la creación de un peligro inminente de producción de daños. Y, en tercer lugar, la necesidad de que estos daños sean de carácter personal o patrimonial. El conjunto acumulativo de estas atribuciones sobre el concepto «elemental» de necesidad al que se refería ÁLVAREZ GARCÍA, condicionarán al cabo que la actuación administrativa pueda incluir el ingreso en un domicilio constitucionalmente protegido sin que de ello se derive necesariamente la conculcación del mismo.

Como ya se ha comentado anteriormente, Iñaki AGIRREAZKUENAGA asocia la coacción administrativa directa a la urgencia, es decir a la inmediatez de la actuación administrativa. Ya se ha insistido en que la urgencia no tiene porqué responder a una situación de gravedad; ahora bien, cabe precisar que esta misma urgencia podrá en no pocas ocasiones derivarse o provenir de una situación de necesidad que revista las condiciones de la definición de estado de necesidad del artículo 21.3 de la LOPSC. Así lo constató ya Otto MAYER, que describió como uno de los supuestos que legitiman la coacción administrativa directa los estados de necesidad administrativos. En relación con este tema, GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ prestan atención entre otros aspectos a la finalidad que pretende conseguir la Administración con su actuación coactiva directa frente a los estados de necesidad y distinguen esencialmente entre la protección de la comunidad en su conjunto preservando el orden público, de un lado²⁰² y, de otro, la protección de las personas —y sus bienes, cabe añadir— de forma individual²⁰³. No es en este último supuesto una cuestión de orden público la que activa tal poder coactivo de la Administración, sino como advierten los mencionados autores «la superioridad de los valores humanos más elementales y profundos, la fraternidad de los humanos ante la vida sobre la formalidad de las competencias, los procedimientos y la legalidad en el uso de los poderes públicos». Precisamente, el concepto de necesidad que recoge la LOPSC en su artículo 21.3, encaja perfectamente

²⁰² Encajarían aquí los estados de necesidad así formalmente declarados como el estado de alarma, excepción y sitio, en los que la actuación administrativa se dirige a paliar situaciones generales, en un amplio marco espacial: la seguridad de los ciudadanos, la integridad de los bienes públicos y privados, etc. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, *cit.*, p. 812.

²⁰³ Sería el caso, según los mencionados autores de actuaciones ante «calamidades públicas» y ante el «riesgo inminente de la vida de una sola persona», supuesto que advierten que «no está previsto en nuestra legislación», aunque en mi opinión el artículo 21.3 de la LOFCS incorpora sin duda esta previsión. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, *cit.*, p. 813.

con esta configuración de los estados de necesidad administrativos que describen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ.

En relación con el especial efecto que surte la producción de un estado de necesidad de estas características en la configuración de las excepciones o límites al derecho a la inviolabilidad del domicilio, es menester traer a colación la observación de Luís CARRO, según quien —glosando a MAYER—, es preciso que en estas ocasiones «la utilización directa de la coacción [sea] la existencia de una desproporción entre el daño que la actuación administrativa causa al afectado y el mal que con ello evita»²⁰⁴. Es decir, el mal que pretende evitarse debe ser superior en todo caso al daño infligido²⁰⁵. Esta es en último término, a mi entender, la justificación definitiva de la legitimidad de la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido ante un estado de necesidad, de modo que devendrá en una nueva pieza que, a pesar de no incorporarse explícitamente en la definición que presta la LOPSC, debe tenerse muy en cuenta por la Administración actuante en el momento de valorar si los hechos y circunstancias del momento constituyen una situación de necesidad tal que legitime la incursión en el domicilio.

En fin, estos serán los elementos que permitirán distinguir aquellos supuestos en los que la coacción administrativa podrá dirigirse legítimamente al domicilio constitucionalmente protegido de aquellos otros en los que a pesar de la urgencia e incluso de la necesidad, la coacción deberá en todo caso acompañarse de la preceptiva autorización judicial, por no poder subsumirse bajo la previsión del artículo 21.3 de la LOPSC.

2. ALGUNAS PECULIARIDADES DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN EL MARCO DE LA COACCIÓN DIRECTA.

Establecida la delimitación entre los conceptos de urgencia y necesidad, procede ahora centrar el discurso en las peculiaridades que puede llegar a revestir la intervención del juez de lo contencioso-administrativo ante la coacción administrativa directa. Dado que la característica perenne de la coacción administrativa es la urgencia, la imperiosa

²⁰⁴ José Luís CARRO, «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», en REDA, núm. 15, 1977, pp. 605-628. La cita pertenece a la p. 8 de la versión digitalizada del documento.

²⁰⁵ Se adivina en esta precisión la clara inspiración penalista, rama del Derecho de la que se toma prestada la figura del estado de necesidad para trasladarla al Derecho administrativo. Recuérdese que el Código Penal recoge en su artículo 20.5 el estado de necesidad como causa eximente de responsabilidad penal, pero esta eximente puede entenderse también como causa justificante; es decir, como causa legitimadora de la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. En atención a este artículo: «El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse». Como se ve, el primero de los requisitos es la relación entre el mal causado y el mal a evitar.

premura para ejecutar la decisión administrativa, es preciso preguntarse si la intervención judicial autorizante puede suponer un obstáculo que ralentice la consecución del fin perseguido y, por tanto, su eficacia. En este sentido, cuando la LOPJ otorgó inicialmente esta competencia a la jurisdicción penal, algún autor se aventuró a destacar la ventaja que suponía frente a otros órdenes jurisdiccionales el hecho de que el juez penal estuviera disponible sin limitación temporal por medio de los juzgados de guardia²⁰⁶, pues ante los supuestos urgentes de coacción directa, la disponibilidad del juez penal de guardia suponía sin duda una ventaja comparativa respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa, que no se incluía en dicho servicio.

Actualmente, en virtud del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales²⁰⁷, el servicio de guardia puede atender también determinados asuntos pertenecientes a la jurisdicción contencioso-administrativa, entre los que se incluye la autorización de entrada según prevé el art. 8.6 de la LRJCA. En concreto, es el artículo 42.5 del mencionado reglamento el que disciplina la competencia del servicio de guardia en materia de autorización de entrada. Con esta nueva previsión competencial se contribuye a superar el entorpecimiento de la eficacia exigida en la

²⁰⁶ Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Madrid, EDER-SA, 1986, p. 98.

²⁰⁷ El mencionado reglamento fue aprobado por Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Ello no obstante, es menester tener en cuenta que la redacción original del artículo 42.5 del mencionado Reglamento, la cual se transcribe a continuación, no coincidía con la actual. El texto del precepto era el siguiente:

El Juez que en cada circunscripción judicial desempeñe el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de aquellas actuaciones urgentes que el artículo 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, atribuye a los Jueces Decanos, así como las de igual naturaleza propias de la oficina del Registro Civil y las que asigna a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo el segundo párrafo del apartado sexto del artículo 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, siempre y cuando las mismas sean inaplazables y se susciten fuera de las horas de audiencia del órgano a que estuvieren encomendados tales cometidos. Realizada que sea la intervención procedente, se trasladará lo actuado al órgano competente o a la oficina de reparto, en su caso.

Como se ve, originariamente solamente las peticiones recogidas en el artículo 8.6 párrafo segundo de la LRJCA —de autorización o ratificación de la adopción de medidas urgentes y necesarias en materia de salud pública— podían ser asumidas en sustitución por el juez en funciones de guardia, seguramente porque se consideró que estas actuaciones eran las únicas sometidas a autorización judicial que podían venir revestidas de la suficiente urgencia para ser asumidas por los jueces en funciones de guardia.

Sin embargo, el CGPJ cambió de tercio ya que dicho precepto fue modificado por el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 28 de noviembre de 2007 (vigente desde el 1 de enero de 2008), dándole la actual redacción que incluye todas las autorizaciones competencia los jueces de lo contencioso-administrativo en virtud del artículo 8.6 de la LRJCA, no solo las del apartado segundo.

actuación administrativa que en los supuestos de urgencia puede implicar la intervención de un órgano judicial con una disponibilidad limitada en el tiempo²⁰⁸.

Ello no obstante, aun contando con la competencia en esta materia del servicio de guardia, no puede obviarse que en más de una ocasión frente aquella actuación administrativa que exige llevarse al plano material por medio de la coacción directa, el mecanismo de la previa autorización judicial de entrada resulte en todo caso contraproducente frente a la necesaria eficacia administrativa. Supuestos estos en los que cabría plantearse quizás la adecuación de que el control judicial se ejerciera a posteriori, a modo de ratificación. Sin duda, esta opción no puede plantearse en abstracto, sino que debe entenderse circunscrita a situaciones en las que el fin que persiga la actuación administrativa coactiva prevalezca en abstracto frente a la inviolabilidad domiciliaria, cuya incolumidad, no obstante, se vería salvaguarda por un control judicial posterior. De hecho, el legislador ya ha positivizado en un caso concreto esta situación, a saber, ante medidas sanitarias urgentes y necesarias para la protección de la salud pública, que según el artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA deberá el juez autorizar o ratificar. Se trata ciertamente este de un tema que se mueve entre límites inciertos pues asoma aquí de nuevo el estado de necesidad como presupuesto habilitante de la coacción administrativa directa y sus límites con el concepto de urgencia.

Por último, no puede cerrarse este epígrafe dedicado a la coacción administrativa directa sin antes hacer alusión al papel que la autorización judicial de entrada está llamada a desempeñar en ocasión del recurso a la coacción directa por parte de la Administración. Por un lado, es preciso para mientes en la importancia de la figura de autorización, encauzada para la protección de los derechos e intereses de los administrados frente a los poderes de la Administración, frente a aquella actuación administrativa desprovista de un cauce procedimental que vele por el acierto de dicha actuación y que permita al administrado participar en la toma de decisiones y defender entretanto sus legítimos derechos e intereses. Se alza así en este contexto la autorización judicial de entrada como un mecanismo perfectamente orientado a velar por los derechos del administrado y, a su vez, —sin valorar bajo el prisma de parámetros de legalidad la actuación administrativa—, a poder hacer un juicio de apariencia de legalidad y especialmente de proporcionalidad, requisito que en todo caso debe orientar toda actuación administrativa ejercida por medio de la coacción directa.

Dicho ello, de nuevo se plantea el por qué de la exclusión de la propiedad privada frente a la coacción directa mientras que, en cambio, se incluye cuando la actuación administrativa viene procedimentalizada por la vía de la ejecución forzosa. Como ya se ha tenido ocasión de argumentar en el epígrafe dedicado a las medidas provisionales y

²⁰⁸ No se entra aquí en mayores consideraciones sobre la asunción por parte de los servicios de guardia de la competencia en sede de autorización judicial de entrada, pues ello se estudia en el Capítulo IV (véase el epígrafe II.1.E).

cautelares —al que me remito— falta en mi opinión un elemento que justifique la protección de la propiedad privada por medio del concurso judicial en los casos de ejecución forzosa y, a su vez, justifique la exclusión de la misma frente a la coacción directa.

CAPÍTULO IV

LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA COMO RESOLUCIÓN JUDICIAL

Como se recordará, los dos anteriores capítulos se han dedicado al estudio de los bienes jurídicos protegidos por la autorización judicial de entrada, de un lado y, del otro, a la actividad administrativa sometida a dicha autorización. El acercamiento a los anteriores elementos permite que se perfilen ya los contornos de la autorización y su encaje en el marco de la actividad administrativa, pero la comprensión global de esta institución no puede obviar la aproximación directa y frontal a esta peculiar resolución judicial que venimos llamando autorización judicial de entrada, a lo cual se destina este cuarto capítulo.

I. INTRODUCCIÓN.

La aproximación a la autorización de entrada como resolución judicial exige, de un lado, descender a los elementos de corte operativo tocantes a la misma en tanto que resolución judicial. En este sentido, resulta de especial relevancia la determinación del órgano judicial competente para expedir dicha autorización —cuestión, como se verá, sumamente controvertida a pesar de ser este un aspecto que en principio parece resolver la legislación—, así como los aspectos atinentes a su tramitación procedimental en sede judicial. De otro lado, exige asimismo la reflexión sobre su especial naturaleza, en tanto que resolución judicial enclavada firmemente en el seno de la actividad administrativa de ejecución, así como sobre su función de tutela apriorística del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y del derecho a la propiedad privada, que se concretará a través del especial poder de control reconocido al juez.

A todo ello se dedican las siguientes páginas con una ordenación sistemática que debe ahora justificarse pues, no se dará inicio a este capítulo estudiando la naturaleza y función de la autorización como sería de esperar, sino que ello se reserva para el final del mismo, pues en parte las claves para su determinación se desgranarán a partir de las cuestiones de orden competencial y procesal.

II. EL ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE: COMPETENCIA OBJETIVA, TERRITORIAL Y FUNCIONAL.

De existir algún elemento en torno a la autorización judicial de entrada no controvertido, este debería ser el relativo a los aspectos competenciales, pues los

pilares legislativos sobre los que se asienta esta institución, los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6 de la LRJCA, en tanto que contenidos en normas adjetivas, cumplen la función principal de determinar el orden jurisdiccional y el juez competente para resolver las peticiones de autorización de entrada. Sin embargo, tampoco en lo tocante a lo competencial la legislación resuelve todas las posibles incidencias satisfactoriamente, como se verá a continuación.

1. LA COMPETENCIA OBJETIVA Y LOS PROBLEMAS PARA SU DETERMINACIÓN EN ALGUNOS LOS SUPUESTOS CONFLICTIVOS.

Es ineludible dar comienzo a este epígrafe recordando que inicialmente el artículo 87.2 de la LOPJ atribuía la competencia para resolver sobre las peticiones de autorización judicial de entrada a los jueces de instrucción del orden penal. Como ya se ha comentado en capítulos precedentes, la mayoría de la doctrina se mostró por aquel entonces contraria a la atribución del conocimiento de las autorizaciones de entrada en sede administrativa a dicho orden jurisdiccional, alegando esencialmente el desconocimiento de los jueces de lo penal en materia jurídico-administrativa y la intromisión que ello suponía en las funciones contencioso-administrativas¹. El Tribunal Constitucional dio respuesta a las voces que en este sentido se manifestaban, a través de la sentencia 76/1992, de 14 de mayo, en la que se resolvieron dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respecto del artículo 87.2 de la LOPJ —actualmente 91.2 de la misma ley. La argumentación del Tribunal para defender la constitucionalidad de dicho artículo se sustentó en la conceptualización de la función del juez y de la autorización de entrada, circunscritas a garantizar la incolumidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y al margen de la legalidad de la actuación administrativa. Ello redundaba en el mantenimiento de la unidad de jurisdicción, en el respeto al derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y, en fin, en la negación de que dicha opción competencial supusiera una intromisión de la jurisdicción penal en los asuntos contencioso-administrativos².

Sin embargo, a pesar del apoyo del TC a la atribución competencial a favor de la jurisdicción penal, la competencia acabó por trasladarse a la jurisdicción contencioso-administrativa con la aprobación de la LRJCA en 1998 y la consiguiente modificación de la LOPJ, atribuyéndose en concreto a los juzgados de lo contencioso-administrativo. La asignación competencial se articula desde entonces —al margen del órgano del que emana el acto administrativo cuyo traslado el plano material requiere la autorización de entrada— por razón de la materia³.

¹ Al respecto, vid. el Capítulo I, epígrafe I.2.A.

² STC 76/1992, de 14 de mayo (RTC/1992/76). Véase en especial el fundamento jurídico 3.º.

³ Excepto, como se verá en el Capítulo VII, en relación con las autorizaciones del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, de las que conocen los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo.

Hasta aquí no se adivina ningún aspecto controvertido sobre la atribución de la competencia objetiva para conocer de las peticiones de autorización de entrada. Sin embargo, la práctica judicial no tardó en revelar la posibilidad de que el esquema inicialmente articulado pudiera quebrarse en determinadas ocasiones. En concreto, son dos supuestos los que generan la alteración del cuadro competencial articulado en por la legislación y a los que el Tribunal Constitucional ha intentado dar respuesta mediante dos sentencias de destacada importancia.

De un lado, mediante la STC 199/1998, pretende resolverse aquellas situaciones en las que la actuación administrativa para la cual se requiere la autorización ha sido recurrida y se ha solicitado la suspensión de su ejecutividad. Lo que se plantea en tal contexto es si el hecho de que un órgano judicial distinto de aquel que se está ocupando de la legalidad y la ejecutividad de la actuación administrativa conozca simultáneamente sobre la autorización judicial de entrada vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en tanto que se priva a dicho juez, el que enjuicia la legalidad y la ejecutividad de la actuación administrativa, del pleno conocimiento sobre la cuestión⁴.

Del otro lado, la STC 160/1999 pretende solventar el dilema planteado por la STC 22/1984 al exigir la autorización de entrada tanto en la ejecución de actos administrativos como en la ejecución de resoluciones judiciales. En los términos que se verán, el Tribunal dará un giro en su doctrina y distinguirá entre la ejecución de actos y la ejecución de sentencias, con determinadas derivaciones en relación con la autorización de entrada.

A. La sentencia del Tribunal Constitucional 199/1998, de 13 de octubre, y sus posibles interpretaciones.

Cuando la competencia en materia de autorización todavía estaba en manos de los jueces de instrucción, en la sentencia 199/1998, de 13 de octubre⁵, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la situación que se produce cuando el acto cuya ejecución exige la autorización judicial de entrada ha sido recurrido y está pendiente una medida cautelar de suspensión.

Parte de la importancia de esta sentencia radica en las múltiples interpretaciones que de ella han extraído tanto la doctrina científica como la jurisprudencial, lo cual ha acabado por conducir a pronunciamientos en sede de justicia ordinaria de lo más dispares en

⁴ Cabe precisar, para evitar cualquier confusión al respecto, que una de las cuestiones que se deriva de la aludida interferencia entre procesos judiciales, es si la misma se aprecia simplemente al interponer recurso contra la actuación administrativa o si junto al recurso debe asociarse la petición de una medida cautelar de suspensión para que se produzca dicha alteración competencial. Sin embargo, para simplificar la escritura del texto, de momento se obvia este matiz sobre el que más adelante se volverá con el debido detalle.

⁵ STC 199/1998, de 13 de octubre (RTC 1998/199).

torno al juez competente en materia autorizadora. Sin embargo, el alcance de la misma va, en mi opinión, mucho más allá de lo estrictamente competencial, pues supone, según se interprete, un punto de inflexión en la conceptualización de la naturaleza y función de la autorización judicial de entrada, así como de la potestad de autotutela administrativa. Por todo ello, es preciso diseccionar la aludida sentencia y las interpretaciones que de la misma se han desprendido.

a. Antecedentes, fundamentos de Derecho y fallo de la STC 199/1998, de 13 de octubre.

En la sentencia 199/1998, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE a resultas de la autorización que concedió el juzgado de instrucción de turno para proceder al desalojo y derribo de un inmueble expropiado. El recurrente fundamenta dicha vulneración en el hecho de que, cuando la Administración solicitó al juez de instrucción la autorización judicial de entrada, ya había sido interpuesto por las administradas un recurso contencioso-administrativo frente a la actuación administrativa expropiatoria y, junto a este, se había solicitado la suspensión del acto administrativo. Además, en el momento en el que la autorización fue concedida, estaban pendientes de resolución tanto el recurso contra la actuación administrativa, por un lado, como por otro, el recurso de casación referido a la solicitud de adopción de la medida cautelar de suspensión de la expropiación. Es decir, tanto la legalidad como la ejecutividad del acto estaban pendientes de resolución frente a la jurisdicción contencioso-administrativa en el momento en el que el juzgado de instrucción recibió la solicitud de entrada, cuando la autorizó, cuando desestimó el recurso de reforma interpuesto contra el auto de autorización y cuando la audiencia provincial desestimó el recurso de queja interpuesto contra la anterior resolución denegatoria del juzgado de instrucción.

En lo tocante a la argumentación jurídica, interesa en especial el FJ 2.º de la mencionada sentencia, en el que el Tribunal hace un breve repaso de la jurisprudencia constitucional más relevante acerca de la autorización judicial de entrada: la función atribuida al juez que autoriza la entrada, la distinción establecida a raíz de la STC 160/1990 entre la ejecución de actos administrativos y la ejecución de sentencias, el contenido del derecho fundamental, etc. Pero incide especialmente en la importancia de la ejecutividad del acto administrativo en relación con la autorización de entrada y con el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva. Partiendo de este último derecho fundamental, el Tribunal afirma al respecto lo siguiente:

Por imperativo del art. 24.1 CE la prestación de la tutela judicial ha de ser efectiva y ello obliga a que, cuando el órgano judicial competente se pronuncie sobre la ejecutividad o suspensión a él sometida, su decisión pueda llevarla a cabo, lo que impide que otros órganos del Estado, sean administrativos o sean de otro orden jurisdiccional distinto, resuelvan

previamente sobre tal pretensión, interfiriéndose de esa manera en el proceso judicial de que conoce el Tribunal competente y convirtiendo así en ilusoria e ineficaz la tutela que pudiera dispensar éste.

De ello el Tribunal infiere lógicamente lo siguiente:

Hasta que no se tome la decisión al respecto [sobre la ejecutividad o suspensión] por el Tribunal competente, el acto no puede ser ejecutado por la Administración, porque en tal hipótesis ésta se habría convertido en Juez (STC 78/1996) pero tampoco cabe la ejecución por otro órgano judicial distinto porque esta eventualidad impediría que aquel Tribunal, el competente, pudiera conceder eficazmente la tutela tal y como le impone el derecho fundamental (STC 76/1992).

Se incide hasta aquí, no en un aspecto competencial, sino de otra índole. Por un lado, vincula el TC implícitamente la «legalidad de la entrada en el domicilio»⁶ con la legalidad de la actividad administrativa, en tanto que si la actuación administrativa no viene revestida del carácter de ejecutiva no puede ser llevada al plano material, ya que de lo contrario se produciría una vía de hecho, además de la consiguiente vulneración del derecho protegido por la autorización de entrada. Por otro lado, el TC defiende explícitamente el derecho a la tutela judicial efectiva, por la vulneración que supondría que la Administración u otro órgano judicial ejecutaran el acto sobre el que pende un pronunciamiento judicial respecto de la ejecutividad del mismo.

Estas, sin embargo, no son consideraciones de nuevo corte pues ya en la STC 76/1992, de 14 de mayo⁷, el Tribunal lo ponía de manifiesto en los siguientes términos:

Estas son las funciones y el alcance del control que corresponde hacer a los Jueces de Instrucción en el ejercicio de la misión que les confiere el art. 87.2 de la LOPJ, control que de ningún modo puede interferir la potestad exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos respecto de los actos administrativos y que se extiende, no sólo a la revisión de la legalidad de estos actos sino también a su ejecutividad y, en su caso, a su suspensión.

De todo ello se desprende una importante consecuencia y es la de que quedan excluidos, por tanto, del ámbito del art. 87.2 de la LOPJ, como se deduce de dicho precepto, las entradas en domicilio y lugares a los que se refiere el artículo citado que sean consecuencia de la ejecución de Sentencias o resoluciones judiciales (STC 160/1991). De no ser así, se

⁶ Así es como se define en la STC 76/1992, de 14 de mayo (RTC 1992/76) la función del juez, entonces de instrucción, en el enjuiciamiento de la concesión de la autorización.

⁷ STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3.º *in fine* (RTC 1992/76). La cursiva es mía.

podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que, según hemos dicho, comprende también el derecho a someter la ejecutividad del acto administrativo a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre la suspensión (STC 66/1984), así como la garantía de la potestad jurisdiccional del Juez o Tribunal que en ese momento esté juzgando la ejecutividad del acto administrativo (art. 117.3 CE), y que, como se ha visto, ha de ser un órgano del orden judicial contencioso-administrativo, pues sólo a éstos compete el control de la legalidad del acto y de su ejecución o suspensión.

La importancia de la sentencia 199/1998 radica entonces en las consecuencias que el Tribunal Constitucional asocia a la pendencia de un incidente cautelar vinculado a un recurso, en el que se discute sobre la ejecutividad del acto. Consecuencias que se ponen de manifiesto en el siguiente fragmento del mismo FJ 2.º de la STC 199/1998:

(...) la razón fundamental por la que el art. 87.2 LOPJ *no era aplicable* a los casos en que estaba pendiente una decisión sobre la ejecutividad de un acto por los Tribunales Contencioso-Administrativos, estribaba en que —como ya se ha razonado— en caso contrario resultaría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto que este derecho implica que los referidos Tribunales se pronuncien acerca de tal pretensión.

Como se ve, según el Tribunal Constitucional, la falta de ejecutividad del acto administrativo derivada de la pendencia de la petición de suspensión del mismo comporta la no aplicabilidad del artículo 87.2 de la LOPJ. En qué consiste que dicho artículo no sea aplicable, lo pretende concretar el mismo Tribunal en el siguiente fragmento a modo de conclusión:

En consecuencia, una vez iniciado un proceso contencioso-administrativo en el que se discute sobre la legalidad y sobre la ejecución o suspensión de un acto administrativo, el supuesto ya no entra en el ámbito del art. 87.2 LOPJ, sino que es el órgano judicial del orden contencioso-administrativo el que sigue ostentando su potestad jurisdiccional sobre la cuestión y el obligado a otorgar su tutela efectiva, con lo que, en definitiva, es competente para acordar, en su caso, la ejecución sin necesidad de la autorización de entrada en domicilio contemplada en el art. 18.2 de la CE.

Poniendo fin a la anterior argumentación, el TC concedió el amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, puesto que la autorización concedida por el juzgado de instrucción supuso una *interferencia*, un *impedimento* «para que los Tribunales del orden contencioso-administrativo que conocían del asunto pudieran dispensar la tutela judicial efectiva en toda su extensión» y, a modo de colofón, reitera que, iniciado el proceso contencioso administrativo con anterioridad a la petición de autorización, el efecto que se desprende es el siguiente:

(...) quedaba fuera del art. 87.2 de la LOPJ el otorgamiento de la misma y se mantenía en manos de los Tribunales del orden contencioso-administrativo la resolución procedente, tanto en lo relativo a la cuestión de fondo planteada como en lo concerniente a la ejecución de la misma en los términos establecidos por el art. 104 de la Ley de la Jurisdicción» (FJ 3.º)⁸.

b. *Algunas de las posibles interpretaciones de la STC 199/1998, de 13 de octubre.*

La exégesis de los argumentos del Tribunal Constitucional —los más significativos de los cuales se han transcrito literalmente— vertida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia oscila entre extremos totalmente alejados entre sí a consecuencia, claro está, de la opacidad de algunas de las afirmaciones contenidas en la STC 199/1998 como, por ejemplo, cuando se afirma que el art. 87.2 de la LOPJ «no era aplicable» o que «quedaba fuera del art. 87.2 de la LOPJ el otorgamiento de la misma y se mantenía en manos de los Tribunales del orden contencioso-administrativo la *resolución procedente*», por poner solo algunos ejemplos. Opacidad que especialmente se da porque el Tribunal Constitucional no concreta en qué términos concurre la inoperancia del artículo 87.2 de la LOPJ, de lo cual se desprenden distintas posibilidades interpretativas de la referida sentencia.

En atención a la aludida opacidad es posible, por un lado, una interpretación conforme con la anterior jurisprudencia constitucional derivada esencialmente de la STC 160/1991, según la cual cabe distinguir entre la ejecución de actos administrativos y la ejecución de resoluciones judiciales, de modo que, interpuesto el recurso y estando pendiente una medida cautelar de suspensión, compete al juez que conozca del recurso en el que se discute la legalidad y la ejecutividad de la actuación administrativa por medio de la resolución judicial correspondiente otorgar a los bienes jurídicos protegidos por la autorización judicial de entrada la tutela oportuna. Es decir, no se aprecia un traslado competencial en sentido estricto, pues en definitiva se distingue de nuevo entre aquellos supuestos en los que se ejecuta un acto administrativo y aquellos en que se ejecuta una resolución judicial, siendo en el segundo de los supuestos competente el órgano judicial que ha emitido dicha decisión, no ya para autorizar la entrada por medio de una resolución específica, sino por medio de la resolución que resuelva el recurso al que se ha asociado la medida cautelar solicitada⁹. Es decir, el

⁸ La doctrina establecida en la STC 199/1998, de 13 de octubre, ha sido confirmada en las sentencias del Tribunal Constitucional 283/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000/283) y 92/2002 de 22 de abril (RTC 2002/92).

⁹ Véase en este sentido, Manuel PULIDO QUECEDO, «Ejecución de sentencia contencioso-administrativa y autorización judicial de entrada en domicilio», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 17, 1998 (Tribuna). Acceso a través de www.westlaw.es, referencia BIB 1998/1782.

artículo 87.2 de la LOPJ —actualmente el 8.6 de la LRJCA y 91.2 de la LOPJ— no es aplicable, porque en resumidas cuentas se trata de la ejecución de una resolución judicial que, como tal, enerva la necesidad de una autorización de entrada porque la sentencia ya vela por la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Por otro lado, cabe también la exégesis según la cual la STC 198/1999, de 13 de octubre, aporta una nueva clave en materia de autorización de entrada. Si anteriormente el TC ya había distinguido entre la ejecución de resoluciones judiciales y la ejecución de actos administrativos, ahora distingue aquellos supuestos en los que la actuación administrativa cuya ejecución requiere la autorización ha sido recurrida y junto al recurso se ha solicitado una medida cautelar de suspensión, en cuyo caso la competencia para conocer de las peticiones de autorización de entrada se traslada a manos del juez del que penda dicho recurso y medida cautelar de suspensión. Este es, sin duda, el camino exegético seguido por la mayor parte de la doctrina¹⁰ y también por un considerable grueso jurisprudencial de nuestros TSJ, sobre el cual volveremos en epígrafes posteriores.

Por último, cabe una interpretación extrema de la literalidad de la STC 199/1998, de 13 de octubre, y de las consecuencias derivadas de la *inaplicabilidad* del artículo 87.2 de la LOPJ —parafraseando las palabras del TC—, de la que algunos autores han dado cuenta¹¹, incluso adhiriéndose a la misma¹².

Según esta posible vía interpretativa, lo que en definitiva postula el Tribunal Constitucional en aras a la protección del derecho a la tutela judicial efectiva es un desapoderamiento de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración, pues una vez interpuesto un recurso y solicitada una medida de suspensión junto al mismo, la ejecución de la actuación administrativa puede llegar a trasladarse a manos del juez. Es posible inferir lo anterior cuando el Tribunal pone de manifiesto que, en supuestos como el descrito, el órgano jurisdiccional que conoce de la legalidad y ejecutividad de la actuación administrativa «en definitiva, es competente para acordar, en su caso, la ejecución *sin necesidad* de la autorización de entrada en domicilio contemplada en el art. 18.2 de la CE», o cuando afirma que se mantiene en las manos de dichos órganos

¹⁰ En este sentido, Alejandra FRÍAS LÓPEZ, «Las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 6, enero 2000; Francisco José SOSPEDRA NAVAS (Coord.), *Práctica del proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Civitas, 2002, p. 727; Pascual SALA SÁNCHEZ, Juan Antonio XIOL RÍOS, Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, *Jurisdicción y competencia en el proceso contencioso-administrativo*, Barcelona, Bosch, 2002, p. 901 a 904; José María MACÍAS CASTAÑO, «El desahucio administrativo: la problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 127, 2005, p. 512.

¹¹ Destacan Tomás QUINTANA LÓPEZ y Fernando IRURZUN MONTORO, como a continuación se verá.

¹² Este posicionamiento parece adoptar Diego CÓRDOBA CASTROVERDE, «Autorizaciones de entrada en domicilio en el orden contencioso-administrativo. Situación actual», en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, diciembre 2005, p. 3.

judiciales «la resolución precedente, tanto en lo relativo a la cuestión de fondo planteada como en lo concerniente a la ejecución de la misma en los términos establecidos por el art. 104 de la Ley de la Jurisdicción». Es decir, una vez interpuesto el recurso y solicitada la medida de suspensión, la cuestión no radica en que la Administración ejecute un acto administrativo con el auxilio judicial necesario para penetrar en determinados espacios mediante una autorización, sino que de las palabras del Tribunal se desprende que consiste en ejecutar una resolución judicial —fuere cual fuere su contenido— la cual supliría o acumularía la tutela exigible en materia de autorización de entrada. Con ello, el TC reconduce el supuesto de hecho que se le planteaba a la doctrina establecida en la STC 160/1991, de 18 de julio, según la cual, una vez recaída la sentencia judicial que decide sobre la legalidad y ejecutividad de la actuación administrativa, dicha resolución sirve a los efectos de autorización si para llevar a cabo su ejecución se requiriera la entrada en un domicilio u otro espacio protegido por la autorización judicial de entrada.

Pero con esta maniobra, a su vez, el TC desapodera a la Administración de la facultad de ejecutar sus propias decisiones una vez haya sido dictada por un juez la resolución correspondiente y —esto es lo más importante— dicha resolución no se refiere exclusivamente a un pronunciamiento sobre la legalidad de la actuación administrativa —lo cual sería acorde con lo establecido en la STC 160/1990—, sino incluso a la resolución en la que se deniegue la medida de suspensión y se confirme la ejecutividad del acto administrativo, de modo que la misma en este supuesto concreto se convertiría en un título judicial ejecutivo del acto administrativo¹³.

¹³ Algún TSJ ha dado cuenta de esta posible interpretación de la STC 199/1998, de 13 de octubre. Así, por ejemplo, el TSJ de Valencia en el FJ 5.º de su sentencia 1544/2004, de 4 de noviembre (JUR 2005/26086), ante la entrada realizada por un ayuntamiento en un domicilio sin la debida autorización advierte que la Administración debía haber solicitado dicha autorización, «sin que el auto dictado por dicho Juzgado en fecha 4 de abril de 2001 en el mencionado procedimiento judicial [el acto administrativo para cuya ejecución se hubiese tenido que solicitar la autorización había sido recurrido], que dispuso no haber lugar a acordar la suspensión cautelar del expresado Decreto de la Alcaldía, constituyera título habilitante adecuado para la práctica de la diligencia de entrada, pues aunque esto último pudiera deducirse de la lectura de algunas sentencias del Tribunal Constitucional —SSTC 160/1991 y 199/1998—, lo que estas sentencias hacían era vedar la intervención, al amparo del derogado art. 87.2 de la LOPJ, de los órganos de la jurisdicción penal una vez entablado un pleito Contencioso-Administrativo en el que se discutiera la legalidad o ejecutividad de un acto administrativo que implicase la entrada domiciliaria, para evitar que se produjera una interferencia de los Tribunales penales que impidiera a los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo dispensar al recurrente la tutela judicial efectiva requerida por el mismo».

Del mismo modo, Pilar GALINDO MORELL se plantea «si el auto en el que se deniega la suspensión puede considerarse resolución judicial suficiente para autorizar la entrada de la Administración», ante lo cual estima que la respuesta debe ser negativa «puesto que el auto denegatorio de la suspensión difícilmente contiene los requisitos y el contenido mínimo que debe exigirse para la autorización judicial de entrada». Pilar GALINDO MORELL, «La autorización judicial de entrada en el domicilio», *Cuadernos de derecho local*, núm. 2, 2003, p. 106.

A mi entender, dicha resolución judicial opera únicamente a modo de confirmación de la ejecutividad del acto administrativo de manera que el título ejecutivo sigue siendo el acto administrativo

En este sentido advierte IRURZUN MONTORO del alcance de la STC 198/1999. Según este autor, mediante este pronunciamiento el Tribunal ha precisado el concepto de entrada administrativa «diciendo que desde el momento que exista un recurso contencioso-administrativo, y desde el momento en que en ese recurso contencioso-administrativo se haya solicitado la suspensión de la ejecución del acto impugnado, aunque la Sala no haya resuelto todavía sobre la suspensión, pierde toda la competencia sobre la ejecución del acto la propia Administración, y por tanto, no puede acudir la Administración a solicitar la autorización para ejecutar forzosamente el acto mediante la entrada en domicilio, sino que se tendrá que esperar a que el propio órgano jurisdiccional contencioso-administrativo resuelva la pieza de suspensión y luego con la resolución que en ella se haya adoptado habrá de ejecutarse esta resolución»¹⁴.

Autores como QUINTANA LÓPEZ¹⁵ y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS¹⁶, que se adhiere a la tesis del primero, apuntan también esta posible interpretación del alcance de la STC 199/1998, plausible en todo caso a consecuencia de la ya mencionada opacidad del pronunciamiento constitucional. Por su claridad, me parece del todo oportuno transcribir las palabras de Tomás QUINTANA LÓPEZ:

La advertencia es aplicable, *mutatis mutandi* a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, hoy depositarios de la garantía judicial de la inviolabilidad de domicilio *ex* artículo 8.5 de la Ley 9/1998, con la particularidad de que estos órganos jurisdiccionales también son competentes, como función principal, para conocer de la legalidad de la actuación administrativa, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. De lo dicho, pues, debemos deducir que iniciado un proceso judicial contencioso-administrativo, el órgano jurisdiccional que conozca del mismo es competente no sólo para efectuar el contraste de la actuación administrativa con el Derecho, y decidir en consecuencia, sino también para resolver acerca de la ejecutividad de aquella actuación si así se le solicitase, y, en su caso, posibilitar la ejecución —provisional o definitiva— del *acto administrativo* o de la sentencia franqueando la entrada

y la Administración sigue ostentando la potestad de ejecutarlo, en cuyo caso la competencia para conocer de la petición de autorización recaería en manos del juez de lo contencioso-administrativo que correspondiera.

¹⁴ Fernando IRURZUN MONOTORO, «Principales innovaciones en materia de órganos, competencia y procedimiento», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 2, 1999.

¹⁵ Tomás QUINTANA LÓPEZ, «Tutela judicial efectiva y garantía judicial de la inviolabilidad del domicilio (STC 199/1998, de 13 de octubre)», en *Sentencias de TSJ y Ap y otros Tribunales*, vol. V, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 455-464. Acceso a través de www.westlaw.es, referencia BIB 1998/1177.

¹⁶ José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «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*, núm. 386, 1999, pp. 2 y 3.

en el domicilio si la ejecución lo precisara, sin que sea necesaria la intervención del —antes— Juzgado de Instrucción, o, después de la supresión del artículo 87.2 LOPJ y aprobación de las Leyes 6/1998 y 29/1998, de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo¹⁷.

De las palabras del referido autor cuando pone de manifiesto la posible interpretación de la doctrina de la STC 199/1998 se desprende que el hecho de que se interponga un recurso contencioso-administrativo y se solicite una medida cautelar de suspensión en relación con aquellas actuaciones administrativas cuya ejecución material requiere la autorización judicial de entrada, implica en último término que se desapodere a la Administración de su potestad de autotutela ejecutiva pues, como se afirma, el juez no solo resolverá sobre la tutela cautelar solicitada sino que también se encargará de «la ejecución —provisional o definitiva— *del acto administrativo* o de la sentencia». Como explica más detalladamente con posterioridad, «el incidente de suspensión en trámite, constituye la garantía de la tutela judicial efectiva solicitada por quien ha pedido del órgano judicial la suspensión cautelar de los efectos del acto, y esa tutela judicial incluye también la garantía de la inviolabilidad del domicilio».

CÓRDOBA CASTROVERDE parece incluso adherirse sin afán de crítica a esta extrema interpretación de la STC 199/1998, pues según el autor «la autorización judicial para entrada en domicilio prevista en el art. 8.6 LRJCA tan solo resulta necesaria para la ejecución de los actos administrativos que no están sometidos a un control jurisdiccional de legalidad y de ejecutividad. Resulta, por el contrario, innecesaria y su concesión podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva una autorización judicial independiente cuando se pretende ejecutar un acto que está siendo objeto de un recurso contencioso-administrativo, pues en tales casos es el órgano judicial, cualquiera que este sea, que está conociendo del recurso el que debe autorizar la ejecución del acto administrativo por vía de medidas cautelares o en ejecución provisional de su sentencia»¹⁸.

Por fortuna —o desgracia, según se mire¹⁹— el alcance de la STC 199/1998 ha sido excepcionalmente interpretado en este sentido y la mayor parte de la doctrina científica así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y un considerable grueso de los tribunales superiores de justicia lo han limitado a los aspectos de orden competencial, centrándose la cuestión en los términos que a continuación se estudiarán. Ello no

¹⁷ El fragmento pertenece a QUINTANA LÓPEZ y es transcrito parcialmente por ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, en las obras referenciadas en las notas inmediatamente precedentes.

¹⁸ Diego CÓRDOBA CASTROVERDE, «Autorizaciones de entrada en domicilio en el orden contencioso-administrativo. Situación actual», *cit.*, p. 3.

¹⁹ Lo cierto es que hubiese sido sumamente interesante que entre la doctrina y la jurisprudencia se generase esta discusión que, al fin y al cabo, habría tenido que radicar en último término en la concepción de la función y naturaleza de la autorización judicial de entrada, y su conjugación con la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración y el derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados.

obstante, se ha creído oportuno poner de manifiesto la quiebra del principio de autotutela ejecutiva que supondría la exégesis extrema y literal de la referida sentencia.

- c. *Una nueva aproximación a la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1998, de 13 de octubre, y la conjugación entre la función del juez de lo contencioso-administrativo en materia de autorización y el derecho a la tutela judicial efectiva.*

Las anteriores son las principales vías interpretativas abiertas por la doctrina y la jurisprudencia en torno de la STC 199/1998, de 13 de octubre. A mi entender, sin embargo, falta en todas ellas un apunte crítico respecto de la doctrina constitucional vertida en la misma en relación con la naturaleza de la autorización judicial que a modo de trasfondo se dibuja en ella. Y es que, en mi opinión, el Tribunal Constitucional desacierta en sus argumentaciones y, por tanto, en las conclusiones que alcanza, al partir de un concepto erróneo de la naturaleza y función de la autorización judicial de entrada.

Como ya se ha visto, el Tribunal Constitucional dedica parte del razonamiento jurídico de la STC 199/1998, de 13 de octubre, a la importancia de la relación entre la tutela judicial efectiva y la ejecutividad del acto administrativo, poniendo acertadamente hincapié en el hecho de que, mientras penda en sede judicial la ejecutividad de la actuación administrativa, ni Administración ni jurisdicción pueden llevar al plano material el contenido del referido acto administrativo. Equivale así la pendencia de la petición de la medida cautelar suspensiva a una suspensión provisional de la ejecutividad del acto administrativo, lo cual implica la imposibilidad por parte de la Administración de ejecutarla. Y, al mismo tiempo, supone la imposibilidad de que un órgano jurisdiccional distinto a aquel del que pende la decisión sobre la suspensión del acto, dicte resolución alguna por la que se ordene la ejecución del contenido de dicha actuación administrativa.

Hasta aquí nada puede objetarse al razonamiento del supremo intérprete de la Constitución, que no consiste más que en un acopio de la anterior jurisprudencia constitucional en materia de derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la adopción de medidas cautelares, entre las que destaca inevitablemente la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo²⁰.

²⁰ Así lo constata QUINTANA LÓPEZ, según quien el TC «no precisó realizar casi ningún esfuerzo argumental para resolver el pelito, sino tan sólo un ordenado acopio de su doctrina». Tomás QUINTANA LÓPEZ «Tutela judicial efectiva y garantía judicial de la inviolabilidad del domicilio (STC 199/1998, de 13 de octubre)», en *Sentencias de TSJ y Ap y otros Tribunales*, vol. V, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 455-464. Acceso a través de www.westlaw.es, referencia BIB 1998/1177.

En especial, esta doctrina se deriva de aquella jurisprudencia constitucional que ya en la década de 1980 empezaba a apuntar que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye necesariamente la posibilidad de que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser suspendida [entre otras, las SSTC 66/1984, de 6 de junio (RTC 1984/66), 238/1992, de 17 de diciembre (RTC 1992/238), 148/1993, de 29 de abril (RTC 1993/148) o la 78/1996, de 20 de mayo (RTC 1996/78), así como los AATC

Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional pone la anterior doctrina en relación con la autorización judicial de entrada, concluye que la intervención del juzgado de lo contencioso-administrativo, fuere cual fuere la resolución que dictare, supone la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. No hay duda de que cuando el Tribunal llega a la anterior afirmación tiene exclusivamente en mente las resoluciones por las que se autoriza la entrada a la Administración —contradiendo así su propia doctrina, según la cual la operación del juez no es un puro automatismo, por lo que del mismo cabe esperar resoluciones en las que se deniegue la autorización— las cuales considera sin disquisición alguna como títulos judiciales ejecutivos, en tanto que asume que dicha autorización opera de forma automática como título habilitante de la ejecución del contenido de la decisión administrativa. De aquí parte la errónea doctrina, a mi entender, derivada de la STC 199/1998, de 13 de octubre.

Desde mi punto de vista, las consecuencias derivadas de la pendencia de un recurso y del incidente de suspensión que se le asocie, son llevadas por el Tribunal Constitucional hasta su máximo extremo pues, si bien es claro que siendo discutida la ejecutividad del acto administrativo no procede autorización alguna —es decir, corresponde denegar dicha autorización en los términos que más adelante se estudiarán²¹—, me permito dudar de que la intervención en sede de autorización de un juez distinto a aquel que conoce del recurso suponga una inmediata y automática vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La intervención del juez autorizando la entrada en ejecución de un acto no ejecutivo podría quizás considerarse constitutiva de un error judicial, palmario y evidente que, en su caso, podría derivar en la vulneración del mencionado derecho fundamental. Pero considero que su mera participación no supondría en sí su conculcación, independientemente de que autorizare o denegare la entrada. Por el contrario, lo que efectivamente vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva sería la ejecución material por parte de la Administración de aquel acto cuya ejecutividad se discute o está suspendida —incluso con la autorización de entrada concedida por el juez—, pero no la simple intervención del juez autorizando la entrada, pues la autorización que pudiere

458/1988, de 18 de abril (RTC 1988/458) y 116/1995, de 4 de abril (RTC 1995/116) o la 78/1996, de 20 de mayo (RTC 1996/78)]. Junto a la anterior, es indudable el papel de la jurisprudencia del TS en este marco, así como de la doctrina, entre la cual no puede dejar de citarse el trabajo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, Civitas, 1995. Junto al anterior, Carmen CINCILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991; Mariano BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999; y más recientemente Pilar TESO GAMELLA, *Medidas cautelares en la justicia administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

²¹ Denegación que en este supuesto no implicaría que la Administración pudiera proceder a la ejecución sin ser necesaria la autorización, sino que supondría la imposibilidad de ejecutar la decisión de que se tratara por faltar uno de los presupuestos indispensables para que la Administración despliegue su potestad de autotutela ejecutiva, a saber, que el acto administrativo sea ejecutivo.

concederse no constituye un título ejecutivo alguno de la actuación administrativa, ya que dicha condición la ostenta el acto administrativo en tanto no se desapodere a la Administración de la potestad de autotutela ejecutiva. Es decir, aquello que se ejecuta es una decisión administrativa, no una resolución judicial, aun sirviendo esta de auxilio para la materialización de la decisión administrativa.

Y todo ello nos lleva, como ya se ha advertido, a la difícil conceptualización de la naturaleza de la autorización judicial de entrada. Si bien se afirma con rotundidad que esta no es un título judicial ejecutivo de una decisión administrativa, sin duda constituye un elemento primordial para conformar su ejecutoriedad. Así, en relación con la completitud del acto administrativo para que pueda desplegar toda su eficacia y trasladarse al plano material, el concurso de la jurisdicción contencioso-administrativa se articula aquí con el resto de elementos concomitantes en la potestad de autotutela declarativa y ejecutiva como si de un juego de muñecas rusas se tratara. La resolución judicial por la que se autoriza la entrada se convierte en otro de los elementos de los que depende que la actuación administrativa pueda ejecutarse coactivamente, pero en ningún caso asume el total control sobre la ejecutividad y ejecutoriedad de la actuación administrativa o, mejor dicho, desapodera a la Administración de su más contundente potestad, la autotutela ejecutiva.

Por todo ello, estando pendiente la petición de una medida cautelar de suspensión, no hay duda de que el juzgado de lo contencioso-administrativo debe denegar la autorización judicial de entrada, pues adolece el acto administrativo por el que se pretende el acceso a un domicilio o a una propiedad privada de la falta de un elemento esencial para que pueda llevarse al plano material: su ejecutividad²². Solo cuando sea ejecutivo —y cumpla el resto de requisitos sometidos a control de la jurisdicción, claro está—, podrá el juez añadir la siguiente pieza para que el acto administrativo pueda seguir su camino hasta ser llevado al plano material.

Además debe tenerse en cuenta que, de aceptarse la tesis del TC según la cual la intervención del juzgado de lo contencioso-administrativo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva una vez haya sido entablado un recurso y solicitada una medida cautelar de suspensión, esta debería también poder articularse en sentido contrario. Es decir, una vez solicitada y concedida una autorización judicial de entrada y antes de que la decisión administrativa se llevara al plano material, no podría cuestionarse por parte del administrado la ejecutividad de dicha decisión administrativa; de modo que de interponerse un recurso contencioso-administrativo frente a un órgano judicial distinto al juez que ha otorgado dicha autorización en el que se discuta sobre la legalidad del acto administrativo, no podría peticionarse una medida cautelar de suspensión del

²² Cuestión distinta es determinar cuál es el momento que debe tener en cuenta el juez para considerar que la pendencia de la medida cautelar de suspensión impide que pueda autorizarse la entrada, de lo cual me ocupo en epígrafes posteriores.

mismo, porque se interferiría en la tutela judicial concedida por el juez autorizante. Conclusión esta a todas luces desacertada²³.

Lo anterior reafirma la concepción de la autorización judicial de entrada como una pieza más que debe acumular la actuación administrativa para alcanzar todos los elementos exigidos por la legalidad ordinaria y por la norma constitucional para poder trasladarse al plano material, pero no como un título judicial ejecutivo de una decisión administrativa. Por ello, una vez dictada la autorización judicial de entrada, el camino hasta la ejecución material del acto administrativo podrá con toda normalidad verse truncado por una posterior resolución judicial que suspendiera la ejecutividad de dicho acto; lo cual, en fin, es muestra de que la autorización judicial de entrada es solo uno de los muchos atributos que deben concurrir en el acto administrativo para que pueda llevarse el plano material, no el que los aglutina a todos ellos.

Desde esta perspectiva, la solución para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del administrado no pasa por que el juzgado de lo contencioso-administrativo se inhiba y remita las actuaciones al juez que conoce del recurso y la medida cautelar — conclusión esta a la que parece llegar la STC 199/1998—, sino que implica que el juez deba denegar la autorización solicitada y, en su caso, la Administración la solicite de nuevo una vez exista resolución judicial por la que no se admita o deniegue la medida de suspensión. En estos supuestos, la intervención del juzgado de lo contencioso-administrativo no supondrá conculcación de la tutela judicial efectiva, pero tampoco lo haría si autorizara la entrada porque en ningún caso dicha autorización enervaría los efectos suspensivos provisionales de la pendencia de la medida cautelar solicitada. Implicaría, en su caso, un error judicial, como ya se ha comentado, que podría desencadenar en la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva, pero no porque se privara o impidiera «que aquel Tribunal, el competente [para conocer del recurso], pudiera conceder eficazmente la tutela tal y como le impone el derecho fundamental», según reza la STC 199/1998, de 13 de octubre en su FJ 2.º.

Por todo ello, aunque exista un recurso y penda la decisión sobre una medida cautelar de suspensión, la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva no exige que se traslade la competencia en materia de autorización a manos del juez que conoce de dicho recurso y medida cautelar, sino simplemente que la Administración respete la decisión judicial que impida desplegar su potestad de autotutela ejecutiva. Desde esta

²³ La misma advertencia lanza Tomás QUINTANA LÓPEZ tras exponer el contenido de la STC 199/1998, de 13 de octubre. En concreto, las palabras del autor son las que siguen: «Conviene, no obstante, poner de relieve que de aceptarse esta formulación, se está también admitiendo que la medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos del acto ya no podrá suscitarse una vez que la Administración haya solicitado la autorización (...) y ello pese a que el artículo 126.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, abre la posibilidad de que los interesados soliciten en cualquier estado del procedimiento la adopción de medidas que aseguren la efectividad de la sentencia (...).» Tomás QUINTANA LÓPEZ, «Tutela judicial efectiva y garantía judicial de la inviolabilidad del domicilio (STC 199/1998, de 13 de octubre)», *cit.*, pp. 455-464.

perspectiva pues, la competencia para conocer de las peticiones de entrada debe mantenerse en sede de los juzgados de lo contencioso-administrativo mientras aquello que pretenda ejecutarse sea un acto administrativo²⁴, en tanto que ello en nada obsta el derecho a la tutela judicial efectiva del administrado.

Se sustenta, además, la conclusión a la que conduce la anterior argumentación en un buen número de preceptos normativos que en cierto sentido parece haber pasado por alto el TC en la sentencia 199/1998, de 13 de octubre. Por un lado, en el artículo 117.1 de la Constitución, según el cual los jueces y tribunales quedan únicamente sometidos al imperio de la ley. Y dicta el imperio de la ley, de conformidad con el artículo 9.1 de la LOPJ, que «[l]os Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley». Determinado el marco, establecía la LOPJ en su primigenio artículo 87.2 que la competencia recaía en los jueces de instrucción²⁵, y establece la misma norma en su actual artículo 91.2, así como la LRJCA en su artículo 8.6, a favor de los juzgados de lo contencioso-administrativo la competencia para autorizar la entrada cuando ello proceda para la ejecución de actos de la Administración pública; sin que ninguno del resto de preceptos contenidos en la LOPJ o en la LRJCA dedicados distribución competencial entre los distintos órganos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa contemple la competencia para autorizar entradas. Asimismo, establece el artículo 7.2 de la LRJCA, que la competencia es improrrogable.

Por otro lado, el razonamiento expuesto anteriormente viene también en parte indirectamente secundado por toda aquella jurisprudencia en la que, ante la pendencia de un recurso y de una medida cautelar de suspensión, la jurisdicción no opta por la inhibición a favor del juez que conoce de dicho recurso, sino que se deja claro que la competencia sigue residiendo en los juzgados de lo contencioso-administrativo que, ante la pendencia de una medida cautelar de suspensión, no pueden más que denegar la autorización judicial de entrada²⁶. Sin embargo, esta jurisprudencia adolece en la

²⁴ La cuestión estribará en otros términos cuando aquello que pretenda ejecutarse no sea ya un acto administrativo, sino una resolución judicial, aspecto este del que me ocupó en epígrafes posteriores.

²⁵ Es preciso recordar el texto del anterior artículo 87.2 de la LOPJ, según el cual: «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». Tómese nota de que dicho precepto ya se refería a la ejecución de «actos de la Administración».

²⁶ Existen numerosos pronunciamientos en los que los TSJ ponen de manifiesto su oposición a la alteración del orden competencial establecido por la ley a causa de la interposición de un recurso o pendencia de una medida cautelar, de los cuales se dará cuenta en epígrafes posteriores, pero sirva ahora de muestra la STSJ de Aragón 510/2002, de 7 de julio, FJ 2.º *in fine* (JUR 2001/90999), que incluso habiendo sido solicitada una medida cautelar de suspensión el Tribunal considera que «esta circunstancia no es obstáculo para que pueda dictarse el auto apelado puesto que la resolución administrativa plenamente ejecutiva, en tanto no se suspenda expresamente por la Jurisdicción, de manera que es en ejecución de la misma en la que se ha acordado la autorización de entrada que se discute, como requisito esencial e indispensable en garantía de un derecho fundamental, con el efecto de permitir la continuación

mayoría de supuestos de la falta de una argumentación jurídica en la que sustentar la asunción de la competencia, pues en ningún momento justifican que se contradiga aquello que se desprende de la STC 199/1998, de 13 de octubre.

Ello no obstante, es menester poner de manifiesto que existen pronunciamientos excepcionales —en todos los sentidos— que optan por una solución acorde con el planteamiento que aquí se defiende. Exponente de ello son la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 69/2001, de 18 de enero, así como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 1945/2002, de 28 de noviembre.

El TSJ de Madrid se ocupa en la sentencia 69/2001, de 18 de enero²⁷, de resolver el recurso de apelación interpuesto contra un auto del juzgado de lo contencioso-administrativo en el que se denegaba la autorización de entrada porque, «según la doctrina del Tribunal Constitucional, al seguirse un proceso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid “en el que ha podido conceder o podrá conceder a instancia de las partes las oportunas medidas cautelares, la seguridad jurídica impone que la conceda (se supone que una hipotética autorización de entrada) dicho tribunal para evitar resoluciones contradictorias”»²⁸.

Antes de empezar su argumentación jurídica, el TSJ constata que, si bien existía un recurso interpuesto, no se había solicitado cautelarmente la suspensión del acto administrativo impugnado, y que el administrado nada al respecto había alegado en el trámite de audiencia concedido por el juzgador *a quo* en el procedimiento de autorización seguido en instancia; es decir, la ejecutividad del acto estaba intacta. Y, tras ello, inicia su argumentación declarando inaplicable la doctrina establecida en la STC 199/1998, de 13 de octubre, pues había sido dictada cuando era la jurisdicción penal la competente para autorizar entradas, y la normativa había sido ya derogada en el momento del enjuiciamiento del TSJ (año 2001), habiendo sido asumida la competencia

de tal ejecución administrativa, todo ello sin perjuicio de la medida cautelar que por la referida Sala pueda adoptarse sobre la suspensión». No podemos coincidir con el Tribunal aragonés, puesto que estando pendiente una medida cautelar la autorización debería haber sido denegada; pero lo que interesa destacar ahora es que el órgano judicial en ningún momento se plantea el traslado competencial.

²⁷ STSJ de Madrid 69/2001, de 18 de enero (JUR 2001/114733). En el mismo sentido, las SSTSJ de Madrid 785/1999, de 17 de junio (RJCA 1999/2108) y 796/2004, de 23 de septiembre (JUR 2004/300403).

²⁸ Deben apuntarse a lo anterior varias consideraciones. Por un lado, lo que enerva la competencia según el juez *a quo* es la mera posibilidad de que, una vez interpuesto un recurso contra la actuación administrativa, pueda a lo largo del proceso solicitarse una medida cautelar de suspensión (art. 129.1 de la LRJCA). Es decir, el juez no exige la constatación de la pendencia de una medida cautelar suspensiva, sino la mera posibilidad de que sea interpuesta condiciona su decisión. Por otro lado, como puede observarse, la operación realizada por el juez de lo contencioso-administrativo no consistió en inhibirse y dar traslado de las actuaciones al órgano que considerara competente, sino en denegar la autorización, cuando lo *procedente* hubiere sido dictar un auto por el que declarara su falta de competencia y se inhibiera a favor de aquel órgano jurisdiccional que estimara competente.

por la jurisdicción contencioso-administrativa²⁹. Desechando así la doctrina constitucional que aboga por una alteración del orden competencial, el Tribunal madrileño parte de cero al plantear su razonamiento y empieza poniendo énfasis en la necesidad de que en el procedimiento por el que se sustancia la petición de autorización de entrada se conceda un trámite de audiencia al administrado, con fundamento en los siguientes motivos:

Y en esa audiencia el juez podrá fácilmente comprobar si la ejecución del acto que precisa para su ejecución por la Administración de la autorización judicial de entrada está o no suspendida por resolución de otro órgano judicial, debiendo en tal caso resolver igualmente, si bien al existir causa suspensiva de la ejecución que se pretende por la Administración, es evidente que el juez deberá en ese caso (por lo demás extraordinariamente infrecuente) denegar la autorización de entrada.

Así pues, es misión del juez la de cerciorarse —a través de medios como la concesión de un trámite de audiencia— de que la ejecutividad del acto administrativo para cuya ejecución se solicita la autorización de entrada no ha sido suspendida, en cuyo caso procedería la denegación de la autorización, no la declaración de incompetencia y remisión de actuaciones al órgano judicial que conoce del recurso y de la medida suspensiva.

Con lo anterior le habría bastado al TSJ de Madrid para estimar el recurso de apelación interpuesto, pero prosiguió su argumentación desentrañando el porqué de su decisión en el FJ 5.º, expresándose en los siguientes términos:

Debe precisarse, además, no obstante lo anterior, que en los supuestos en que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia adopte alguna medida cautelar de las previstas en los arts. 129 a 136 de la Ley Jurisdiccional, cuya ejecución precise la entrada en domicilios, es decir, cuando esté de este modo conociendo del asunto, la competencia para autorizarla podrá corresponder a dicho Tribunal. Y por la misma razón, cuando la Sala estime un recurso y el fallo precise para ser ejecutada la entrada en domicilio, también le corresponderá resolver sobre la autorización correspondiente, pero ello siempre que la medida acordada por el Tribunal sea la que precise la ejecución, pues una sentencia desestimatoria o un auto denegando la suspensión de la ejecutividad de

²⁹ Véase el FJ 3.º de la referida STSJ de Madrid. Debe adelantarse que no puede coincidirse en este extremo con el TSJ de Madrid, pues la aludida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la que se sustenta la STC 199/1998 y posteriores que la confirman, no se fundamenta en el hecho de que intervengan distintos órdenes jurisdiccionales, sino distintos órganos judiciales, como más adelante se desarrollará en el texto, por lo que no se adecua fundamentar la declaración de inaplicabilidad de la doctrina de la STC 199/1998 en este argumento.

determinada actuación administrativa se limitan a no anular o no suspender una determinada actuación administrativa y por tanto su ejecutoriedad, lo que no es igual a confirmar dicha actuación administrativa. No compete a los Tribunales de la jurisdicción “confirmar” o “revocar” actos administrativos. No existe una relación jerárquica entre aquéllos y las Administraciones públicas. No existe tutela de legalidad y mucho menos de oportunidad por parte de los Tribunales respecto de la Administración pública. Una actuación administrativa no tiene por qué convertirse, tras su enjuiciamiento por los Tribunales en la única procedente o ajustada a derecho y obligatoria para la Administración. No queda por tanto la Administración vinculada positivamente por esa supuesta “confirmación”. Siendo la sentencia desestimatoria o declaratoria de la inadmisibilidad del recurso no hay sentencia que ejecutar. No concurre por tanto el supuesto del art. 103.2 de la Ley Jurisdiccional. Es la Administración la que según el esquema del art. 104 de la Ley Jurisdiccional, una vez recaída la sentencia desestimatoria, está facultada para producir un nuevo acto administrativo (...) disponiendo, en su caso y en los términos que procedan en derecho, la ejecución del acto objeto del recurso que corresponda. Y aquel acto administrativo producido tras la resolución judicial no es otro que el previsto en el art. 8.5 de la ley jurisdiccional.

Distingue así el TSJ entre los supuestos de ejecución de actos administrativos y aquellos en los que se ejecutan resoluciones judiciales. Mientras sea el acto administrativo aquello que deba ejecutarse —bien porque no ha sido suspendido, no ha sido interpuesto recurso o, habiéndolo sido, no se ha resuelto, ha sido desestimado o inadmitido— sigue prevaleciendo la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración, que precisará del auxilio del juzgado de lo contencioso-administrativo —y no de otro, según establece la ley— para que acuerde autorizar la entrada en un domicilio o propiedad privada. En cambio, cuando aquello susceptible de ejecución sea una resolución judicial, ya consistente en el fallo de un recurso estimatorio o la adopción de una medida cautelar positiva cuyo contenido implique la entrada en un domicilio, aquella resolución judicial cumplirá la función de tutela del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio impuesta por el artículo 18.2 de la Constitución, de conformidad con lo establecido en la STC 160/1991, de 18 de julio³⁰.

³⁰ Debe adelantarse ya aquí lo que será objeto de estudio en subsiguientes epígrafes, que no es más que la distinción establecida desde la STC 160/1991, de 18 de julio, entre la ejecución de sentencias y la ejecución de actos administrativos. En el caso de que la ejecución sea de una resolución en la que se imponga a la Administración una determinada conducta, en tanto que aquello que se lleva al plano material es una decisión judicial y no un «acto de la Administración pública», el artículo 8.6 de la LRJCA deja de ser, en mi opinión, aplicable. Es decir, solo impera el artículo 18.2 de la Constitución, según el cual el acceso al domicilio debe acompañarse de resolución judicial, por lo que el derecho a la propiedad privada queda excluido. Así pues, como habrá observado el lector, en el texto se hace únicamente alusión a las entradas en domicilio.

Sin embargo, a pesar de la magnífica doctrina sentada en la aludida sentencia, es preciso dar cuenta de que con posterioridad a la misma el TSJ de Madrid ha asumido la competencia para conocer de peticiones de autorización de entrada cuando el mismo TSJ está conociendo de un recurso interpuesto contra el acto susceptible de ejecución asociada a la autorización de entrada. Sirva como ejemplo, el Auto del TSJ de Madrid 171/2009, de 30 de junio³¹, en el que dicho Tribunal autoriza la entrada peticionada por el INVIFAS de la Comunidad de Madrid para ejecutar la correspondiente resolución administrativa recurrida ante el mismo TSJ. Nada se argumenta en dicho auto sobre la asunción de esta competencia por parte del TSJ, pero se deja clara constancia de lo siguiente en los hechos primero y segundo, respectivamente:

Mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal con fecha 25 de febrero de 2009, la Abogacía del Estado, en nombre y representación del INVIFAS, solicitó que se dictara auto autorizando la entrada en el domicilio sito en (...), con el fin de proceder a la ejecución forzosa de la resolución dictada por el Director General Gerente del INVIFAS (...).

Esta resolución para cuya ejecución forzosa se solicita por la Abogacía del Estado la autorización de esta Sala ha sido impugnada (...) y constituye el objeto del contencioso administrativo nº 597/07, seguido ante esta Sección, que se encuentra en fase de alegaciones y en el que no consta adoptada medida cautelar alguna de suspensión.

De los anteriores fragmentos, no puede más que deducirse que, por un lado, la Administración y su representación letrada han asumido que la competencia corresponde en este caso al TSJ madrileño por haber sido recurrida la actuación administrativa y, por el otro, que el TSJ asume la competencia para conocer de dicha petición de autorización de entrada, ya no cuando pende una medida cautelar de suspensión, sino cuando existe la mera interposición de un recurso contra el acto para cuya ejecución la administración ha solicitado la autorización de entrada. Se desconoce así, tanto por parte de la Administración como del Tribunal, la doctrina sentada anteriormente por la misma Sala, así como las discrepancias en el seno de otros TSJ. Todo ello es, en fin, una muestra más de la disparidad de criterios que en torno de este

³¹ ATSJ de Madrid 171/2009, de 30 de junio (JUR 2009/352271). En el mismo sentido, los AATSJ de Madrid 95/2003, de 27 de enero (JUR 2004/45738); 178/2008, de 24 de junio (JUR 2008/283400), 167/2009, de 26 de junio (JUR 2009/352371); 572/2010, de 25 de mayo (JUR 2010/251657); 128/2011, de 5 de mayo (JUR (2011/269564), o el 606/2002, de 12 de junio (JUR 2001/56560), en el que el Tribunal manifiesta que «hemos de estimar y declarar la propia competencia de esta Sección para conocer de la solicitud de entrada en tanto que conocemos de un recurso sobre realojo conexo causalmente con el desalojo y consiguiente entrada en domicilio; y en tal sentido estimar los fundamentos del Auto apelado, mas no su parte dispositiva, que debió ser más propiamente declaratoria de su incompetencia, sin pronunciamiento sobre el fondo, en lugar de denegatorio de la autorización» (FJ 2.º).

extremo existen en relación con la autorización judicial de entrada, sumándose así otra tarea en la larga lista que acumula el legislador entorno de esta institución.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia resuelve en su sentencia 1945/2002, de 28 de noviembre³², un recurso interpuesto contra la declaración de incompetencia del juzgado de lo contencioso-administrativo para conocer de la petición de autorización de entrada para ejecutar un acto recurrido. En el mencionado pronunciamiento, el TSJ valenciano añade nuevos argumentos para postular que no cabe alteración del orden competencial por el mero hecho de que haya sido interpuesto un recurso y penda alguna medida cautelar de suspensión.

Parte de la importancia de la sentencia 1945/2002, de 28 de noviembre, se asienta en el giro jurisprudencial que supone en la jurisprudencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, pues como se afirma en el FJ 2.º, «esta misma Sala y Sección, ha venido aceptando su competencia en los supuestos en que, pendiente un recurso Contencioso-Administrativo ante la misma, se solicitaba dicha autorización, en base a los criterios establecidos reiteradamente por el Tribunal Constitucional invocados por la resolución hoy apelada. No obstante todo ello, estima la Sala que este criterio debe ser modificado». Y el TSJ expone seguidamente los motivos en los que fundamenta dicho cambio de sentido, que esencialmente se concretan en la inaplicabilidad de la doctrina establecida en la STC 199/1998. Al igual que el TSJ de Madrid, el de Valencia entiende que con la aprobación de la LRJCA en 1998, la doctrina del Tribunal Constitucional ha quedado desfasada, pues esta se remitía a hechos acaecidos cuando la jurisdicción penal asumía la competencia en materia autorizadora. En opinión del TSJ de Valencia, «[l]a situación actual es completamente distinta»³³, pues no hay duda de que tanto el artículo 8.6 de la LRJCA como el artículo 91.2 de la LOPJ atribuyen la competencia para autorizar entradas en ejecución de actos administrativos a los juzgados de lo contencioso-administrativo. Y prosigue, con la siguiente aclaración:

Ambos preceptos, referidos exclusivamente al acto administrativo y su ejecución forzosa, establecen una clara diferencia entre el acto judicial de autorización y el acto respecto del cual se solicita la autorización, sin que exista base legal alguna para considerar el procedimiento para su otorgamiento (o denegación) como incidental de otro proceso principal respecto al que no coincide el objeto, que en aquel se circunscribe a verificar si la orden de entrada está en consonancia y se ajusta a los fines del acto cuya ejecución se pretende y respeto del principio de proporcionalidad.

Desechada la posibilidad de que el procedimiento de tramitación de la autorización judicial de entrada pueda considerarse como incidental de aquel en el que se resuelve

³² STSJ de Valencia 1945/2002, de 28 de noviembre (JUR 2004/17301).

³³ FJ 2.º de la STSJ de Valencia 1945/2002, de 28 de noviembre (JUR 2004/17301).

un recurso contra la actuación administrativa —pues como bien dice el Tribunal es clara la distinción entre la autorización judicial de entrada, por un lado y, por otro, el acto administrativo—, prosigue su argumentación añadiendo nuevos motivos para declarar que la competencia reside en todo caso en manos de los juzgados de lo contencioso-administrativo cuando de la ejecución de actos administrativos se trate. Para ello el TSJ acude de nuevo a la normativa vigente, en concreto al artículo 80.1.d), según el cual son recurribles en apelación los autos dictados por los juzgados de lo contencioso-administrativo «recaídos sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8.5»³⁴. Establecido este régimen de recursos por la legislación, el TSJ considera que un cambio en el orden competencial para conocer de las peticiones de autorización de entrada supondría la vulneración del mismo, ya que «el único recurso posible sería el de súplica del art. 79 al no existir posibilidad de interponer recurso de casación por no ser susceptible del mismo esta resolución, ni tampoco apelación por no ser procedente contra resoluciones de las salas de los tribunales superiores de justicia, recurso de súplica que carece del efecto devolutivo pretendido en la Ley». Ciertamente, si el auto que resuelve la petición de entrada es dictado por un órgano judicial distinto a los juzgados de lo contencioso-administrativo, se altera el sistema de recurribilidad diseñado por la ley, que como advierte el Tribunal valenciano, tiene como principal característica el de ser devolutivo³⁵.

A modo de conclusión, el TSJ de Valencia cierra en el FJ 3.º su argumentación jurídica reafirmando el giro jurisprudencial anunciado desde el inicio de la sentencia:

Por todo ello, siendo claros los términos de la Ley que atribuyen la competencia para la autorización de la entrada en domicilio al Juzgado de lo contencioso-administrativo, modificando por cuanto se ha expuesto el criterio hasta ahora mantenido por esta Sala, procede estimar el presente

³⁴ La remisión del artículo 80.1.d) a «las autorizaciones previstas en el artículo 8.5», debe actualmente entenderse referida al artículo 8.6, tras la modificación de la numeración del artículo 8 de la LRJCA que supuso la disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

³⁵ Sirvan los autos del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2004 (JUR 2005/27642); de 30 de septiembre de 2004 (JUR 2005/197); de 7 de julio de 2005 (RJ 2005/7164) y de 8 de febrero de 2007 (JUR 2007/93699) como ejemplos de esta alteración del sistema de recursos derivada del hecho de que sea un órgano judicial distinto al juzgado de lo contencioso-administrativo el que resuelva sobre la petición de autorización. En concreto el Tribunal Supremo desestima los recursos de queja interpuestos por los administrados contra la denegación de la preparación de recurso de casación contra el auto de autorización de entrada dictado por un Tribunal Superior de Justicia o bien inadmite por sí mismo el recurso de casación presentado. Es preciso notar, que todas las actuaciones son en relación con autos de autorización dictados bien por el TSJ de Madrid, bien por el TSJ de Cataluña. Entre otros motivos, el Tribunal Supremo fundamenta principalmente su decisión en el hecho de no incluirse en el artículo 87.2 de la LRJCA los autos dictados en procedimiento de autorización de entrada como resolución susceptible de casación. Así pues, en supuestos como los descritos, el único recurso a disposición contra el auto de autorización dictado por un TSJ es el *recurso de súplica* previsto en el art. 79 de la LRJCA, recurso que como se sabe es *no devolutivo*.

recurso de apelación, revocando el auto recurrido, debiendo el Juzgado dictar la resolución que corresponda respecto a la entrada en domicilio solicitada³⁶.

Como ya se ha dicho, la importancia de los anteriores pronunciamientos reside en la argumentación jurídica que incorporan en sus fundamentos jurídicos, alejándose de la doctrina constitucional establecida en la STC 199/1998, de 13 de octubre. Sin embargo, como se habrá observado, ambos TSJ toman como punto de partida la no aplicabilidad de la doctrina contenida en la referida sentencia constitucional a raíz de la aprobación de la LRJCA en 1998 y el traslado de la competencia para autorizar entradas a la jurisdicción contencioso-administrativa. Si bien este es el argumento que permite a ambos Tribunales sentar una doctrina con la que coinciden plenamente, el mismo no puede aceptarse pues es bien sabido que, según el parecer del TC vertido en la STC 199/1998, aquello que supone la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no es la interferencia entre distintos órdenes jurisdiccionales, sino entre distintos órganos judiciales, con lo que la aprobación de la actual Ley reguladora de la Jurisdicción y el traslado de la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa en nada obsta la aplicabilidad de la doctrina de la STC 199/1998³⁷.

³⁶ No obstante, la posterior STSJ de Valencia 1544/2004, de 4 de noviembre (JUR 2005/26086) contradice la doctrina anteriormente expuesta. Nueva muestra de que incluso en el seno de un mismo TSJ existen pronunciamientos dispares.

Existen incluso resoluciones que por si mismas son muestra de estas contradicciones. Como exponente de ello, la STSJ de Cataluña 283/2006, de 23 de marzo (JUR 2006/273056), en la que por un lado el Tribunal catalán afirma que «[e]n el caso de autos, la solicitud de autorización para la entrada correspondió al juzgado *a quo*. Por consiguiente, a él competía conocer de la misma, independientemente de que en otro Juzgado se tramitase el recurso contencioso-administrativo contra el acto administrativo de cuya ejecución se trataba, inclusive, en pieza separada del mismo, se tramitara la solicitud de suspensión cautelar de dicho acto». Pero a continuación excusa que en otro supuesto el mismo TSJ asumiera la competencia para conocer de una petición de autorización de entrada en los siguientes términos: «El supuesto resuelto en Sentencia de esta Sala y Sección de 2.3.2000 en Rollo de apelación 1/1999 es distinto, por cuanto era esta Sala y Sección la que estaba conociendo del recurso contencioso-administrativo contra el acto de cuya ejecución se trataba, así como de la solicitud de suspensión cautelar, circunstancia que se estimó que avocaba la competencia sobre la autorización para la entrada».

³⁷ Como ya se ha notado, las circunstancias de hecho en las que se enmarca la STC 199/1998, de 13 de octubre, estaban sometidas al anterior artículo 87.2 de la LOPJ que atribuía la competencia en materia de autorización de entrada a los jueces de instrucción, de modo que el traslado competencial por el que abogó el Tribunal suponía el trasvase de dicha competencia del orden penal a la jurisdicción contencioso-administrativa. A pesar de ello, el alcance del mencionado pronunciamiento debe extenderse también a la nueva distribución competencial establecida en 1998 por la LRJCA y el nuevo artículo 91.2 de la LOPJ, pues la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva no se fundamenta en la distinción de los órdenes jurisdiccionales a los que se atribuye el conocimiento de la petición de entrada y del recurso, sino en el hecho de que intervengan dos órganos judiciales distintos, con independencia de la jurisdicción a la que pertenecen. Por ello, el alcance de la STC 199/1998 —fuere el que fuere— sigue actualmente vigente, extendiéndose también cuando son órganos de la misma jurisdicción los susceptibles de interferirse y provocar la conculcación del derecho fundamental.

Ante este panorama, en mi opinión urge una reinterpretación o, mejor dicho, un replanteamiento de la doctrina constitucional sentada en la sentencia 199/1998 y aquellos dictados posteriormente dándole continuidad³⁸, acorde con el marco jurídico actual, los principios que ordenan el actuar de las Administraciones públicas, especialmente el principio de autotutela ejecutiva, y la naturaleza y función de la autorización judicial de entrada en dicho contexto.

B. Efectos de la interposición de un recurso y la petición de suspensión de la ejecutividad de la actuación administrativa en la ordenación de la competencia objetiva según la jurisprudencia y la doctrina.

En los epígrafes anteriores se han esbozado las distintas interpretaciones a las que ha dado lugar la STC 199/1998, de 13 de octubre, pero especialmente he tenido ocasión de exponer la mía propia, así como de ahondar en los motivos que me llevan a discrepar con los argumentos y conclusiones alcanzadas por el Tribunal Constitucional.

Corresponde ahora profundizar en las perspectivas interpretativas que barajan doctrina y jurisprudencia. En este sentido es menester notar que ante la STC 199/1998 la reacción de la doctrina y de la jurisprudencia ha seguido caminos bien distintos. Así, la mayor parte de la doctrina científica se ha ajustado a los aparentes dictados de la STC 199/1998 y, en términos más o menos coincidentes, entiende que la interposición de un recurso y petición de la suspensión cautelar del acto administrativo implican una alteración del orden competencial establecido por la ley para evitar la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva. Por el contrario, en el seno de la jurisprudencia las reacciones han sido muy dispares. Si bien existe un grueso jurisprudencial considerable que asume que la interposición de un recurso y la pendencia de una medida cautelar suponen el traslado de la competencia para atender las peticiones de entrada a manos del órgano judicial que conoce de dicho recurso y correspondiente medida cautelar; existe otro grupo jurisprudencial según el cual la única consecuencia que puede desprenderse de la pendencia de un recurso y una medida cautelar es la denegación de la autorización solicitada por la Administración, pero en ningún caso el traslado de la competencia. Como ya se ha advertido, dentro de este segundo grupo de jurisprudencia abunda aquella que omite, obvia o pasa por alto la STC 199/1998 y concordantes para llegar a dicho fallo, frente a los excepcionales pronunciamientos que la declaran inaplicable y parten de cero para articular argumentalmente esa misma conclusión.

Como se adivinará, todo ello redundará a la postre en pronunciamientos absolutamente asimétricos entre nuestros tribunales superiores de justicia de lo cual es muestra la sentencia del Tribunal Supremo fechada de 12 de abril de 2003 (recurso de revisión 216/2001). En concreto se le plantea al Tribunal Supremo un recurso de revisión por error judicial que atribuye el demandante a un juzgado contencioso-administrativo al

³⁸ A saber, las SSTC 283/2000, de 27 de noviembre (RTC 200/283) y 92/2002, de 22 de abril (RTC 2002/92).

autorizar la entrada para que la Administración procediera a la ejecución de la resolución dictada en un procedimiento de recuperación del dominio público. Resumidamente, la autorización fue concedida simultáneamente a la tramitación de dos recursos contencioso-administrativos contra la mencionada actuación administrativa. Por motivos que no constan en la sentencia del TS, el recurso que el demandante interpuso contra dicha autorización fue estimado por el TSJ de turno anulando el auto que concedió la autorización, cuando la actuación administrativa ya había sido ejecutada. Con fundamento en ello, el demandante alega error judicial por cuanto, estando pendiente la resolución de un recurso, el juzgado de lo contencioso-administrativo no era competente para conceder dicha autorización, sino el órgano judicial que conocía de los recursos, en atención a la doctrina sentada por la STC 199/1998. Ante la alegación de error judicial por parte del demandante, el TS empieza por advertir de que «no entraremos en la polémica cuestión de si la competencia para el otorgamiento de este tipo de autorizaciones, cuando se soliciten para la ejecución de un acto administrativo que está subiudice ante el órgano jurisdiccional a que corresponda su enjuiciamiento, corresponde exclusivamente a dicho órgano (...) o si, por el contrario, corresponde en todo caso al juzgado de lo Contencioso-Administrativo, *ex art. 87.2 LOPJ*, o en virtud del art. 8.5 de la Ley de la Jurisdicción 29/1998, de 13 de julio». Y para denegar el recurso, el TS simplemente constata que el juzgado de lo contencioso-administrativo que dictó la autorización tuvo en cuenta «la abundancia de discrepancias de este criterio con las resoluciones de otros órganos, pues fácilmente puede comprenderse que han de abundar las interpretaciones basadas en el tenor literal de los preceptos citados y en la improcedencia de cualquier interpretación que trate de contradecir la claridad de sus términos, con olvido de que si la Ley no distingue no debemos distinguir». Y concluye, para denegar la pretensión del recurrente, que «[e]l error judicial, de existir, lo que estamos muy lejos de afirmar, no podría considerarse craso, evidente, injustificado, incontestable y flagrante».

Procede por todo ello, dar cuenta de los distintos posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales en torno de esta cuestión.

- a. *La alteración del orden competencial establecido por la ley a consecuencia de la interposición de un recurso y de la petición de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo.*

Se ha avanzado ya que la mayor parte de la doctrina científica, así como un buen número de nuestros tribunales superiores de justicia asumen que, una vez interpuesto recurso y estando pendiente la resolución sobre la tutela cautelar contra aquel acto administrativo cuya ejecución requiere una autorización judicial de entrada, la intervención del juzgado de lo contencioso-administrativo supone una quiebra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva dispensada por el órgano judicial que conoce de dicho recurso y medida cautelar. Y, con el fin de evitar la conculcación del derecho fundamental del artículo 24.1 de la Constitución y según la interpretación de la

STC 199/1998, asumen en términos más o menos coincidentes que en dichos supuestos la competencia en materia de autorización se traslada a manos del juez competente para resolver el recurso y decidir sobre la medida cautelar. Si bien existe un punto de partida común entre las aludidas interpretaciones de la STC 199/1998, lo cierto es que abundan las disparidades, de las cuales es preciso dar cuenta, pues se trata esta de una cuestión que todavía a fecha de hoy sigue sin ser pacífica.

Uno de los principales extremos sobre las que se erigen las aludidas disparidades es si la alteración competencial se produce por la mera interposición de un recurso contencioso-administrativo frente a la actividad administrativa para cuya ejecución se solicita la autorización judicial de entrada o si, por el contrario, lo determinante para sustraer la competencia de los juzgados de lo contencioso-administrativo es que exista la pendencia de una medida cautelar de suspensión que obste la ejecutividad del acto administrativo.

En sintonía con la primera de las tesis apuntadas parece declararse ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, al entender que en virtud de la doctrina de la STC 199/1998, la competencia de los juzgados de lo contencioso-administrativo en materia de autorización de entrada «se limita a aquellos casos en los que dicho acto no haya sido recurrido ante el órgano competente de la jurisdicción»³⁹. También CÓRDOBA CASTROVERDE y ESCUDERO HERRERA se decantan por esta opción⁴⁰. Igualmente, de alguna jurisprudencia se desprende que la mera interposición de un recurso apodera al órgano judicial que lo conoce de la competencia en materia de autorización judicial de entrada; esto es, solo cuestionándose la legalidad de la actuación administrativa se produce el traslado competencial⁴¹. Existe, sin embargo, jurisprudencia confrontada

³⁹ José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «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*, núm. 386, 1999, p. 3.

⁴⁰ Diego CÓRDOBA CASTROVERDE, «Autorizaciones de entrada en domicilio en el orden contencioso-administrativo. Situación actual», *cit.*, p. 3; Concepción ESCUDERO HERRERA, «La delimitación de la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 2004, p. 46.

⁴¹ La jurisprudencia del TSJ del País Vasco es exponente de dicha doctrina. Así en la sentencia 696/2000, de 22 de junio (JUR 2001/37754), el TSJ del País Vasco sienta su doctrina respecto de la interpretación de la STC 199/1998, la cual se confirma, entre otras en las posteriores sentencias 478/2005, de 17 de junio (JUR 2005/207549), 693/2005, de 14 de octubre (JUR 2006/59488); 707/2006, de 3 de octubre (JUR 2007/91175) o 671/2010 de 22 de diciembre (JUR 2011/131935), entre muchas otras. Para constatar la claridad de los términos en los que se expresa el Tribunal vasco —a diferencia de muchos otros de nuestros TSJ en relación con la polémica STC 199/1998— me permito transcribir el siguiente fragmento de la sentencia 478/2005, de 17 de junio, (FJ 2.º *in fine*):

En suma, si la Administración no puede ejecutar sus actos cuando su ejecutividad se halla sometida al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, ni puede autorizarlo otro órgano jurisdiccional que no sea el que conoce del asunto principal, es claro que sólo cabe atribuir la competencia para autorizar la entrada en el domicilio necesaria para la ejecución del acto al órgano jurisdiccional que conoce sobre el asunto principal incluso en el supuesto de que no se hubiera solicitado aún la medida cautelar de

con la anterior de la que se desprende que el traslado competencial opera *solo si se cuestiona la ejecutividad* de la actuación administrativa por medio de la petición de una medida cautelar de suspensión⁴².

Entre la doctrina, a favor de la segunda de las tesis aludidas se manifiesta SOSPEDRA NAVAS, que postula «una aplicación sin restricciones de la doctrina que se infiere de la STC 199/1998» y —glosando en gran medida la referida sentencia constitucional— estima que el traslado competencial opera cuando se discute la legalidad y la ejecución o suspensión de un acto administrativo; por el contrario, cuando la interposición del recurso no implica la revisión de la ejecutividad del acto administrativo, la competencia se mantendrá en el juzgado de lo contencioso-administrativo que corresponda⁴³. En el mismo sentido, José María MACÍAS CASTAÑO, según quien «sólo el órgano que haya de conocer de la suspensión será también el competente para conocer de la autorización de

suspensión toda vez que, conforme a lo dispuesto por el art. 129.1 LJCA los interesados la pueden solicitar en cualquier estado del proceso.

También en muchos de los pronunciamientos del TSJ de Madrid se pone de manifiesto que la mera interposición del recurso implica la atracción de la competencia en materia de autorización hacia el órgano judicial que conoce de dicho recurso, que el Tribunal en ocasiones llama «*regla de la conexidad*», entendiendo que se trata de un *incidente* de un proceso en curso con remisión explícita al artículo 7.1 de la LRJCA. En este sentido, entre muchos otros, pueden verse los siguientes autos, el TSJ resuelve en primera instancia sobre las peticiones de autorización de entrada instada por la Administración para ejecutar actos que han sido recurridos frente al aludido TSJ madrileño. Entre otros, los AATSJ de Madrid 606/2000, de 12 de junio (JUR 2001/56560); 95/2003, de 27 de enero (JUR 2004/45738); 178/2008, de 24 de junio (JUR 2008/283400); 326/2008, de 16 de diciembre (JUR 2009/115594); 167/2009, de 26 de junio (JUR 2009/352371) y 171/2009, de 30 de junio (JUR 2009/352271); 28/2011, de 5 de mayo (JUR 2011/269564). El TSJ de Madrid explica su parecer al respecto en la reciente sentencia 17/2013, de 10 de enero, FJ 2.º (JUR 2013/103361).

También el TSJ de Valencia parece inclinarse por esta postura en sus pronunciamientos. Así en las sentencias 320/2007, de 4 de abril (JUR 2007/212814); 368/2008, de 16 de abril (JUR 2008/188263) y 1054/2009, de 19 de julio (JUR 2009/375094), en las que el Tribunal incluye como requisito a constatar por el juez, el siguiente: «Por último, el órgano judicial debe cerciorarse de que el acto administrativo para cuya ejecución se solicita autorización de entrada no está siendo o ha sido objeto de un recurso contencioso-administrativo, pues en tal caso no podría inmiscuirse en su ejecución sin lesionar la tutela judicial efectiva que corresponde ejercer al órgano judicial que conoce o ha conocido del asunto (...)».

Existen otros Tribunales que en algunos de sus pronunciamientos se manifiestan en este mismo sentido: TSJ de Extremadura en la sentencia 18/2013, de 24 de enero (JUR 2013/57386); la SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de noviembre 2011 (JUR 2012/65783) y 983/2012, de 13 de julio (JUR 2012/329006); STSJ de Castilla y León 15/2009 de 2 de febrero (JUR 2009/225771).

⁴² En este sentido, las SSTSJ de Andalucía (Granada) 15/2009, de 2 de febrero (JUR 2009/225771); 1691/2011, de 18 de julio (JUR 2011/373712); la STSJ de Canarias 29/2004, de 20 de febrero (JUR 2004/133115); la STSJ de Cantabria, de 7 de mayo de 2001 (JUR 2001/224406); las SSTSJ de Castilla y León (Burgos) 253/2004, de 17 de junio (JUR 2004/192524) y la 571/2006, de 17 de noviembre (JUR 2006/284436); la STSJ de Castilla-La Mancha 10134/2005, de 22 de diciembre (JUR 2006/48265); STSJ de Cantabria 742/2007, de 1 de octubre (JUR 2008/5400).

⁴³ Francisco José SOSPEDRA NAVAS (Coord.), *Práctica del proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 271-272.

entrada»⁴⁴ y Tomás QUINTANA LÓPEZ, que afirma que el juzgado de lo contencioso-administrativo podrá otorgar la autorización «cuando aun no siendo firme [el acto] por haber sido recurrido en vía administrativa o contenciosa-administrativa, no haya sido solicitada la suspensión cautelar de los efectos»⁴⁵. Por su parte, SALA SÁNCHEZ, XIOL RÍOS y FERNÁNDEZ MONTALVO exponen que la STC 199/1998 da lugar a las dos interpretaciones expuestas, estimando «la más adecuada sistemáticamente» aquella según la cual lo determinante para sustraer la competencia en materia de autorización a los juzgados de lo contencioso-administrativo es que se haya solicitado «la suspensión del acto u otra medida cautelar que afecte a su ejecutividad o a la ejecución provisional de la sentencia anulatoria dictada en instancia»⁴⁶.

A partir de aquí, el modo en que dicho órgano judicial —el que conoce de la legalidad y ejecutividad de la actuación administrativa— debe pronunciarse respecto de la autorización judicial de entrada, es un extremo en el que pocos autores y tribunales superiores de justicia se adentran, bien porque se asume la existencia de una resolución judicial que incorpora el contenido autorizante, bien porque se da por sentado que dicho órgano judicial decidirá separadamente mediante auto sobre la procedencia de la autorización de entrada.

Otra de las principales cuestiones que se plantea es si una vez resuelta la medida de suspensión, en tanto que resolución judicial, la competencia para conocer de la petición de autorización judicial de entrada la ostenta el órgano judicial que ha resuelto sobre dicha medida o el juzgado de lo contencioso-administrativo predeterminado por la ley. Es verdad que si la medida de suspensión ha sido adoptada, el problema en cierto sentido se desvanece pues no cabe autorización alguna al faltar el acto administrativo de ejecutividad. En cambio, si la medida ha sido denegada el problema se plantea con toda su intensidad.

Al respecto se han pronunciado SALA SÁNCHEZ, XIOL RÍOS y FERNÁNDEZ MONTALVO, que estiman que hasta que no se resuelva sobre la medida cautelar lógicamente el acto no podrá ejecutarse y consideran que si la resolución «es favorable a la suspensión, adopción de la medida cautelar o ejecución provisional, la competencia para la resolución que proceda sobre la autorización corresponde al Tribunal que haya acordado la suspensión, la medida cautelar o la ejecución provisional, en ejercicio de su potestad de ejecución de estas resoluciones». A *sensu contrario*, pues, si el órgano judicial

⁴⁴ José María MACÍAS CASTAÑO, «El desahucio administrativo: la problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 127, 2005, p. 512.

⁴⁵ Tomás QUINTANA LÓPEZ, «Tutela judicial efectiva y garantía judicial de la inviolabilidad del domicilio (STC 199/1998, de 13 de octubre)», en *Sentencias de TSJ y Ap y otros Tribunales*, vol. V, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 455-464. Acceso a través de www.westlaw.es, referencia BIB 1998/1177.

⁴⁶ Pascual SALA SÁNCHEZ, Juan Antonio XIOL RÍOS, Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, *Jurisdicción y competencia en el proceso contencioso-administrativo*, Barcelona, Bosch, 2002, p. 903.

deniega la suspensión de la actuación administrativa la competencia para conceder la autorización recae en manos del juzgado de lo contencioso-administrativo de nuevo⁴⁷. En definitiva, estos autores distinguen entre la ejecución de resoluciones judiciales y la ejecución de actos administrativos de modo que interpretan la STC 199/1998 como continuadora de la STC 160/1991.

En mi opinión, en cambio, en tanto que la intervención del juzgado de lo contencioso-administrativo en su función de tutela de los derechos protegidos por la autorización judicial no supone quiebra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la competencia tampoco en estos supuestos se trasladaría. Tanto si la medida cautelar de suspensión ha sido acordada como denegada, compete al juzgado de lo contencioso-administrativo conocer de la petición de autorización de entrada pues sigue latente una decisión administrativa aun habiendo sido suspendida y, sin lugar a dudas, cuando la petición de medida cautelar de suspensión no ha sido admitida o denegada. En el primer caso, si la Administración peticiona la autorización de entrada, le corresponde al titular del juzgado de lo contencioso-administrativo denegarla, pues el acto no es ejecutivo. En el segundo caso, deberá valorar el juzgador en todos sus extremos la adecuación y proporcionalidad de la entrada que pretende la Administración para otorgar o denegar la autorización según estime conveniente, pues habiendo sido denegada la suspensión, aquello que pretende trasladarse a la realidad de los hechos es una decisión administrativa, no una decisión judicial.

Cuestión distinta sería que el órgano judicial acordara la adopción de una medida cautelar cuya ejecución implicara la entrada en un domicilio, en cuyo caso aquello que se trasladaría al plano material sería una resolución judicial cuya ejecución compete a la jurisdicción, según dicta el art. 117.3 de la CE, encargada de articular del modo que estimara conveniente la tutela exigible respecto del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio⁴⁸. En este supuesto, ya no sería de aplicación el artículo 8.6 de la LRJCA, pues aquella actuación material susceptible de afectar o vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio no es «la ejecución forzosa de actos de la Administración pública», según reza el 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, sino la

⁴⁷ Asume explícitamente la doctrina de los mencionados autores la STSJ de Castilla y León (Burgos) 253/2004, de 17 de junio, FJ 4.º (JUR 2004/192524), en la que se afirma que «para el caso de no adoptarse la suspensión ni la medida cautelar, como ocurre en el caso de autos, pese a solicitarse, lógicamente la competencia para conceder esa autorización de entrada corresponde al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y no a la Sala porque no estamos ante el ejercicio de la potestad de ejecución de dichas resoluciones por cuanto que no se adoptó ninguna medida cautelar, sino que estamos simple y llanamente ante la ejecución del acto inicial administrativo que es inmediatamente ejecutable de conformidad con lo establecido en el art. 94 de la Ley 30/92».

⁴⁸ En relación con lo que se plantea en el texto es curioso el supuesto de la STSJ de Galicia 323/2012, de 13 de junio (JUR 2013/27194), en el que en el proceso de recurso contra una orden de demolición de una construcción se acuerda la suspensión, pero a posteriori el órgano judicial la levanta y ordena la ejecución; ejecución para la cual el TSJ de Galicia así como el juez de instancia estiman que no es necesaria autorización de entrada alguna puesto que se trata de la ejecución de una resolución judicial.

ejecución de una resolución judicial, de modo que el único precepto de aplicación sería el artículo 18.2 de la Constitución.

- b. *La denegación de la autorización judicial de entrada como consecuencia de la pendencia de una medida cautelar de suspensión asociada a un recurso contencioso-administrativo.*

Se ha dicho ya que parte de la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia asocia como única consecuencia a la pendencia de una medida cautelar de suspensión la de que el juzgado de lo contencioso-administrativo deba denegar dicha autorización judicial de entrada, pues carece el acto administrativo de uno de los principales requisitos para ser llevado al plano material: no es ejecutivo. Se descarta así que la mera interposición de un recurso tenga efecto alguno⁴⁹. La importancia radica en la comprobación de la ejecutividad de la decisión administrativa por parte del juzgado de lo contencioso-administrativo; comprobación que debe entenderse comprendida en su función de control de la legalidad de la entrada en el domicilio o en la propiedad privada en ejecución de un acto administrativo.

Destaca especialmente en este sentido la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, del cual han podido localizarse varias resoluciones⁵⁰, sin olvido de los pronunciamientos de otros tribunales superiores de justicia⁵¹. A modo de ejemplo, sirva la transcripción del FJ 4.º *in fine* de la sentencia 479/2003, de 27 de marzo⁵², en la que el Tribunal catalán se expresa en los siguientes términos ante el recurso interpuesto por un consistorio local contra el auto que le denegaba la autorización, por haber sido suspendida la ejecutividad del acto por otro órgano judicial:

El juez contencioso-administrativo, competente por razones del territorio, para conocer de las autorizaciones de entrada en domicilio para la ejecución forzosa de actos administrativos al amparo del artículo 91.2 de la

⁴⁹ Entre otras, la STSJ de Castilla y León (Burgos) 12/2003 de 26 de mayo (JUR 2003/143831); la STSJ de Madrid 178/2008 de 24 de junio (JUR 2008/283400).

⁵⁰ Entre otras, las SSTSJ de Cataluña 479/2003, de 27 de marzo (JUR 2004/39744); 857/2003, de 2 diciembre (JUR 2004/29075); 611/2007, de 27 de junio (JUR 2007/310015); 748/2007, de 27 de julio (JUR 2007/336079); 631/2008, de 6 de mayo (Cendoj 08019330032008100359); 100/2009, de 6 de febrero (JUR 2009/387842).

⁵¹ Por ejemplo, las SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de julio de 2000 (JUR 2001/75375); (Granada) 1393/2000 de 17 de octubre (RJCA 2001/261) y 3497/2003, de 28 de noviembre (JUR 2004/13258); la STSJ de Baleares 658/2005 de 15 de julio (JUR 2005/185614); la STSJ de Castilla-La Mancha 45/2000, de 12 de mayo (RJCA 2000/2022); las SSTSJ de Castilla y León 1793/2002, de 5 de diciembre (JUR 2003/73733); 177/2003, de 13 de febrero (JUR 2003/135308) y 1084/2003, de 29 de septiembre (JUR 2004/232773); la STSJ de Madrid 69/2001, de 18 de enero (JUR 2001/114733); las STSJ de Valencia 1945/2002, de 28 de noviembre (JUR 2004/17301) y 368/2008, de 16 de abril (JUR 2008/188263); STSJ de Murcia 778/2012, de 21 de febrero (JUR 2012\359393); STSJ de Cantabria 185/2012, de 1 de marzo (JUR 2012/381286).

⁵² STSJ de Cataluña 479/2003, de 27 de marzo (JUR 2004/39744).

Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción dada por la Ley orgánica 6/1998, de 13 de julio, debe *inadmitir* las solicitudes cuando resulte manifiestamente improcedente la petición administrativa por contradecir la decisión jurisdiccional dictada por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que conozcan de la actividad administrativa que sirve de soporte a la ejecución para la que se solicita la entrada en el domicilio, o *dictar una resolución motivada, denegando la autorización*, si comprueba que interfiere en la potestad jurisdiccional del órgano que conoce del proceso principal, *lo que resulta más conforme con el deber de motivación del juez* exigible con especial intensidad cuando limita derechos fundamentales; que se engarza en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución.

El juez contencioso-administrativo *no puede, por tanto, ni acordar elevar la solicitud de entrada al órgano contencioso-administrativo que resulte competente por conocer del recurso contencioso-administrativo principal*, en el que se haya ya suscitado la petición de entrada en domicilio en ejecución de un Auto de medidas cautelares o en ejecución de sentencia, al deber la Administración efectuar la petición en este proceso, por resultar inadecuada la acumulación del procedimiento de autorización de entrada a la pieza de medidas cautelares o a la pieza de ejecución del proceso principal, en razón de la autonomía y especialidad de ambos procedimientos, y constituir una indebida ablación del ejercicio de su competencia *ratione materiae*, *ni puede autorizar la entrada en el domicilio*, cuando resulte incompatible con la decisión firme del órgano jurisdiccional que conozca del recurso contencioso-administrativo principal, en que se enjuicia la legalidad de la actuación administrativa que da cobertura a la entrada en el domicilio.

Igualmente, como se desprende del fragmento transcrito, se desestima que lo que proceda por parte del juez sea aguardar, una vez recibida la petición de autorización de entrada, hasta que se resuelva la medida cautelar de suspensión. Por el contrario, corresponde no conceder la autorización, sin perjuicio de que posteriormente la Administración pueda volver a solicitar la autorización una vez se haya acordado denegar o no admitir la petición de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo⁵³. Posición esta con la que coincido plenamente.

En posterior pronunciamiento, el TSJ de Cataluña ha perfilado dicha doctrina, manifestándose en los siguientes términos sobre el alcance de la interposición de un recurso cuando existe una solicitud de autorización de entrada:

⁵³ En este sentido, también la STSJ de Madrid 263/2000, de 21 de marzo, FJ 4.º in fine (RJCA 2000/2146); la STSJ de Valencia 368/2008, de 16 de abril (JUR 2008/188263). En contra, la STSJ de Castilla y León 1793/2002, de 5 de diciembre (JUR 2003/73733).

(...) si con posterioridad [a la petición del auto de entrada] la parte que impugne judicialmente el acto de cuya ejecución forzosa administrativa se trata *promueve el correspondiente recurso contencioso administrativo que corresponde a otro Juzgado* se entiende que *con ello no se afecta a la competencia judicial del que estaba actuando en materia de autorización de entrada*, desde luego sin perjuicio de poderse incidir en la valoración de aquél en la medida que se pretendiesen medidas cautelares judiciales suspensivas de la ejecutividad del acto de cuya ejecución en vía administrativa se trate.

Es así que *la más coordinada actuación*, exenta de falta de información pormenorizada e inmediata, se produce *cuando la solicitud de autorización judicial de entrada se plantea en el mismo Juzgado ante el que se pretende la impugnación del acto de cuya ejecución se trata* y que, por ende, en su caso entiende de la medida judicial cautelar de suspensión de la ejecutividad del mismo.

Pero ello interesa reiterarlo nada quita ni nada añade a la posibilidad que acontezca el supuesto precitado de un Juzgado que entienda de la autorización de entrada y otro de la impugnación y medida cautelar judicial de suspensión de la ejecutividad del acto de cuya ejecución forzosa administrativa se trata.

Por consiguiente ante esa tesitura, en la que puede acontecer el *riesgo de que antes de su resolución se haya pretendido y todavía no resuelto la suspensión judicial de la ejecutividad del acto de cuya ejecución en vía administrativa se trata*, debe señalarse que es el caso que actualmente se enjuicia y que obliga a entender que *no procede la autorización de entrada hasta que se haya logrado un pronunciamiento jurisdiccional desestimatorio de esa pretensión o de contenido análogo ya que resulta un prius lógico y jurídico esperar y atender a lo que se resuelva en esa sede*⁵⁴.

Si bien el TSJ catalán se mantiene en la postura de que la interposición de un recurso no altera el orden competencial, aquí pone de manifiesto que nada impide que la Administración se dirija al órgano judicial que conoce del recurso⁵⁵. Al margen de dicha

⁵⁴ STSJ 580/2011, de 5 de julio, FJ 4.º (RJ 2011\365558).

⁵⁵ En el mismo tono en la STSJ de Cataluña 739/2010, de 28 de septiembre, FJ 1.º (JUR 2010/393426). que estima que «para el caso de existencia de un proceso jurisdiccional contencioso administrativo nada imposibilita que la administración deduzca su solicitud de entrada ante el mismo órgano jurisdiccional que entiende del asunto de que se trate o de la suspensión solicitada por la parte afectada, en méritos del artículo 7.1 de aquella ley, de forma que el mismo órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento del acto administrativo y la decisión sobre su suspensión cautelar pueda pronunciarse sobre la entrada solicitada para atender a la ejecutividad del acto, si ello fuese lo procedente».

variación, es importante destacar que el TSJ se mantiene firme en denegar la autorización en tanto que la ejecutividad del acto esté pendiente ante otro órgano judicial, sin perjuicio que una vez se resuelva al respecto, se peticione nueva autorización si procede.

- c. *La importancia del tiempo y la aplicación del aforismo prior in tempore, potior in iure.*

Al margen de cuál sea la interpretación de la STC 199/1998, de 13 de octubre, que se acepte, lo cierto es que el elemento temporal es en todas ellas de suma importancia pues, fuere cual fuere el efecto que se asocie a la interposición de un recurso y pendencia de una medida cautelar, debe determinarse el momento a partir del cuál dicho efecto se produce. Así, si se interpreta que la interposición de un recurso y pendencia de una medida cautelar de suspensión implican la sustracción de la competencia de los juzgados de lo contencioso-administrativo, es necesario conocer a partir de qué momento en relación con la petición de autorización de entrada se produce la interferencia entre órganos judiciales susceptible de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. Del mismo modo, si aquello que se entiende es que la pendencia de una medida cautelar de suspensión implica la denegación de la autorización judicial de entrada —no el traslado competencial— es clara la importancia del tiempo para determinar si procede o no la denegación.

Ciertamente, uno de los aspectos más relevantes en la argumentación seguida en la sentencia 199/1998, de 13 de octubre, radica en la atención que el Tribunal presta al momento en el que, por un lado, la Administración se dirige a la jurisdicción para solicitar la autorización judicial de entrada y, por el otro, aquel en el que las administradas acuden a la jurisdicción para interponer el recurso oportuno contra la actuación administrativa⁵⁶. Y es que, aquello que condicionó en último término el fallo emitido —por el que se estimó la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva— es el hecho de que la Administración solicitara la autorización de entrada con posterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo y la petición de suspensión del acto, ya que, tal como se afirma en el FJ 3.º de la sentencia, «iniciado en el presente caso el proceso contencioso-administrativo con anterioridad a la solicitud de autorización para la entrada en domicilio quedaba fuera del art. 87.2 LOPJ el otorgamiento de la misma (...) y ello conduce a declarar vulnerado a las recurrentes el derecho garantizado por el art. 24.1 CE, por corresponder a dichos Tribunales pronunciarse sobre lo que es objeto de las resoluciones impugnadas».

Esto se confirma en posteriores pronunciamientos constitucionales en los que se ha dado continuidad a la doctrina establecida en la STC 199/1998. Así, por ejemplo, en la

⁵⁶ Véase así el FJ 1.º *in fine* de la STC 199/1998, de 13 de octubre (RTC 1998/1999), en la que antes de adentrarse en el fondo de la cuestión el Tribunal considera oportuno «efectuar algunas precisiones» entre las que se incluye la relativa a los aludidos aspectos temporales.

sentencia 283/2000, de 27 de noviembre, el Tribunal Constitucional no aprecia vulneración del mencionado derecho, ya que «en la tramitación seguida en la jurisdicción penal (que, volvemos a repetir, se inició sin que pendiese en la jurisdicción contencioso-administrativa solicitud alguna de suspensión), dispuso de varios momentos para hacer valer su derecho»⁵⁷. En el mismo sentido a *sensu contrario*, en la STC 92/2002, de 22 de abril, se declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva porque «en el momento de incoar las diligencias indeterminadas por parte del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Ourense, por providencia de 20 de enero de 1998, el recurrente ya había interpuesto recurso contencioso-administrativo, con fecha 9 de enero de 1998, solicitando la suspensión del acuerdo (...)»⁵⁸.

Estos argumentos vienen corroborados por el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 abril 2003⁵⁹, en la que el Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación contra la desestimación por el TSJ de Canarias de un recurso en procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Entre otros, el recurso se fundamenta en la falta de competencia del juzgado de instrucción que autorizó la entrada para ejecutar un acto administrativo, ya que cuando se dictó dicha autorización estaba pendiente un recurso contencioso frente al Tribunal Superior de Justicia, sobre el cual recaía la competencia para conceder la autorización, según el parecer de la recurrente en base a la STC 199/1998. Asumiendo la doctrina de la STC 199/1998, de 13 de octubre, el Tribunal Supremo pone de manifiesto las sustanciales diferencias entre los hechos que dieron lugar a la referida sentencia constitucional y al presente recurso de casación. En concreto, observa el Tribunal que la petición de autorización por parte de la Administración fue previa a la interposición de recurso contencioso-administrativo frente a la actuación administrativa, con lo cual «[n]o fue pues el Juzgado de Oviedo el

⁵⁷ FJ 5.º de la STC 283/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000/283). Especialmente recomendable la lectura de este pronunciamiento constitucional, pues en él se desarrolla considerablemente la doctrina sentada en la STC 199/1998. Por un lado, el Tribunal no solo atiende en su argumentación al momento en el que se van sucediendo en la tramitación ante la jurisdicción penal tanto la petición de autorización, como los posteriores recursos contra los autos dictados; sino que también se atiende al momento en el que la jurisdicción penal emite los fallos en materia de autorización en relación con la tramitación seguida ante la jurisdicción contencioso-administrativa de los pertinentes recursos y medidas cautelares de suspensión. Por otro lado, también tiene en cuenta en su argumentación el hecho de que, durante la tramitación del procedimiento en sede penal, el recurrente nada alegara respecto de la petición de suspensión, aún teniendo oportunidad para ello. Al caso, lo relevante es que el TC llega al fallo a través de la acumulación de los anteriores extremos, ampliándose o desarrollándose así la doctrina de la STC 199/1998. Sin duda, parte de la «complejidad argumentativa» de la STC 283/2000 se debe a que en los hechos enjuiciados se da el encadenamiento de la interposición de recursos por parte del administrado tanto contra el auto que autorizaba la entrada como contra la actuación administrativa, de modo que en último término estuvo en manos del administrado la posibilidad de provocar la «interferencia» o colisión entre los distintos órganos judiciales, desvirtuándose así en gran medida el objeto de tutela amparado por la STC 199/1998 y la doctrina que allí sentó el máximo intérprete de la Constitución.

⁵⁸ FJ 4.º de la STC 92/2002, de 22 de abril (RTC 2002/92).

⁵⁹ STS de 28 de abril de 2003 (RJ 2003/3414).

que interfirió en un recurso pendiente, sino la interesada la que recurrió en vía contencioso-administrativa la solicitud de autorización formulada por la Administración».

A todo ello, no obstante, cabe apuntar algunas precisiones derivadas tanto de la aludida jurisprudencia constitucional como de la de nuestros tribunales superiores de justicia.

En relación con los pronunciamientos constitucionales es preciso constatar que, a pesar de que de la STC 199/1998 se desprenda que la importancia radica en el momento en el que se petitiona la autorización de entrada, en relación con el momento de interposición de los recursos contencioso-administrativos contra la actuación administrativa y petición de medidas cautelares, lo cierto es que en los posteriores pronunciamientos constitucionales mencionados, de un modo u otro, el Tribunal entra a considerar si en el momento de concederse la autorización o desestimarse los recursos contra la misma existía la pendencia de una medida cautelar de suspensión. Así, por ejemplo, en el FJ 4.º *in fine* de la STC 283/2000, de 27 de noviembre, se afirma que «[l]as resoluciones penales frente a las que se dirige la demanda de amparo (...), no recayeron mientras pendía una solicitud de tutela cautelar ante lo contencioso-administrativo». Por su parte, en el FJ 4.º de la STC 92/2002, de 22 de abril, se confirma que «[d]icho recurso estaba pendiente de resolución al dictarse por el citado Juzgado el Auto de 12 de febrero de 1998 autorizando la entrada en la propiedad del recurrente».

Si bien junto a las anteriores circunstancias concurre en ambas sentencias el hecho de que la interposición de la petición de autorización o recurso contra la misma en relación con el recurso contra la actuación administrativa es posterior o anterior según fuere el caso, es evidente que el Tribunal apoya argumentativamente su decisión en la circunstancia de que el fallo relativo a la autorización de entrada recaiga estando o no pendiente la ejecutividad de la actuación administrativa. Ello hace que surja inevitablemente la duda de si el Tribunal hubiere apreciado igualmente la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de no haberse concedido la autorización de entrada o de haberse estimado los recursos interpuestos por el administrado. Cuestión esta que probablemente quedará sin respuesta, pues difícilmente recurrirá el administrado alegando la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la «interferencia» del órgano judicial —ya de instrucción, ya de lo contencioso-administrativo— le repercuta positivamente, en tanto que implica la denegación de la autorización de entrada.

A imagen y semejanza de la jurisprudencia constitucional, la de los tribunales superiores de justicia oscila entre ambos elementos temporales, aunque ciertamente existe muy poca jurisprudencia incida razonadamente en el aspecto temporal. Así, existen algunas resoluciones en las que se pone de manifiesto que aquello relevante es si en el momento de petición de la autorización existía recurso contencioso-administrativo y medida

cautelar pendiente⁶⁰; pero lo cierto es que casi la totalidad de resoluciones en las que en un sentido u otro se aborda esta cuestión se obvia el elemento temporal de modo que de los mismos se desprende que lo determinante es si en el momento de resolverse la petición de autorización de entrada existía la interposición de un recurso y la pendencia de una medida cautelar⁶¹.

Ello no obstante, es menester insistir en la importancia del elemento temporal pues si se asume que lo que debe tenerse en cuenta es el momento en que se peticiona la autorización judicial de entrada en relación con la pendencia de un recurso y medida cautelar, como ya advirtió QUINTANA LÓPEZ, ello «propicia que las partes deban apresurarse a iniciar la ejecución y solicitar la autorización judicial, en el caso de la Administración, o pedir la suspensión de los efectos del acto en una impropia aplicación del principio *prior in tempore prior in ius*»⁶².

Además, las consecuencias de la determinación de un justo momento en el tiempo para la derivación de los efectos que se estimen acertados, serán de alcance bien distinto según se entienda que conlleva el traslado competencial o la denegación de la autorización. Es decir, si la consecuencia de la pendencia del recurso y medida cautelar acarrea el traslado a manos del órgano judicial que conozca de dicho recurso, nada implica respecto del contenido de la decisión de dicho órgano ante de la petición que se le asociara. En cambio, si la consecuencia de la pendencia del recurso y medida cautelar implica la denegación de la autorización y se establece para ello que la petición de la medida de suspensión debe ser previa a la petición de la autorización, parece que *a sensu contrario* deberían concederse aquellas autorizaciones a pesar de que posteriormente a su petición constara la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo; conclusión que no puede aceptarse. Por ello debe insistirse en la importancia de que existan a disposición del titular del juzgado de lo contencioso-administrativo —competente a mi entender en materia de autorización en todo caso cuando se trate de la ejecución de actos administrativos—mecanismos suficientes para que en el procedimiento por el que

⁶⁰ Así en la STSJ de Andalucía de 20 de julio de 2000 (JUR 2001/75375); la STSJ Castilla y León (Valladolid) 1084/2003, de 29 de septiembre (JUR 2004/232773), que concluyen que ello supone la denegación de la autorización.

En el sentido de trasladar la competencia al órgano que conoce de dicho recurso o medida cautelar, la STSJ de Castilla-La Mancha 10134/2005, de 22 diciembre (JUR 2006/48265); las SSTSJ del País Vasco 696/2000, de 22 de junio (JUR 2001/37754); 478/2005, de 17 de junio (JUR 2005/207549); 693/2005, de 14 de octubre (JUR 2006/59488) y 707/2006, de 3 de octubre (JUR 2007/91175).

En el sentido de que si el recurso es posterior a la petición de la autorización la competencia no se ve alterada la STSJ de Madrid 79/2013, de 31 de enero (JUR 2013/126274).

⁶¹ Como ejemplos, por todas, las SSTSJ de Castilla y León 177/2003, de 13 de febrero (JUR 2003/135308) y 253/2004, de 17 de junio (JUR 2004/192524); STSJ de Madrid 13/2013, de 10 de enero, FJ 3.º (JUR 2013/102156).

⁶² Manuel PULIDO QUECEDO, «Ejecución de sentencia contencioso-administrativa y autorización judicial de entrada en domicilio», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 17, 1998 (Tribuna). Acceso a través de www.westlaw.es, referencia BIB 1998/1782.

se sustancia la petición de autorización tenga conocimiento en el momento de tomar su decisión de si la decisión administrativa en cuestión es ejecutiva, al margen de que la petición de autorización fuera previa o posterior a la interposición del recurso y pendencia de la medida cautelar.

- d. *La importancia de que administrado y Administración pongan de manifiesto que existe pendencia de un recurso y que pende una medida cautelar de suspensión.*

Por los motivos que acaban de exponerse es de suma importancia que tanto el administrado como la Administración pongan de manifiesto, por las vías pertinentes, que el acto para cuya ejecución se solicita la autorización de entrada ha sido recurrido y contra el mismo pende o ha sido acordada una medida cautelar de suspensión. En el caso de la Administración, deberá en el momento de presentar su petición al órgano judicial dejar constancia de la ejecutividad del acto administrativo para cuya ejecución se requiere la autorización judicial de entrada⁶³. Desde la perspectiva del administrado —la parte que sin duda mayor interés tiene en poner de manifiesto que la decisión administrativa no es ejecutiva—, la oportunidad para manifestarse en este sentido se producirá durante la tramitación del proceso judicial, en concreto en el trámite de audiencia.

La relevancia de que las partes, en concreto el administrado, pongan de manifiesto la existencia de un recurso y de una medida cautelar, se deduce de la ya aludida STC 283/2000, de 27 de noviembre, en la que el Tribunal estima que no se dio interferencia entre jurisdicciones, a pesar de que la jurisdicción penal se pronunciara sobre la autorización de entrada estando pendiente un recurso ante la jurisdicción contenciosa habiéndose solicitado suspensión. Argumenta el Tribunal Constitucional que «tampoco cuando recayó este segundo Auto acerca de la autorización de entrada por el Juez penal se hallaba pendiente ante la jurisdicción contencioso-administrativa alguna petición de suspensión *que hubiese podido ser conocida* por la Audiencia Provincial» en tanto que el administrado no lo puso en conocimiento del juez. Este es uno de los motivos en los que el Tribunal fundamenta la denegación del amparo solicitado por el recurrente por violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De lo anterior CÓRDOBA CASTROVERDE deduce que «el que una resolución judicial vulnere este derecho fundamental, por interferir en el proceso pendiente ante otro orden jurisdiccional, depende no de que exista tal recurso sino de que lo conozca el órgano jurisdiccional que autoriza la entrada en el momento de dictarlo»⁶⁴.

⁶³ De no hacerlo, debe entonces el órgano judicial solicitar junto a la remisión del expediente administrativo completo, que la Administración ponga de manifiesto si tiene conocimiento de la interposición de recurso alguno contra la actuación administrativa. En este sentido, véase Rogelio GÓMEZ GUILLAMÓN, «El artículo 87.2 de la LOPJ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. 23, 1991, p. 84.

⁶⁴ Diego CÓRDOBA CASTROVERDE, «Autorizaciones de entrada en domicilio en el orden contencioso-administrativo. Situación actual», *cit.*, pp. 5 y 6.

De aquí, entre otros motivos, la importancia de que en el proceso judicial por el que se sustancia la petición de autorización de entrada se prevea la celebración de una fase de contradicción en la que el administrado, y también la Administración, puedan hacer las alegaciones que estimen convenientes⁶⁵. Se insistía en ello en la STSJ de Madrid 69/2001, de 18 de enero, que postulaba a favor de la celebración de una audiencia pues en «esa audiencia el juez podrá fácilmente comprobar si la ejecución del acto que precisa para su ejecución por la Administración de la autorización judicial de entrada está o no suspendida por resolución de otro órgano judicial»⁶⁶.

Atribuyen también una destacada relevancia a la celebración de una audiencia algunos pronunciamientos de nuestros TSJ, aunque en un sentido diverso, pues entienden que si el administrado no pone de manifiesto cuando tiene oportunidad para ello que el acto administrativo para cuya ejecución se solicita la autorización de entrada no es ejecutivo, no podrá posteriormente hacer valer dicha falta de ejecutividad del acto para impugnar el auto que concedió la autorización de entrada. Así, por ejemplo, se pronuncia el TSJ de Andalucía (Granada) en la sentencia 15/2009, de 2 de febrero⁶⁷, desestimando el recurso de apelación contra la autorización concedida por el juez *a quo* a pesar de que cuando el Ayuntamiento solicitó la autorización de entrada, existía un recurso interpuesto contra el acto a ejecutar y una petición de suspensión del mismo, porque «(...) es de reconocer que la apelante no acreditaba con su escrito de oposición a la autorización de entrada, ni la interposición del recurso ni la solicitud de suspensión de la resolución de demolición de cuya ejecución se trata, lo que explica que el órgano de instancia no tuviera en cuenta la argumentación esgrimida por el oponente» y, es que, «lo cierto es que no es exigible al Juez de instancia suplir la omisión de la apelante quien tan solo se limitó a efectuar una simple alegación carente de toda prueba» (FJ 4.º). En sentido análogo, el TSJ del País Vasco pone de manifiesto en la sentencia 696/2000, de 22 de junio⁶⁸, que «corresponde a la parte interesada poner en conocimiento del Juzgado ante el cual se interesó la autorización para la entrada en el domicilio, la existencia del recurso contencioso-administrativo promovido a su instancia y la solicitud de la medida cautelar de suspensión, ya que sólo él está en condiciones de hacerlo, de forma que si no lo hace, no cabrá reprochar a la resolución que en su caso se dicte por el Juzgado en el incidente, al no haber tenido en cuenta que otro Juzgado o Tribunal se halla conociendo de la cuestión principal y se ha pronunciado sobre la ejecutividad del acto en el incidente de medidas cautelares». En este supuesto, sin embargo, el TSJ constata que en el procedimiento seguido ante el juez *a quo* «se dictó el auto sin dar traslado a la parte aquí recurrente para que formulara alegaciones acerca de la solicitud presentada por la Administración, por lo que ha de

⁶⁵ Sobre este extremo, véase el epígrafe III.2.A sobre *Las distintas posturas jurisprudenciales y doctrinales respecto de la celebración de un trámite de audiencia*.

⁶⁶ FJ 4.º de la STSJ de Madrid 69/2001, de 18 de enero (JUR 2001/114733).

⁶⁷ STSJ de Andalucía (Granada) 15/2009, de 2 de febrero, FJ 4.º (JUR 2009/225771).

⁶⁸ STSJ del País Vasco 696/2000, de 22 de junio, FJ 3.º (JUR 2001/37754).

concluirse que no tuvo ocasión de poner en conocimiento del Juzgado la paralela tramitación del recurso principal ante otro Juzgado», motivo por el cual se estima el recurso.

C. Efectos de la resolución judicial de un recurso en la ordenación de la competencia objetiva y otros efectos.

Como adelanta el título de este epígrafe, se abordan finalmente los efectos que se derivan de la resolución de un recurso contra un acto administrativo en el marco de la institución de la autorización de entrada, pero se parte de la distinción entre aquellos efectos que se proyectan en la ordenación de la competencia objetiva y aquellos cuya proyección alcanza otros aspectos relativos a la autorización de entrada. Es preciso aclarar desde un buen principio el porqué de esta distinción, así como justificar que se aborde en este momento.

Como ya se ha ido adelantando a lo largo de los anteriores epígrafes, la STC 199/1998 descansa o se apoya en cierto sentido en la sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991, de 18 de julio, en la que, resumidamente, el Tribunal estableció que una vez recaída una resolución judicial, en caso de exigir su ejecución una autorización judicial de entrada, no era necesario que se dictara una nueva resolución autorizante, pues dicha decisión judicial ya ejercía las veces de resolución judicial en amparo de la entrada y la inviolabilidad domiciliaria. En definitiva, no se trata ya de autorizar la entrada para la ejecución de un acto de la Administración pública, sino para la ejecución de una decisión judicial. Sentado este marco, es claro que la doctrina derivada en este sentido de la STC 160/1991 en nada afecta a la distribución competencial en materia de autorización judicial de entrada que disciplinan el artículo 91.2 de la LOPJ, el artículo 8.6 de la LRJCA o el 96.3 de la LRJAPyPAC, pues estos se refieren a las entradas para la ejecución de actos de la Administración Pública. Sin embargo, el alcance de la STC 160/1991 ha sido entendido o matizado por alguna doctrina en otros sentidos, estos sí relativos a lo competencial. De ahí que, por razones de sistemática, al operar esta sentencia constitucional a modo de eje a partir del cual se desprenden efectos dispares sobre la institución de la autorización de entrada —algunos de orden competencial, otros no—, se juzgue conveniente abordar su alcance en todas las facetas de forma unitaria.

- a. *La sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991, de 18 de julio, y la distinción entre ejecución de actos administrativos y la ejecución de resoluciones judiciales.*

La relevancia de la STC 160/1991, de 18 de julio⁶⁹, se asienta en el hecho de suponer un explícito giro jurisprudencial en materia de autorización judicial de entrada, ya que como el mismo Tribunal Constitucional manifestó en el texto de la sentencia supone un

⁶⁹ STC 160/1991, de 18 de julio (RTC 1991/160).

apartamiento de la doctrina sentada en la STC 22/1984, de 17 de febrero⁷⁰, en los términos que se entran a detallar a continuación.

En la sentencia 160/1991, de 18 de julio, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por un grupo de personas afectadas por el derribo del caso urbano de Riaño a resultas de un proceso de expropiación forzosa para la construcción de un pantano, en el que alegan, entre otros, que las actuaciones materiales llevadas a cabo por la Administración supusieron la vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio al haber sido efectuadas sin la debida autorización judicial de entrada. Los recurrentes de amparo fundamentan su alegación en la STC 22/1984, de 17 de febrero, en la que como se recordará el Tribunal Constitucional resolvió que la compatibilidad del ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio exigía, según el artículo 18.2 de la Constitución, una resolución judicial que autorizara aquella actuación administrativa que implicara la penetración en un domicilio. Pero en el desarrollo de esta doctrina, el TC otorgó incluso un mayor alcance a la exigencia de la resolución judicial llamada a proteger la inviolabilidad del domicilio, afirmando en el FJ 5.º de la STC 22/1984 lo siguiente:

De la facultad que el titular del derecho sobre el domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas. La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que se trata de una resolución tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa, como ocurre en el presente caso. A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una resolución de la Jurisdicción ordinaria en materia civil. Si los agentes judiciales encargados de llevar, por ejemplo, a cabo un desahucio o un embargo encuentran cerrada la puerta o el acceso de un domicilio, sólo en virtud de una específica resolución judicial pueden entrar. Por consiguiente, el hecho de encontrarse ejecutando una decisión, judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro en un domicilio particular.

La claridad de los términos en los que se manifestó el TC no dejaba lugar a dudas: tanto la ejecución de sentencias como la ejecución de actos administrativos exige una resolución judicial independiente que autorice la entrada y las actuaciones a realizar en el domicilio afectado por la ejecución.

⁷⁰ STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984/22).

Ante la anterior conclusión, la doctrina no tardó en oponer reticencias, calificando la exigencia de una nueva resolución judicial para autorizar la entrada en un domicilio en ejecución de una dictada anteriormente como «redundante»⁷¹, «radical»⁷² o «extremado»⁷³. Quizás ello contribuyera en parte a que el Tribunal Constitucional se alejara de la STC 22/1984 en este aspecto, al dictar la STC 160/1991, de 18 de julio, en la que el explícitamente puso de manifiesto que «debemos apartarnos, en los términos previstos en el art. 13 LOTC, de la doctrina sentada en la Sentencia 22/1984, en lo que constituía su *ratio decidendi*, acerca de la exigencia de una duplicidad de resoluciones judiciales»⁷⁴; no sin antes insistir en la distinción entre la ejecución de actos administrativos y la ejecución de resoluciones judiciales, en los siguientes términos (FJ 8.º):

En el presente caso no estamos, por tanto, ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos amparada en el privilegio de la denominada autotutela, sino ante la ejecución de resoluciones judiciales firmes que autorizaron a la Administración a desalojar y derribar las viviendas expropiadas conforme a Derecho. Se trata, pues, de ejecución de Sentencias —y no de actos administrativos—, que en principio corresponde al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso (...).

A partir de aquí, el TC empieza su argumentación adelantando ya la que será su conclusión, una de las más importantes vertida en materia de inviolabilidad de domicilio y autorización judicial de entrada tras la STC 22/1984:

Corresponde al Juez, según lo señalado, y de acuerdo con el art. 18.2 C.E., llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Y una vez realizada tal ponderación, se ha cumplido el mandato constitucional.

⁷¹ Alfonso DE ALFONSO BOZZO, *op. cit.*, p. 173.

⁷² Tomás FONT I LLOVET estima que «la postura del Tribunal Constitucional es, por así decirlo, radical» (p. 145). Y es que este autor entiende que podría interpretarse que «tal resolución judicial no hubiera de ser otra que la sentencia firme del juez contencioso que había declarado la legitimidad del acuerdo de demolición. Porque sería, según la línea que aventuramos, en estricta ejecución de tal sentencia, y para dar cumplimiento a la misma, que la Administración ordenaría el desalojo de la vivienda a demoler, estando la Administración no sólo legitimada, sino incluso obligada, a adoptar dicha resolución». Tomás FONT I LLOVET, *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Madrid, Civitas, 1985, p. 142.

⁷³ Y concluía Alejandro NIETO que todo ello «significa una desconfianza radical tanto frente a la Administración como frente a los mismos órganos jurisdiccionales». Alejandro NIETO, «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», en *RAP*, núm. 112 (1987), p. 44.

⁷⁴ FJ 9.1 de la STC 160/1991, de 18 de julio (RTC 1991/160).

Sobre las anteriores premisas inicia el Tribunal su razonamiento, condensado en el FJ 9.º, para llegar a la conclusión de que para la ejecución de una resolución judicial no es necesaria una nueva resolución en garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio:

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

Pero el Tribunal advierte que su argumentación, tras haberse consolidado ya la doctrina de la STC 22/1984, contiene un punto flaco; a saber, la resolución judicial dictada para proteger la inviolabilidad del domicilio no supondría la revisión de aquella dictada previamente, sino que se focalizaría en lo atinente a la tutela del derecho fundamental, ante lo cual el TC discurre como sigue:

En contra de lo que acaba de afirmarse, podría argüirse que la intervención del órgano judicial no sería meramente ritual y mecánica ya que vendría a efectuar la correcta y debida individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa y el cumplimiento de los elementales formalismos que deben preceder a la ejecución forzosa de todos los actos administrativos y, en particular, de aquellos que pueden suponer la lesión de derechos fundamentales. Sin embargo, ello no es así en el presente caso, ya que se trata de *una ejecución en línea directa o de continuidad*⁷⁵, donde se da una identidad absoluta entre el acto de ejecución material y su

⁷⁵ Me parece oportuno recordar aquí que Fernando LÓPEZ RAMÓN sostuvo este como uno de sus principales argumentos contra la doctrina sentada por la STC 22/1984, de 17 de febrero. En concreto, el mencionado autor defendía, en relación con la ejecución de actos administrativos, que «cuando la actividad práctica —sobre el terreno de los hechos físicos— se produce —como debe ser, con arreglo a Derecho— en “línea de continuación” clara, sin alterar el acto intelectual que lleva a la práctica, carece de sentido identificar una violación del ordenamiento jurídico en las medidas materiales de ejecución y no en el acto que las ampara». Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de estudios de la administración local y autonómica (REALA)*, núm. 225, 1985, p. 63.

título habilitante que no necesita ni permite siquiera, que se intercale ninguna actuación intermedia de individualización y que, por ello, hace innecesaria una nueva intervención judicial que en este caso sí sería, sin duda, hueca y carente de significado, pues ninguna garantía añadiría a la protección del derecho fundamental de que se trata. Ello sin perjuicio de que, si surgieran incidentes en la ejecución de una resolución judicial, fueran competencia según las normas procesales (55 LEC y 41 LJCA) del órgano jurisdiccional que hubiera dictado tales resoluciones. Ha de concluirse, pues, que, una vez recaída una resolución judicial que adquiera firmeza y que dé lugar, por su naturaleza y contenido, a una entrada domiciliaria, tal resolución será título bastante para esa entrada, y se habría cumplido la garantía del art. 18 C.E.

Desde mi punto de vista, la importancia de la argumentación del Tribunal Constitucional —y, por extensión, del alcance de la doctrina que en la sentencia se sienta— radica no tanto en lo que se dice, sino en lo que no se dice.

Por un lado, como se habrá ya advertido, el Tribunal no justifica explícitamente la *inesariedad* de una nueva resolución judicial en el hecho de que un órgano judicial haya verificado la legalidad de la decisión administrativa, sino que lo anterior solo es susceptible de leerse entre líneas. Con ello se reafirma aquella concepción a la que dio pie la STC 22/1984 según la cual la legalidad de la decisión administrativa formal y la legalidad de la actuación administrativa material en ejecución de aquella para penetrar en un domicilio constitucionalmente protegido, discurren por sendas paralelas, siendo requisito de legalidad de la segunda la autorización judicial de entrada. Por el contrario, justifica dicha *inesariedad* en el hecho de que el traslado al plano de la realidad fáctica de la decisión judicial discurre o, más bien dicho, ha discurrido «en línea directa o de continuidad». Es preciso advertir que el Tribunal puede «en el presente caso» juzgar si la ejecución fue en línea directa o de continuidad, pues es claro que la expropiación implica necesariamente la entrada en un domicilio, pero especialmente porque al pertenecer los hechos al pasado este era un elemento que efectivamente podía constatar; pero no por ello toda ejecución de una resolución judicial en la que intervenga la Administración seguirá necesariamente esta línea directa o de continuidad. Quizás teniendo lo anterior en mente, el Tribunal juzgara adecuado añadir que «si surgieran incidentes en la ejecución de una resolución judicial, [serían] competencia según las normas procesales (55 L.E.C. y 41 L.J.C.A.) del órgano jurisdiccional que hubiera dictado tales resoluciones».

Por otro lado, amparado en la necesaria ejecución en línea directa o de continuidad de la resolución judicial, el máximo intérprete de la Constitución da a entender que no es necesario que la misma incorpore un contenido específicamente orientado a la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Igualmente, el Tribunal tampoco entra a discurrir sobre los posibles contenidos de una decisión

judicial a la cual se ha llegado tras valorar la legalidad de una decisión administrativa y los efectos que ello puede suponer respecto de la autorización judicial de entrada.

En fin, la doctrina planteada en la STC 160/1991, de 18 de julio, impone la distinción entre la ejecución de actos administrativos y la ejecución de resoluciones judiciales; diferenciación que supone una clara alteración del marco jurídico de aplicación en relación con la exigencia de una autorización judicial de entrada. En resumidas cuentas, si aquello que se ejecuta no son «actos de la Administración pública», ya no serán de aplicación ni el artículo 91.2 de la LOPJ, ni el artículo 8.6 de la LRJCA, ni el artículo 96.3 de la LRJAPyPAC, ni ningún otro precepto jurídico-administrativo en materia de autorización judicial de entrada. Por el contrario, si el título ejecutivo es una decisión judicial, la única norma susceptible de aplicarse será el artículo 18.2 de la Constitución. De ello se derivará un régimen de entrada absolutamente diferenciado pues, mientras que la norma constitucional solo exige autorización para penetrar en el domicilio constitucionalmente protegido, las normas administrativas la imponen también para penetrar en la propiedad privada.

La jurisprudencia constitucional posterior ha ido paulatinamente reforzando esta distinción, dando continuidad a la STC 160/1991. Destaca en este sentido la STC 76/1992, de 14 de mayo, en la que el Tribunal Constitucional resuelve dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra el artículo 87.2. Tras enumerar las funciones que asume el juez en materia de autorización de entrada, concluye que «quedan excluidos, por tanto, del ámbito del art. 87.2 de la LOPJ, como se deduce de dicho precepto, las entradas en domicilio y lugares a los que se refiere el artículo citado que sean consecuencia de la ejecución de Sentencias o resoluciones judiciales (STC 160/1991)»⁷⁶. Igualmente, debe reseñarse la STC 211/1992, de 30 de noviembre, en la que el Tribunal se refiere por primera vez a la ya tan manida expresión de «entradas administrativas», que servirá idealmente al fin de distinguir las entradas para ejecutar un acto administrativo de aquellas en ejecución de una resolución judicial o de aquellas en el marco de un proceso penal⁷⁷. Y, evidentemente, también la STC 199/1998, que ya se ha visto que en ocasiones se interpreta como mera continuadora de la sentencia 160/1991.

En este contexto, es preciso citar también la STC 174/1993, de 27 de mayo⁷⁸, que trae cuenta de las resoluciones de autorización de entrada dictadas para que la Administración procediera a la ejecución de un acto administrativo ordenando la ejecución de determinadas obras de conservación, que fue confirmado judicialmente y que el administrado se negaba a llevar a efecto. El recurrente alega, entre otros, la

⁷⁶ FJ 3.º b) de la STC 76/1992, de 14 de mayo (RTC 1992/76).

⁷⁷ STC 211/1992, de 30 de noviembre, FJ 3.º (RTC 1992/211). Se utiliza también esta expresión, entre otras, en las SSTC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 3.º (RTC 2000/283); 92/2002, de 22 de abril FJ 3.º (RTC 2002/92).

⁷⁸ STC 174/1993, de 27 de mayo (RTC 1993/147).

vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley pues entiende que la intervención del juez de instrucción supuso una intromisión en las funciones de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ante lo cual el TC razona que «la entrada en el edificio propiedad del recurrente se produjo para ejecutar subsidiariamente las obras que el propietario debía ejecutar en cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes que declararon la conformidad a derecho de los acuerdos municipales que las imponían. En consecuencia, y en aplicación de la doctrina establecida en nuestra STC 160/1991, *ni siquiera hubiera sido necesaria una segunda resolución judicial que autorizara la ejecución de esos actos administrativos*». En esta ocasión, sin embargo, el Tribunal Constitucional no entra en discernimiento alguno sobre si la ejecución es en línea directa con el fallo, ni tampoco en si la competencia hubiere tenido que recaer en el órgano judicial competente para la ejecución de la resolución judicial, que evidentemente no era el juez de instrucción, como incidente de ejecución de la resolución judicial. En cierto sentido, pues, el Tribunal Constitucional se aparta de lo establecido en la sentencia 160/1991.

b. Reacción doctrinal y jurisprudencial frente a la STC 160/1991, de 18 de julio.

A partir de las premisas sentadas en la STC 160/1991, la mayoría de la doctrina, si bien se manifiesta generalmente conforme con la corrección de la exigencia de una duplicidad de resoluciones judiciales establecida en la STC 22/1984, no duda en añadir matices u objeciones a la nueva doctrina constitucional.

Principalmente los comentarios doctrinales aludidos se generan a raíz de la concepción que en la STC 160/1991 se dibuja de la naturaleza jurídica de la ejecución de resoluciones judiciales, pues en la misma se pone de manifiesto que se trata de una actividad de corte jurisdiccional —sin determinar cuál es el papel de la Administración y la carga que dicha intervención supone en la naturaleza de la ejecución—, aun siendo la resolución judicial del caso enjuiciado confirmatoria de la legalidad de la decisión administrativa. Todo ello reaviva la difícil cuestión sobre la naturaleza jurídica de la ejecución de las resoluciones judiciales que, en apretada síntesis, divide a la doctrina entre aquellos que entienden que se trata de una actividad de netamente de naturaleza jurisdiccional; aquellos que postulan que su naturaleza es administrativa y, finalmente, los que abogan por una concepción mixta de la misma⁷⁹.

⁷⁹ Desborda el objeto de este trabajo entrar en consideraciones respecto de la naturaleza jurídica de la ejecución de resoluciones judiciales. Ello no obstante, es preciso hacer cita de algunas de las obras doctrinales más relevantes en este sentido, a las cuales me remito. Destacan, entre otras: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La sentencia administrativa. Su impugnación y efectos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954; Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «De nuevo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», en REDA, núm. 2, 1974; Tomás FONT I LLOVET, *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Madrid, Civitas, 1985; Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, «La evolución histórico-normativa de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas (1845-1956)», en Documentación Administrativa, núm. 209, 1987; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA,

Entre los primeros pronunciamientos doctrinales que se publicaron sobre la STC 160/1991, destaca el de BARCELONA LLOP que advirtió que, siendo la resolución judicial de caso enjuiciado confirmatoria del acto administrativo, el basamento de la argumentación del Tribunal Constitucional en la distinción entre ejecución de actos administrativos y ejecución de resoluciones judiciales se debe a la redacción del artículo 87.2 de la LOPJ —actual 91.2— en el que la autorización se asocia a la «ejecución forzosa de actos de la Administración Pública». Para salvar pues la actuación de la Administración en el caso urbano de Riaño, desprovista de autorización judicial de entrada alguna, «el TC en su afán rectificador de la Sentencia 22/1984 no quería (...) dejar sin contenido un precepto que, pese a todo, ni es inconstitucional ni se puede desconocer, [por lo que] no le quedaba más remedio que declarar que las entradas domiciliarias (...) se produjeron en ejecución de una sentencia judicial»⁸⁰. Por ello, a pesar de manifestarse este autor de acuerdo con el giro jurisprudencial introducido por el TC en dicho pronunciamiento, entiende que se excedió en su articulación al «alterar el régimen de la autotutela ejecutiva; [le hubiere bastado al TC] con afirmar que si existe sentencia confirmatoria del acto hay ya una resolución judicial que legitima constitucionalmente la entrada domiciliaria en ejecución de aquel en caso de que la misma sea precisa»⁸¹.

En idéntico sentido se pronunció GÓMEZ GUILLAMÓN, según quien «[l]o que ha hecho el TC en su última sentencia ha sido sustraer del ámbito de actuación de la Administración la ejecución de aquellos actos administrativos que han sido confirmados judicialmente, con el sencillo expediente de considerar que no se trata ya de ejecutar una resolución administrativa, sino una resolución judicial», de lo cual extrae que aceptar plenamente la doctrina de la STC 160/1991, supondría alterar la naturaleza de los actos administrativos en función de si han sido confirmados por los jueces o si no

Hacia una nueva justicia administrativa, Madrid, Civitas, 1992; Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Madrid, Ministerio del Interior-Civitas, 1995; Antonio EZQUIERRA HUERVA, *La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública*, trabajo inédito correspondiente al ejercicio de titularidad realizado en 2002 en la Universitat de Lleida; Isaac MARTÍN DELGADO, *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado*, Madrid, Marcial Pons, 2005; Rafael GÓMEZ-FERRER RINCÓN, *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2008.

⁸⁰ Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa*, cit., p. 565. En idéntico sentido en «De la ejecución forzosa de los actos administrativos a la ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 127, enero-abril 1992, p. 195.

⁸¹ Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa*, cit., p. 565. En idéntico sentido en «De la ejecución forzosa de los actos administrativos a la ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 127, enero-abril 1992, especialmente pp. 193-196.

han sido recurridos, de modo que «[l]os primeros, en lo que a su ejecución mira, han dejado de ser actos administrativos para adquirir la condición de judiciales»⁸².

Dejando a un lado las anteriores consideraciones, de corte global y ciertamente crítico sobre las implicaciones de la STC 160/1991 sobre la conceptualización de la ejecución de resoluciones judiciales, la mayoría de autores ha aceptado la distinción que se estableció entonces y ha ido paulatinamente añadiendo matices a la interpretación de la misma. Así, excepcionalmente se asume sin reticencias la doctrina sentada por la misma⁸³, del mismo modo que también son excepcionales las interpretaciones que entienden que una vez enjuiciada la legalidad de la actuación administrativa por la jurisdicción, queda en todo caso preservada la inviolabilidad del domicilio y que, por tanto, puede considerarse ya dictada la resolución exigida por el artículo 18.2 de la CE⁸⁴.

La mayoría de la doctrina, por el contrario, suele recurrir a algunas de las puertas que el Tribunal Constitucional dejó abiertas en su argumentación, con el fin de articular una aplicación de la misma que se adecue a todos los supuestos posibles de ejecución de «resoluciones judiciales», de modo que no siempre que exista una resolución jurisdiccional, podrá prescindirse de la autorización judicial de entrada.

Inició esta vía interpretativa Mercedes LAFUENTE BENACHES, distinguiendo entre aquellas resoluciones judiciales cuyo fallo lleva implícita la entrada en un domicilio — como, por ejemplo, una expropiación forzosa o la declaración de ruina y orden de derribo de un edificio—, en las que la autora considera que no sería necesaria una nueva resolución judicial porque «no constituiría una auténtica autorización sino un mandato u orden de entrada»; y aquellas otras de cuyo fallo no se deriva

⁸² Rogelio GÓMEZ GUILLAMÓN, «El artículo 87.2 de la LOPJ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. 23, 1991, pp. 82 y 83.

⁸³ José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «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», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 386, 1999, p. 6; J. GARCÍA TORRES y J. L. REQUEJO PAGÉS, «Derecho a la inviolabilidad del domicilio», en Manuel ARAGÓN REYES (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, vol. 3, p. 160; Francisco José SOSPENDE NAVAS (Coord.), *Práctica del proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Civitas, 2002, p. 726.

⁸⁴ En este sentido se pronunció Tomás QUINTANA LÓPEZ, que a la luz de la STC 160/1991, así como de la STC 199/1998, concluía que «la intervención judicial para controlar la legalidad de la actuación administrativa o de la ejecutividad o suspensión ya preserva la garantía judicial de la inviolabilidad de domicilio impuesta por el artículo 18.2 de la Constitución Española». Extremo este con el que no se puede coincidir, pues la presunción de legalidad del acto administrativo —uno de los pilares en los que fundamenta la potestad de la autotutela ejecutiva— no es suficiente para excepcionar la inviolabilidad del domicilio, con lo que no puede aceptarse de plano que aun siendo confirmada dicha legalidad por una resolución judicial sea este un elemento suficiente para que la penetración en el domicilio sea igualmente legal. Tomás QUINTANA LÓPEZ, «Tutela judicial efectiva y garantía judicial de la inviolabilidad del domicilio (STC 199/1998, de 13 de octubre)», en *Sentencias de TSJ y Ap y otros Tribunales*, vol. V, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 455-464. Acceso a través de www.westlaw.es, referencia BIB 1998/1177.

necesariamente la entrada en un domicilio —como, por ejemplo, una sanción pecuniaria que no necesariamente implica la ejecución por la vía de embargo de los bienes muebles que se hallan en el domicilio de la persona sancionada. En este supuesto, apunta la autora, sí sería necesaria una nueva resolución judicial enjuiciando si procede una entrada que no se deriva estrictamente del fallo judicial⁸⁵. Numerosa doctrina se ha sumado a lo postulado por esta autora en materia de autorización de entrada y ejecución de resoluciones judiciales, añadiendo nada o poco más a lo que esta escribió⁸⁶.

Es menester destacar además que es el mismo texto de la STC 160/1991, el que permite que LAFUENTE BENACHES cohoneste lo que al fin es la exigencia de una nueva resolución judicial con la doctrina de la STC 160/1991, que paradójicamente es la no duplicidad de resoluciones judiciales. Y es que, como ya se ha advertido anteriormente, el Tribunal Constitucional no blindó su doctrina sino que explícitamente tuvo en cuenta la posibilidad de que «si surgieran incidentes en la ejecución de una resolución judicial, fueran competencia según las normas procesales (55 LEC y 41 LJCA) del órgano jurisdiccional que hubiera dictado tales resoluciones» (FJ 9.º), incidencias entre las que es absolutamente lógico deducir que el Tribunal Constitucional incluía la autorización judicial de entrada.

En resumidas cuentas, en términos sumamente coincidentes la mayoría de la doctrina conviene en que, en aquellos supuestos en los que la ejecución en línea directa o de

⁸⁵ Mercedes LAFUENTE BENACHES, «Reflexiones sobre la inviolabilidad del domicilio (A propósito de la STC 160/1991 de 18 de julio)», en *REDA*, núm. 73, 1992, pp. 79-87.

⁸⁶ Se adhieren sin restricciones a la tesis de LAFUENTE BENACHES, a la cual citan profusamente, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Tomo II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, pp. 2.305-2.307.

También Carlos GIÓN SUÁREZ, «La protección de la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución administrativa: artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», en Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ y Manuel ARAGÓN REYES (coords.), *La Constitución y la práctica del derecho*, vol. 2, 1998, pp. 1.009-1.010. Asimismo Francisco SANZ GANDÁSEGUI, «La ejecución de los actos administrativos que requieren entrada en domicilio», en *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1.688, 1993, pp. 150-151.

De forma más sutil parecen asumir esta distinción Pascual SALA SÁNCHEZ, Juan Antonio XIOL RÍOS, Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, según los cuales: «Cuando ha recaído sentencia (...), la decisión sobre el otorgamiento de la autorización de entrada, cuando es necesaria, debe entenderse comprendida en las facultades de ejecución del órgano que ha dictado dicha sentencia. (...) la expedición de la autorización de entrada (o el enjuiciamiento de si, e acuerdo con lo declarado en el fallo, es o no necesaria) corresponde al Tribunal competente para la ejecución y no al Juez de lo Contencioso-administrativo, de ser éste distinto». Pascual SALA SÁNCHEZ, Juan Antonio XIOL RÍOS, Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, *Jurisdicción y competencia en el proceso contencioso-administrativo*, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 902 y 903.

Diego CÓRDOBA CASTROVERDE también entiende que deberá distinguirse según «la entrada en el domicilio [sea o no] una consecuencia obligada y directa de la ejecución de su contenido». Diego CÓRDOBA CASTROVERDE, «Autorizaciones de entrada en domicilio en el orden contencioso-administrativo. Situación actual», *cit.*, p. 3.

continuidad de la resolución judicial se derive necesariamente en una penetración del domicilio, no será exigible una nueva resolución que autorice dicha entrada. En cambio, si en la ejecución de una resolución se suscitara una entrada domiciliaria no implícita en el fallo, sería necesaria una nueva resolución judicial que autorizare dicha entrada.

Sentado lo anterior y partiendo de la base que la nueva autorización trae causa de la ejecución de una resolución judicial, parte de la doctrina postula que se trata de un incidente en ejecución de una sentencia y que, como ya advirtió el TC en la sentencia 160/1991, «si surgieran incidentes en la ejecución de una resolución judicial, fueran competencia según las normas procesales (55 LEC y 41 LJCA) del órgano jurisdiccional que hubiera dictado tales resoluciones», recaería entonces la competencia para valorar la concesión de la autorización de entrada en manos del juez competente para la ejecución de dicha resolución, que de conformidad con la actual LRJCA corresponde al órgano judicial que «haya conocido del asunto en primera o única instancia» (art. 103.1)⁸⁷. Esta postura, se apoyaría además en la posterior STC 199/1998, estudiada en epígrafes anteriores. Por el contrario, otros postulan que aquello que se lleva al plano material, si bien trae causa de una resolución judicial, es una decisión administrativa y que, por lo tanto, el órgano judicial competente es el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo⁸⁸.

Consultada la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, los pronunciamientos hallados al respecto son muestra de nuevo de cierta disparidad de criterios. A modo de ilustración, deben reseñarse pues algunos de las resoluciones judiciales localizadas en las que se hace una explícita interpretación de la STC 160/1991, así como aquellas en las que, a pesar de no aludirse a la sentencia constitucional mencionada, la relación de hechos hace que la misma resulte de aplicación.

La jurisprudencia cuenta, por un lado, con resoluciones que también en esta ocasión podrían calificarse como *acríticas* puesto que, a pesar de constatarse que la ejecución trae causa de una resolución judicial, no se entra en razonamiento alguno al respecto, sino que se aplican las consignas jurisprudenciales prototípicas en materia de

⁸⁷ Así lo entienden Pascual SALA SÁNCHEZ, Juan Antonio XIOL RÍOS, Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, *Jurisdicción y competencia en el proceso contencioso-administrativo*, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 902 y 903. En el mismo sentido, Francisco José SOSPEDRA NAVAS (Coord.), *Práctica del proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Civitas, 2002, p. 726.

⁸⁸ Según Mercedes LAFUENTE BENACHES, la competencia recaería en manos del juez de instrucción. Pues como afirma la autora, cuando se trata de una sentencia declarativa «[e]stamos, por tanto, ante la ejecución de un acto administrativo declarado legal por la sentencia contencioso-administrativa». Mercedes LAFUENTE BENACHES, «Reflexiones sobre la inviolabilidad del domicilio (A propósito de la STC 160/1991 de 18 de julio)», en *REDA*, núm. 73, 1992, pp. 81 y 85.

autorización para enjuiciar la adecuación de la autorización que fue denegada o concedida, según fuere el caso⁸⁹.

Otras resoluciones de nuestros tribunales superiores de justicia se ajustan a los mandatos de la STC 160/1991, pero no todas en los mismos términos. Así, existen resoluciones que se adhieren a pies juntillas a dicha sentencia constitucional, incidiendo algunas incluso como hace la mayor parte de la doctrina en la necesaria distinción según el contenido del fallo implicara o no la entrada⁹⁰. La mayoría sin embargo no entran a valorar si, existiendo un fallo que se pronuncia sobre la legalidad de la decisión administrativa, es necesario que se dicte una nueva resolución judicial autorizando la entrada, si bien atribuyen al órgano judicial encargado de ejecutar la sentencia la competencia para resolver la petición de la autorización judicial de entrada⁹¹.

⁸⁹ Entre otras, la STSJ de Valencia 1482/2005, de 20 de diciembre (JUR 2006/106549); la STSJ de Madrid 30414/2007, de 29 de noviembre (JUR 2008/92825); STSJ de La Rioja 176/2007, de 26 de abril (JUR 2007/242112), la STSJ de Canarias 209/2011, de 24 de noviembre (JUR 2012\77953).

⁹⁰ Magnífico exponente de ello es la STSJ de Castilla y León (Valladolid) 767/2002, de 31 de mayo, FJ 1.º (JUR 2002/215865); también la STSJ de Cantabria 113/2010, de 1 de febrero (JUR 2010\359013).

⁹¹ Así, por ejemplo, la sentencia del TSJ de Valencia 832/2003, de 17 de junio (JUR 2004/24003), en la que se dice que «la autorización, solicitada por el Ayuntamiento (...) es consecuencia de la ejecución de la Sentencia número 799/2000 de 23 de mayo, dictada por la Sección Primera de esta Sala en el recurso contencioso-administrativo (...), lo que conlleva (...) que la competencia para conceder la expresada autorización incumbe al órgano que dictó la referida Sentencia, ya que dicha facultad debe entenderse comprendida como se desprende además de la STC 199/1998 de 13 de octubre, entre las propias del órgano sentenciador». En este supuesto, el TSJ no llega a plantearse si la autorización es o no necesaria, simplemente que compete al órgano judicial encargado de su ejecución, en este caso, el mismo TSJ.

En sentido análogo, el TSJ de Cataluña en la sentencia 349/2009, de 17 de abril (JUR 2009/394032), afirma que «cuando se llega a las alturas de la debida ejecución de una Sentencia firme esa cesación de todo uso, precinto, cierre o medida análoga no sólo es posible sino decididamente obligada si así se pretende por la parte legitimada y todo ello con las diligencias sucesivas que procedan entre ellas las de autorización de entrada a adoptar desde luego por el mismo Juzgado de la ejecución».

Otro tanto en la sentencia del TSJ de Galicia de 9 de febrero de 2006 (JUR 2007/21446), en la cual se constata que en el fallo de un recurso contencioso-administrativo se incorpora la misma autorización, es decir, es el mismo juez que resuelve sobre la legalidad de la actuación administrativa concede explícitamente la autorización para la entrada. En concreto, el fallo del juez *a quo*, citado por el TSJ, era el siguiente: «Fallo: Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de la Asociación vecinal "O Bao" y, en consecuencia, condeno al Ayuntamiento de (...) a que ejecute sus propias órdenes de demolición (...), a cuyo efecto se le confieren las autorizaciones de entrada necesarias para el caso de oposición por sus ocupantes; no se hace condena en costas». El TSJ gallego considera que «al ser la sentencia estimatoria de las pretensiones de la parte actora la ejecución de esas demoliciones es ya ejecución de una resolución judicial, por lo que el órgano jurisdiccional puede adoptar las decisiones conducentes a que sus pronunciamientos tengan efectividad», desestimando el recurso interpuesto por los administrados. Obsérvese que en este supuesto, se trata de una sentencia de condena a la Administración.

Deben sumarse a las anteriores resoluciones, las SSTSJ de Cataluña 300/2006, de 29 de marzo (JUR 2007/196872); 579/2007, de 19 de junio (JUR 2007/311424); 386/2009, de 28 de abril (JUR 2009/393181); la STSJ de Castilla-La Mancha 70/2006, de 24 de abril (JUR 2006/167016), en la que a pesar de admitirse que se trata de un supuesto de autorización solicitada para la ejecución de un acto

En otras se acepta que, una vez dictada resolución judicial en la que se confirme la legalidad de la actuación administrativa, no es necesaria una autorización de entrada, pero se apartan en aquello relativo al órgano judicial competente, en su caso, para conceder la autorización de entrada si del fallo no se derivara la misma de forma directa. Así, por ejemplo, en la STSJ de Aragón 254/2000, de 29 de marzo⁹², en la que el Tribunal se pronuncia como sigue:

Efectivamente, cabría cuestionar la necesidad de la autorización de entrada interesada desde el momento en que existe una resolución judicial —la de la Sección 2ª de esta Sala ya referida— que confirma el Acuerdo de la Administración de demolición de las obras de vallado y edificación efectuadas en las parcelas de la recurrente, y ello porque expresamente el Tribunal Constitucional ha venido a declarar, en supuestos como el presente, la inexigibilidad de una segunda resolución judicial para ejecutar unos acuerdos ya confirmados en esta vía que necesariamente impliquen la entrada en las propiedades a que estos se refieran. La citada sentencia número 174/1993, en aplicación de la doctrina establecida en la número 160/1991, de 18 de julio, declara tajantemente, refiriéndose al supuesto que contemplaba, que “ni siquiera hubiera sido necesaria una segunda resolución judicial que autorizara la ejecución de esos actos administrativos”.

Consecuentemente, y aun que cabe calificar de innecesaria, con base a la expresada doctrina del Tribunal Constitucional, la autorización solicitada por la Administración, no cabe negar la competencia del Juzgado de lo Contencioso, con base al referido artículo 8.5 LJ para, una vez solicitada “ad cautelam” —como señala el representante de la Administración—, poder acordar su autorización, una vez constatado que el Acuerdo, para cuya ejecución se interesaba la autorización de entrada, había sido declarado ajustado a derecho por esta Sala y no apreciarse causa alguna que impidiera otorgarla.

Es decir, a pesar de innecesaria, puede concederse dicha autorización *ad cautelam*, aunque se admita que no existe cautela o precaución alguna a adoptar pues existe ya una resolución judicial en amparo de la entrada y del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Lo curioso sin embargo es que, coincidiendo con la doctrina de la STC 160/1991, estime que la competencia recaiga sobre el Juzgado de lo Contencioso y no sobre el TSJ, que es quien dictó en primera y única instancia la sentencia que se lleva a

confirmado judicialmente, el TSJ se remite como apoyo legal de su fallo al artículo 8.5 de la LRJCA y al artículo 87.2 de la LOPJ.

⁹² STSJ de Aragón 254/2000, de 29 de marzo, FJ 1.º (JUR 2000/198327).

ejecución, ante lo cual no puede más que deducirse que el Tribunal tiene en mente que la ejecución es de un acto administrativo y no de una sentencia.

Existen también pronunciamientos un tanto eclécticos, en los que parece que la jurisprudencia mantenga una postura equidistante. Por ejemplo, la STSJ de Cataluña 449/2009, de 12 de mayo⁹³, en la que el Tribunal se pronuncia en el sentido siguiente ante el recurso interpuesto contra la denegación de la autorización de entrada por el juzgador *a quo* que valoró que era innecesaria por haber dictado ese mismo juzgado una sentencia en la que se confirmaba la legalidad de una orden de «derribo de obras ejecutadas sin licencia en la citada vivienda»:

Es doctrina reiterada jurisprudencialmente que el artículo 103 de la LJCA “que la Administración está obligada a ejecutar las sentencias pero que, al ejecutarlas, el órgano administrativo no está ejerciendo, en realidad, una potestad administrativa sino concretando el deber de cumplir los fallos judiciales colaborando con los Tribunales”.

Ahora bien, como ha dicho esta Sección en diversas ocasiones que, para mantener sus términos y exigencias en el debido enjuiciamiento y defensa de la ejecución de los actos administrativos que precisen de entrada en domicilio, cuando no existe consentimiento del ocupante, como aquí ocurre, debe estarse a las reglas generales que atribuyen la competencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo correspondiente, *a salvo el caso, como el de autos, que se haya seguido un proceso contencioso singularizado* para el concreto pronunciamiento y acto administrativo que incida, concreta y específicamente respecto al mismo, en cuyo caso, precisamente, por entender el *correspondiente órgano jurisdiccional* el debido enjuiciamiento y ejecución de lo resuelto, con plenitud de jurisdicción, *la competencia se residencia en este órgano y, es la idónea para pronunciarse sobre la autorización de entrada para la ejecución forzosa del acto administrativo según constante doctrina del Tribunal Constitucional desde la sentencia 160/1991, de 18 de julio, en el sentido de que autorice la entrada, si procede, el órgano jurisdiccional que ha entendido del acto de cuya ejecución se trata.*

Tras lo cual, el TSJ catalán constata que concurren los requisitos necesarios para conceder la autorización y falla estimando el recurso y ordenando que por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo se proceda a autorizar la entrada. Lo paradójico de este supuesto es que, el TSJ de Cataluña asume que la ejecución es de una resolución judicial y que de ser así, cualquier incidente debe ser resuelto por el juez encargado de su ejecución, citando explícitamente la STC 160/1991. Sin embargo, en lugar de confirmar la *innecesariedad* apreciada por el juzgador *a quo* de que se expidiera una

⁹³ STSJ de Cataluña 449/2009, de 12 de mayo, FJ 3.º (JUR 2009/392866).

autorización, estima el recurso interpuesto por la Administración y ordena que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo expida una autorización. Parece aquí que de nuevo la autorización judicial de entrada está llamada a desenvolver una función *ad cautelam*.

Por último, debe darse cuenta de que la existencia de pronunciamientos que claramente se apartan de la STC 160/1991, pues entienden que si la resolución judicial dictada es «confirmatoria» de la legalidad de la decisión administrativa, subsiste un acto administrativo y, por tanto, la potestad de autotutela ejecutiva, por lo que debe exigirse la debida autorización judicial si procediese la Administración a la entrada. Estandarte de esta postura es la sentencia de TSJ de Madrid 785/1999, de 17 de junio⁹⁴, en cuyo FJ 4.º el Tribunal se pronuncia como sigue:

Una sentencia desestimatoria se limita a no anular una determinada actuación administrativa. Ello no es igual a confirmar dicha actuación administrativa. No compete a los Tribunales de la jurisdicción «confirmar» o «revocar» actos administrativos. No existe una relación jerárquica entre aquéllos y las Administraciones Públicas. No existe tutela de legalidad y mucho menos de oportunidad por parte de los Tribunales respecto de la Administración Pública. Una sentencia desestimatoria se limita a no anular cierta actuación administrativa por considerar ésta ajustada a derecho. Pero esa actuación administrativa no tiene por qué convertirse, tras su enjuiciamiento por los Tribunales, años después, en la única procedente o ajustada a derecho y obligatoria para la Administración. No queda por tanto la Administración vinculada positivamente por esa supuesta confirmación. Siendo la sentencia desestimatoria o declaratoria de la inadmisibilidad del recurso no hay sentencia que ejecutar. No concurre por tanto el supuesto del art. 103.2 de la Ley Jurisdiccional. Es la Administración la que según el esquema del art. 104 de la Ley Jurisdiccional, una vez recaída la sentencia desestimatoria, está facultada para producir un nuevo acto administrativo (en el caso litigioso lo fue el Acuerdo de 25-7- 1996) disponiendo, en su caso y en los términos que procedan en derecho, la ejecución del acto objeto del recurso que

⁹⁴ STSJ de Madrid 785/1999, de 17 de junio (RJCA 1999/2108). En la misma línea, las SSTSJ de Madrid 1209/1999, de 18 de noviembre (RJCA 1999/4940); 69/2001, de 18 de enero (JUR 2001/114733); la 796/2004, de 23 de septiembre (JUR 2004/300403); 328/2011, de 13 de abril (JUR 2011\185656); 780/2012, de 17 de mayo (JUR 2012/271648); hasta las más recientes 12/2013, de 10 de enero (JUR 2013/102425); 210/2013, de 20 de febrero (JUR 2013/125481), en la que dice que: «dado el contenido de la Sentencia *desestimatoria* dictada y ante la ausencia del planteamiento de cuestiones incidentales de ejecución, no existía pendiente de resolución cuestión alguna relacionada con la ejecutividad de la resolución administrativa que decretaba la demolición, y siendo ello así, es claro que nada impide entender, en aplicación de lo dispuesto en el ya referido artículo 8.6 de la LJCA, la competencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 para el conocimiento y resolución de la solicitud de autorización que nos ocupa» (FJ 4.º).

corresponda. Y aquel acto administrativo producido tras la resolución judicial no es otro que el previsto en el art. 8.5 de la Ley Jurisdiccional. Por ello la competencia para autorizar o no la entrada en domicilio corresponde al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

Lo mismo puede deducirse de la sentencia del TSJ de Canarias 165/2001, de 16 noviembre⁹⁵, en la que se resuelve un recurso de apelación contra el auto que denegó la entrada para ejecutar un acto administrativo confirmado judicialmente por entender el juzgador *a quo* que era incompetente. Ante dicha situación el TSJ canario afirma con rotundidad lo siguiente en el FJ 2.º:

Como la sentencia dictada por esta Sala es desestimatoria, no puede decirse que la Administración ejecuta la sentencia al proceder a la ejecución forzosa de la demolición acordada, sino que el título habilitante es el acto administrativo que fue declarado conforme a derecho por este Tribunal.

La STC 13 de octubre de 1998, citada en el auto apelado, se refiere a que no es necesario para proceder a la ejecución forzosa de lo acordado en resoluciones judiciales, que se pida a otro órgano judicial autorización de entrada en un domicilio. Pero se refiere a aquéllos supuestos en los que la ejecución de la resolución judicial hace necesaria la entrada en un domicilio, para excluirlo del ámbito del artículo 18.2 CE, lo que no sucede en el caso que nos ocupa.

Pudiera parecer que una vez examinada la legalidad del acto administrativo que sirve de título a la ejecución forzosa, la autorización judicial de entrada en un domicilio carece de objeto, pues la legalidad del título ya ha sido examinada por el órgano competente para resolver. Obviamente, el Juez de lo Contencioso-Administrativo no podrá examinar las cuestiones que se refieran al título ejecutivo, debiendo limitarse a controlar la regularidad del procedimiento seguido para la ejecución del acto administrativo.

Como se ve, el Tribunal canario se desvincula de la doctrina de la STC 160/1991 al entender que tras una resolución judicial confirmatoria de la actuación administrativa existe un título ejecutivo exclusivamente administrativo. Entiende pues el TSJ que es necesaria una autorización de entrada, no para ejercer un control de legalidad de la actuación administrativa —pues ya ha sido confirmada—, sino de control de la *regularidad del procedimiento de ejecución* seguido por la Administración⁹⁶. Por último, debe observarse que el TSJ Canario entiende que la competencia recae en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, con independencia de que órgano judicial que había

⁹⁵ STSJ de Canarias 165/2001, de 16 noviembre (JUR 2002/108395).

⁹⁶ En idéntico sentido, la STSJ de Canarias 29/2004, de 20 de febrero (JUR 2004/133115).

dictado en única instancia la resolución confirmando la legalidad del acto era el mismo TSJ; atribución competencial que, aun no siendo puesto así de manifiesto, debe entenderse fundamentada en el hecho de que se considere que el título ejecutivo es el acto administrativo.

También el TSJ de Galicia se ha adherido más recientemente a esta postura, al entender también que si la resolución judicial es en sentido desestimatorio se trata de la ejecución de un acto administrativo y no la de una sentencia. Así, se pronuncia el Tribunal gallego:

(...) la sentencia de que se trataba fue puramente desestimatoria, por lo que ha de aplicarse la doctrina contenida en la STS de 22.09.99, a cuyo tenor, «siendo la sentencia desestimatoria, es decir, confirmatoria del acto administrativo impugnado, la ejecución que procede es la del acto, y no la de la sentencia, la cual, a los efectos de ejecución, lo ha dejado intacto, sin quitar ni añadir nada a su propia fuerza ejecutiva», de manera que como no ha alterado en nada la situación derivada del acto administrativo impugnado, *su ejecución le corresponde al órgano autor de tal acto*, sin que nada pueda añadir, ni aconsejar, ni ordenarle el órgano juzgador sobre el modo de ejecutarlo⁹⁷.

Vistos los anteriores pronunciamientos de algunos de nuestros tribunales superiores de justicia es claro que la doctrina de la STC 160/1991 no ha surtido los efectos que eran de esperar; a saber, que se evitara la duplicidad de resoluciones. Por un lado, porque son abundantes los supuestos en los que ejecutando la Administración una resolución judicial previa —normalmente confirmatoria de la legalidad del acto administrativo—, esta acude a la jurisdicción para obtener la autorización judicial de entrada con independencia de que del fallo se derivara o no la entrada en un domicilio. Por otro lado, porque la jurisdicción no tiene reparos en autorizar entradas aun existiendo una resolución judicial previa, pues como ya se ha advertido y puede aventurarse en la mayoría de los supuestos, prefiere el órgano judicial conceder la autorización *ad cautelam* antes que denegarla por innecesaria —lo cual, no obstante, constituiría una autorización de entrada «implícita»— o antes incluso que declararse incompetentes o apreciar la inadecuación del objeto de la petición. Todo ello, sin perjuicio de que se hayan localizado resoluciones en las que la doctrina de la STC 160/1991 se contradiga —como las mencionadas sentencias de los TSJ de Madrid, Canarias y Galicia— o se asuma sin restricciones.

c. *La STC 160/1991, de 18 de julio, desde una nueva perspectiva crítica.*

⁹⁷ Se transcribe parte del FJ 2.ª de la STSJ de Galicia 1147/2012, de 20 de diciembre (JUR 2013/34094); en el mismo sentido las sentencias 31 de marzo de 2010 (rec. apelación : 4124/2010); 579/2010, de 3 de junio (JUR 2010\322384); 277/2012, de 21 de diciembre (JUR 2013\28911); de 3 de noviembre del 2011 (recurso 4476/2011).

Transcurridos más de 20 años desde que se dictara la STC 160/1991, es claro que su doctrina no ha sido asimilada por nuestra jurisprudencia, pues son muchas las autorizaciones concedidas en el marco de ejecución de actos administrativos confirmados judicialmente. Los *desajustes* jurisprudenciales de los que se ha dado cuenta se derivan, en mi opinión, de dos extremos. Por un lado, de la difícil cuestión sobre la naturaleza de la actividad de ejecución de resoluciones judiciales llevada a cabo por la Administración cuando se trata de resoluciones en las que se ha confirmado la legalidad de la actuación administrativa. Por otro lado, de la casi inexistente concreción por parte del Tribunal Constitucional del contenido de esta resolución declarativa de la legalidad de la actuación administrativa para servir al fin de tutela del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Corresponde por ello revisar de nuevo los basamentos en los que el máximo intérprete de la Constitución ancló un ansiado giro jurisprudencial cuyo alcance, sin embargo, es muy limitado en la práctica administrativa y judicial.

Es preciso empezar este epígrafe dando cuenta de que la inmensa mayoría de supuestos en los que la Administración se verá en la situación de acceder a un espacio protegido por la autorización de entrada a resultas de una resolución judicial, será en ocasión de resoluciones en las que se confirma la legalidad de la previa decisión administrativa. Ello se dará principalmente en el contexto de procedimientos de expropiación forzosa, de recuperación de oficio del dominio público, de desahucio administrativo, de legalidad urbanística o de cualquier otro que tenga como objeto bienes inmuebles, aunque en ocasiones también podrá contextualizarse en procedimientos sancionadores, de control de legalidad de actividades u otros que en principio no recaen sobre bienes inmuebles. Así, excepcionalmente la cuestión de la autorización judicial de entrada se generará a raíz de una sentencia de condena de la Administración; de hecho, solo se ha localizado un pronunciamiento de nuestros TSJ en este sentido⁹⁸. Por ello, procede centrar el discurso en aquellas resoluciones en las que la legalidad del acto administrativo ha sido confirmada por sentencia firme⁹⁹.

Como ya se ha tenido ocasión de resaltar, la doctrina contenida en la STC 160/1991 arranca de la distinción entre la ejecución de actos administrativos y la ejecución de

⁹⁸ Se trata de la ya citada STSJ de Galicia de 9 de febrero de 2006 (JUR 2007/21446), que resuelve un recurso contra una sentencia cuyo fallo era del siguiente tenor literal: «Fallo: Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de la Asociación vecinal “O Bao” y, en consecuencia, condeno al Ayuntamiento de (...) a que ejecute sus propias órdenes de demolición (...), a cuyo efecto se le confieren las autorizaciones de entrada necesarias para el caso de oposición por sus ocupantes; no se hace condena en costas». Como se ve, en el mismo fallo de condena a la Administración del juez de instancia se incorporó la autorización de entrada.

⁹⁹ Téngase en cuenta además que, de tratarse de un supuesto de condena a la Administración, al que se llega tras haberse instado por el interesado el recurso correspondiente, raramente este interesado se opondrá posteriormente a que la Administración ejecute aquella resolución judicial que le es favorable. Y, si no existe oposición del administrado a la entrada, no es necesaria autorización judicial alguna para proceder a la misma.

resoluciones judiciales, incluso en el supuesto de sentencias declarativas de la conformidad a Derecho del acto administrativo. Esta diferenciación, si bien artificiosa, permitió al Tribunal evitar justificar la adecuación de la entrada en la legalidad del título ejecutivo en el que se sustentaba, extremo este con el que no puedo más que coincidir. Si esta hubiera sido la línea mantenida por el Tribunal Constitucional, sin duda los pilares basilares sobre los que se asienta tanto la institución de la autorización judicial de entrada, como la conceptualización del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se hubiesen visto gravemente afectados.

Es preciso recordar en este punto que, en la sentencia 22/1984, de 17 de febrero, el Tribunal Constitucional dibujó una firme línea divisoria entre la legalidad de la decisión administrativa y la legalidad de la actuación material consistente en la penetración en el domicilio constitucionalmente protegido, puesto que la potestad de autotutela ejecutiva —y así la presunción de legalidad de la actuación administrativa en la que se fundamenta— no eran suficientes para vencer la oposición del titular del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Solo la resolución judicial puede enervar dicha oposición, según el artículo 18.2 de la CE; de modo que la misma deviene en elemento esencial de la legalidad de la actuación ejecutiva consistente en la entrada en el ámbito domiciliario, al margen de la legalidad del título ejecutivo al que responde dicha actuación. A partir de estas bases, se han ido perfilando paulatinamente los contornos de esta resolución judicial en el ámbito administrativo, primero con una fuerte influencia del ámbito penal —merced a la larga tradición de la LEC— pero progresivamente con autonomía propia, incidiéndose especialmente en la función no revisora de la legalidad del juez autorizante y en los elementos que entonces se someten a su cognición para enjuiciar la adecuación de la entrada, esencialmente la proporcionalidad. Es decir, la resolución judicial aludida en el artículo 18.2 de la CE deviene en una *autorización judicial de entrada* en el espacio domiciliario; no es una resolución cualquiera, sino que reviste una suma de peculiaridades que la convierten en una autorización de entrada.

Dados estos antecedentes, en la STC 160/1991, el Tribunal no podía fundamentar la no vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de los habitantes del casco urbano de Riaño en la confirmación jurisdiccional de la legalidad de la decisión administrativa, pues la legalidad de la decisión formal —aunque venga confirmada por un juez— no es garantía de que en su ejecución material no se vulnere el derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

Ahora bien, a pesar de que con el artificio de distinguir entre la ejecución de actos administrativos y de resoluciones judiciales el Tribunal consigue, por un lado, mantener incólume la distinción entre la legalidad del acto administrativo y la legalidad de la entrada —y así el pilar en el que se fundamenta la institución de la autorización de entrada y, en definitiva, la configuración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio—, por otro, distorsiona profundamente la naturaleza de la actuación

administrativa ejecutiva posterior a la resolución judicial en la que se confirma la legalidad del acto administrativo.

Es preciso detenernos brevemente en este extremo, pues se trata de una cuestión que, como se ha visto, divide tanto a la doctrina como a la jurisprudencia. Es bien sabido que los límites entre la actividad jurisdiccional y la actividad administrativa no siempre son tan diáfanos como pudiera derivarse de algunos principios constitucionales, como aquel según el cual juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales (117.3 CE). Un buen ejemplo de ello se halla, a mi entender, en el supuesto de la ejecución de resoluciones judiciales confirmatorias de la legalidad de un acto administrativo. Según la STC 160/1991, una vez confirmada por un órgano judicial la legalidad del acto administrativo nos hallamos ante la «ejecución de resoluciones judiciales firmes», no ante la ejecución de actos administrativos. De asumirse esta premisa, cabe razonar cómo se articulará dicha ejecución, aspecto este sumamente olvidado por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁰⁰, así como por la doctrina iuspublicista¹⁰¹, pues la atención se ha centrado básicamente en la ejecución de resoluciones judiciales de condena a la Administración. En este sentido, lo primero que hay que notar es que el cumplimiento de la resolución que confirma la legalidad de un acto administrativo recaería, en todo caso, sobre el recurrente vencido en juicio y a su vez administrado al que se dirigía dicho acto¹⁰². Si transcurrido el plazo voluntario de ejecución de la misma el administrado no ha cumplido con el mandato que incorpora la resolución firme, deberá entonces procederse a su ejecución judicial forzosa, de modo que se satisfaga así el

¹⁰⁰ Lo cierto es que si bien la LRJCA prevé en su artículo 104.2 «que cualquiera de las partes o personas afectadas» puedan instar la ejecución forzosa de la resolución judicial, cuando se articulan los distintos modos de ejecución judicial de las resoluciones dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa, se olvida completamente que dicha ejecución sea en relación con resoluciones favorables a la Administración. Véase así que los artículos 105

¹⁰¹ Existen, sin embargo, contadas excepciones. Así, Joaquín TORNOS MAS dedica un comentario a la «Ejecución de sentencias favorables a la Administración y medidas cautelares», en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 15, 2002, pp. 23-39.

Javier ALBAR GARCÍA, Javier OLIVÁN DEL CACHO Y Juan Carlos ZAPATA HIJAR dedican también unas páginas a la ejecución de sentencias confirmatorias en su obra *Ejecución de sentencias, procedimientos y garantías*, Vol. I., Madrid, CGPJ/Fundación Wellington, 2006, pp. 20-22.

¹⁰² Joaquín TORNOS MAS parece estimar, por el contrario, que la parte obligada es la Administración. Según este autor, «una vez recaiga sentencia firme se debe proceder a su ejecución (...) en los términos previstos en el artículo 104 de la Ley 29/1998. De nuevo en este caso la Administración que ha obtenido una sentencia favorable deberá estar a lo dispuesto para este incidente. Por tanto, deberá esperar a que el órgano jurisdiccional que dictó la sentencia en primera instancia (...) le comunique la firmeza de la sentencia y los términos de su ejecución. Joaquín TORNOS MAS, la «Ejecución de sentencias favorables a la Administración y medidas cautelares», *cit.*, p. 32.

En un sentido mucho más explícito, Francisco Javier MATÍA PORTILLA afirma que «la Administración está obligada a cumplir, en principio, lo decidido en sede judicial. Es posible que, como se ha indicado doctrinalmente, además, la administración tenga el derecho a ejecutar la Sentencia favorable pero es que en todo caso está obligada a hacerlo». Francisco Javier MATÍA PORTILLA, *El derecho a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 294.

derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración¹⁰³. Lo cierto es que el artículo 104.2 de la LRJCA prevé «que cualquiera de las partes o personas afectadas» puedan instar la ejecución forzosa de la resolución judicial, de modo que cabe augurar que también la Administración podrá solicitar al juez que tome las riendas para que lo declarado conforme a derecho se lleve al plano material. Sin embargo, cuando la ley articula los distintos modos de ejecución judicial de las resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa, se olvida completamente que dicha ejecución sea en relación con resoluciones favorables a la Administración. Así, es claro que el artículo 105 se refiere a sentencias de condena de la Administración, el 106 alude explícitamente en su apartado primero a los supuestos en los que «la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida», el artículo 107 se ocupa de la ejecución de sentencias en las que se declara la nulidad de actos o reglamentos dictados por la Administración y, por último, el artículo 108 se refiere a las sentencias en las que se «condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto»; supuestos todos ellos de sentencias condenatorias de la Administración. Quizás por ello, aunque exista jurisprudencia en la que se afirme de un modo ciertamente programático que cabe la ejecución de sentencias favorables para la Administración¹⁰⁴,

¹⁰³ Tomás FONT I LLOVET apuntó que precisamente era el derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración —no el principio de autotutela ejecutiva— lo que permitía que esta procediera de modo «directo» a la ejecución del acto administrativo declarado legal por una resolución judicial. Precisamente, esta posición del autor se pone de manifiesto cuando comenta los hechos de los que trae causa la STC 22/1984, en la que la legalidad del acto administrativo había sido efectivamente confirmada por una resolución judicial. Las palabras exactas de FONT I LLOVET son las siguientes: «la Administración se encontraría haciendo uso de su derecho fundamental a la ejecución de una sentencia favorable y ejerciendo, en consecuencia, la competencia que en tal sentido le atribuye el artículo 103 LJ». Tomás FONT I LLOVET, *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, cit., pp. 141-142.

¹⁰⁴ Aparte de la STC 160/1991 y sus continuadoras, por ejemplo, Javier ALBAR GARCÍA, Javier OLIVÁN DEL CACHO Y Juan Carlos ZAPATA HIJAR citan en este sentido la STS de 9 de abril de 2002 (RJ 2002/3462), en la que se afirma que no «solamente son susceptibles de ejecución las sentencias de condena, pues, una vez que el acto o disposición administrativa ha sido sometido a control de la jurisdicción, la ejecución de la decisión judicial, aunque se trate de sentencias confirmatorias, corresponde a este orden jurisdiccional, por lo que las partes están obligadas al cumplimiento de la sentencia, en este caso confirmatoria del acuerdo recurrido». Sin embargo, en este preciso supuesto en el acto confirmado judicialmente «no solamente se determina el justiprecio de la finca expropiada sino que de ella resulta la consiguiente obligación, por parte de la entidad expropiante, de proceder a su íntegro pago, comprendiendo en el mismo, como fruto civil y conforme a lo declarado por el Auto que dispone la ejecución, al abono de los intereses correspondientes». Como se imaginará ya, en este supuesto la Administración no procedía al pago de los intereses de demora, pago que el administrado expropiado hizo valer por medio de un incidente de ejecución de una sentencia en el que el TSJ de Andalucía dictó un auto por el que se declaraba la procedencia del pago de intereses de demora. Ello en puridad, por lo tanto, nos sitúa ante un supuesto de ejecución de una resolución judicial de condena a la Administración. Javier ALBAR GARCÍA, Javier OLIVÁN DEL CACHO Y Juan Carlos ZAPATA HIJAR, *Ejecución de sentencias, procedimientos y garantías*, Vol. I., cit., p. 21.

El Tribunal Supremo, no obstante, parece mantenerse en la línea indicada, admitiendo la ejecución de sentencias en las que se declara la conformidad a derecho de la actuación administrativa previa. Entre otras, la STS de 24 de julio de 2003 (RJ 2003/6129) —en un supuesto similar al

sean, si no inexistentes, excepcionales los supuestos en los que la Administración recurre a la ejecución judicial forzosa de la sentencia que confirma la legalidad del acto administrativo; la Administración, por el contrario, procede por sus propios medios a la ejecución en virtud de la potestad de autotutela ejecutiva.

Autores como BARCELONA LLOP, GÓMEZ GUILLAMÓN y LAFUENTE BENACHES¹⁰⁵, así como alguna jurisprudencia de nuestros TSJ¹⁰⁶, ante la STC 160/1991 ya apreciaron que, una vez dictada una resolución judicial en la que se declara la conformidad a derecho de un acto administrativo previo, subsiste el acto administrativo y la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración¹⁰⁷. En estos supuestos la jurisdicción opera

anterior— y la STS de 20 de octubre de 2008, (RJ 2008/5750), en cuyo FJ 3.º el Tribunal Supremo aduce argumentos varios pero poco atinentes a la ejecución forzosa de sentencias instada por la misma Administración que dictó el acto ajustado a derecho. Se transcribe el mismo para mejor valoración de su alcance: «Es cierto que la sentencia que desestima el recurso contencioso-administrativo contra un determinado acto de la Administración tiene un contenido declarativo, pues declara la validez del acto impugnado sin modificar su contenido, de donde se deriva que, al menos en principio, el cumplimiento de la sentencia se agota con esa sola declaración. Sin embargo, tales consideraciones no permitan afirmar de forma categórica -como pretende el recurrente- que las sentencias desestimatorias no son ejecutables. En primer lugar, porque en la legislación vigente el proceso contencioso-administrativo no siempre se presenta en su modalidad tradicional de impugnación dirigida contra un acto expreso o presunto de la Administración, sino que caben supuestos de significación bien distinta como son el recurso frente a la inactividad de la Administración o frente a actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (artículo 25 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción) en los cuales el pronunciamiento desestimatorio no significa propiamente el reconocimiento de la validez de un acto administrativo. En segundo lugar porque, incluso en el supuesto común del recurso contencioso-administrativo dirigido contra un acto expreso o presunto de la Administración, el alcance eminentemente declarativo del pronunciamiento desestimatorio del recurso no impide que puedan suscitarse incidentes de ejecución. Piénsese, por ejemplo, que la Administradora vencedora en el litigio inicia luego los trámites para la revocación de ese mismo acto, o para su revisión de oficio, o, sencillamente, desiste de ejecutar la decisión cuya validez ha sido respaldada en vía jurisdiccional; y es entonces un tercero, que había comparecido en el proceso como codemandado, quien insta ante el Tribunal el efectivo cumplimiento de lo decidido en la sentencia por estar legítimamente interesado en la ejecución».

¹⁰⁵ Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa*, cit., pp. 562-566. En idéntico sentido en «De la ejecución forzosa de los actos administrativos a la ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 127, enero-abril 1992, pp. 193-196; Rogelio GÓMEZ GUILLAMÓN, «El artículo 87.2 de la LOPJ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. 23, 1991, pp. 82-84; Mercedes LAFUENTE BENACHES, «Reflexiones sobre la inviolabilidad del domicilio (A propósito de la STC 160/1991 de 18 de julio)», en *REDA*, núm. 73, 1992, p. 81.

¹⁰⁶ Véanse especialmente las ya citadas SSTSJ de Madrid 785/1999, de 17 de junio (RJCA 1999/2108) y 69/2001, de 18 de enero (JUR 2001/114733). En el mismo sentido, las SSTSJ de Canarias 165/2001, de 16 noviembre (JUR 2002/108395) y 29/2004, de 20 de febrero (JUR 2004/133115).

¹⁰⁷ Javier ALBAR GARCÍA, Javier OLIVÁN DEL CACHO Y Juan Carlos ZAPATA HIJAR, *Ejecución de sentencias, procedimientos y garantías*, Vol. I., cit., p. 22, se inclinan también a favor de esta posición, que consideran «especialmente defendible desde el momento que la actual Ley Jurisdiccional contempla, en su art. 29.2, una nueva pretensión procesal dirigida a ejecutar actos firmes, que es la que, puridad, deberá actuarse cuando pretenda exigirse que se lleve a efecto un acto administrativo firme». Asimismo, OLIVÁN DEL CACHO defendiendo en consecuencia que aun habiendo sentencia confirmatoria, «habrá que

como mera revisora de la legalidad de la actuación administrativa, no impone a la Administración una determinada conducta, ni tan siquiera le impone la sujeción al acto confirmado legalmente, por lo que cuanto menos desapodera a la Administración de su potestad de autotutela ejecutiva. Por el contrario, la resolución judicial que confirma o declara la legalidad de un acto administrativo previo refuerza si cabe dicha potestad, pues ya no es una presunción de legalidad uno de sus fundamentos, sino que dicha legalidad ha sido avalada por una resolución judicial.

Realizados los anteriores razonamientos, a mi entender, parte de la inoperancia de la doctrina de la STC 160/1991 en lo referente a la no duplicidad de resoluciones judiciales, se fundamenta en la ficticia distinción entre la ejecución de actos administrativos y la ejecución de resoluciones judiciales cuando estas confirman la legalidad de la decisión administrativa, pues en puridad nos hallamos ante la ejecución de un acto administrativo. Ello, sin embargo, no obsta que deban tenerse en consideración los efectos susceptibles de generar la existencia, en su caso, de una resolución judicial que declara la legalidad de la actuación administrativa en relación con la compatibilización de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

En este sentido, no han sido pocos los autores en apuntar que lo más apropiado es considerar que, confirmada por sentencia firme la legalidad de la actuación administrativa, puede considerarse cumplida la exigencia de resolución judicial del artículo 18.2 de la Constitución¹⁰⁸. La mayor parte de la doctrina, sin embargo, excusa la exigencia de una nueva resolución judicial en función del contenido de dicha resolución judicial, y por extensión del acto, coincidiendo así con el otro pilar argumentativo de la STC 160/1991; a saber, no será exigible una nueva resolución judicial cuando del fallo y, por tanto, del acto administrativo confirmado judicialmente, se derive de forma directa o inmediata la entrada en el domicilio.

Ninguno de los anteriores argumentos respeta, a mi entender, la configuración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio previamente perfilada por el mismo Tribunal Constitucional. Por un lado, porque de aceptar que la constatación judicial de la legalidad de la decisión administrativa faculta el acceso al domicilio constitucionalmente protegido, se alteraría la institución de la autorización de entrada y su función de tutela del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, pues, como ya se ha dicho, la legalidad del acto administrativo no es fundamento suficiente

seguirse el régimen general normal de autorización de entrada de cualesquiera otro acto administrativo». Javier OLIVÁN DEL CACHO, «La autorización judicial para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular: aspectos prácticos», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 25, 2011, p. 204.

¹⁰⁸ Entre estos, los ya citados, Tomás FONT I LLOVET, Javier BARCELONA LLOP, Rogelio GÓMEZ GUILLAMÓN, José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. GARCÍA TORRES y J. L. REQUEJO PAGÉS, Francisco José SOSPEDRA y Tomás QUINTANA LÓPEZ. Vid. el epígrafe dedicado a la *Reacción doctrinal y jurisprudencial frente a la STC 160/1991, de 18 de julio*.

para justificar la legalidad de la entrada, en tanto que la legalidad del acto y la legalidad de su ejecución material —la entrada— discurren por caminos paralelos no necesariamente coincidentes.

Por otro lado, tampoco me parece acertado el recurso al que se aferran la doctrina y el Tribunal Constitucional en último término justificando la exención de la autorización de entrada en la referida «ejecución en línea directa» o «de continuidad», pues este es un extremo cuya valoración se dejaría exclusivamente en manos de la Administración que, en caso de errar al apreciarlo, privaría al titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio o de la propiedad privada de la inestimable tutela apriorística que supone la intervención del juez para autorizar la entrada —sin perjuicio del recurso que le es reconocido frente aquella actuación material que se excede de lo previsto en el título ejecutivo como constitutiva de vía de hecho; recurso, no obstante posterior a la conculcación del derecho.

Y por último porque, a pesar de que el tenor literal del artículo 18.2 de la CE se refiera simplemente a una «resolución judicial» —y en ese sentido pueda admitirse que también aquella que simplemente valora la legalidad del acto administrativo cumple dicha función—, es claro que no toda resolución judicial será título suficiente para penetrar en un espacio domiciliario. Cuando el Tribunal Constitucional dicta la sentencia 160/1991, los rasgos esenciales de la resolución judicial que vence la oposición del titular del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son ya sumamente precisos. En este contexto ha sido justamente la jurisprudencia constitucional la que a partir de la STC 22/1984 ha ido pautado las líneas maestras sobre las que se sustenta la configuración de la resolución exigida en el artículo 18.2 de la CE; pautas instrumentadas esencialmente alrededor de la función que dicha resolución debe desempeñar y de los elementos a disposición del juez de la jurisdicción contencioso-administrativa para cumplir dicho fin. En apretada síntesis, se trata de una resolución judicial ordenada a la tutela y protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la actuación del poder público por medio de un ejercicio de ponderación entre el derecho fundamental aludido y el cumplimiento de los fines de la Administración pública. Juicio ponderativo al que sirve el órgano jurisdiccional por medio de un control previo, no de la legalidad de la actuación administrativa¹⁰⁹, sino esencialmente de proporcionalidad; resolución que ineludiblemente debe ir acompañada de la debida motivación. Llegados a este extremo, es patente que la cognición del juez no recae en los mismos elementos cuando se enjuicia la legalidad de un acto administrativo que cuando se conoce de una petición de autorización de entrada, pues en este último supuesto aquello sometido al conocimiento del juez es la legalidad de la actuación material de acceso a un domicilio para la protección del

¹⁰⁹ Si la función del juez en materia de autorización no es la de controlar la legalidad del acto administrativo, ¿qué garantía aporta entonces al derecho fundamental que exista una resolución que constata dicha legalidad?

derecho fundamental. De ahí que, al menos en el ámbito jurídico-administrativo¹¹⁰, la resolución judicial del artículo 18.2 de la CE haya devenido en un concepto mucho más acotado y preciso, es decir, en una autorización judicial de entrada¹¹¹.

Por ello, a pesar de que la literalidad del artículo 18.2 de la CE permita considerar que aquella resolución que declara la conformidad a derecho del acto y cuyo fallo implica una entrada domiciliar encaje con la «resolución judicial» exigida, opino que, por el contrario, la ya consolidada construcción doctrinal y sobre todo jurisprudencial sobre la institución de la autorización judicial de entrada y de la función que el juez desempeña en la misma de tutela del derecho fundamental, admita sin restricciones la STC 160/1991. A mi entender, este constituye otro de los motivos de los que se deriva la clara falta de adhesión a la misma por parte tanto de la Administración como de los tribunales superiores de justicia.

Junto a las anteriores objeciones a la STC 160/1991, cabe añadir una más: el distinto régimen jurídico al que se someterán las entradas en función de si la ejecución trae

¹¹⁰ De hecho, también en el ámbito penal y en el civil la resolución judicial que sirve de título para penetrar en un domicilio constitucionalmente protegido es concebida como una orden o autorización judicial de entrada. Así se hace patente en el ámbito penal, con una regulación específicamente contenida en la LECrim. disciplinando los supuestos en los que el juez acordará «la entrada y registro» en los ámbitos protegidos por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (arts. 545 a 572). Lo mismo cabe apreciar en la nueva LEC del año 2000 —art. 261.2 y 3, art. 354 y art. 701.1—, que regula supuestos específicos en los que el juez por medio de una específica resolución acordará autorizar la entrada a determinados espacios; se trata pues no de una resolución cualquiera, sino de una específica orden o autorización de entrada.

Especialmente relevante en este contexto resulta el artículo 701.1 de la LEC, incardinado en el Libro III referente a la ejecución forzosa. En el ámbito de la ejecución no dineraria, el tenor literal del artículo 701.1 de la LEC prevé que «[c]uando del título ejecutivo se desprenda el deber de entregar cosa mueble cierta y determinada y el ejecutado no lleve a cabo la entrega dentro del plazo que se le haya concedido, el tribunal pondrá al ejecutado en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos, *ordenando la entrada en lugares cerrados* y auxiliándose de la fuerza pública, si fuere necesario». El título ejecutivo referido puede ser una resolución judicial que, como vemos, no será título suficiente para penetrar ya no en el domicilio, sino en un «lugar cerrado».

¹¹¹ Se postula por la posición contraria Francisco Javier MATÍA PORTILLA, que articula distintos argumentos para afirmar que existe un «discutible entendimiento de la exigencia de resolución judicial constitucionalmente prevista en el artículo 18.2 CE. La constitución no exige, como ya se ha señalado en páginas anteriores, que toda entrada se vea precedida por la correspondiente autorización judicial (expresada en un auto judicial y que sirva para superar la negativa del titular del domicilio); se limita a exigir, por el contrario, la existencia de una previa resolución judicial que la contemple». Es decir, según MATÍA PORTILLA, la resolución exigida por el artículo 18.2 CE no tiene por qué ser una autorización en sentido estricto.

Sin embargo, tras afirmar lo anterior, el referido autor se ve en la necesidad de precisar que es necesario, no obstante, que la resolución judicial contemple «el impacto de la medida, en su caso administrativa, sobre el derecho fundamental afectado». A partir de aquí, el autor incide en los elementos que debe incorporar dicha resolución judicial, entre los que destaca el juicio sobre el principio de proporcionalidad. Francisco Javier MATÍA PORTILLA, *El derecho a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; la cita pertenece a la p. 295, pero la idea se desarrolla en las pp. 288-301.

causa de un acto administrativo o de una resolución judicial. Si aquello que la Administración traslada al plano material es un título judicial, el único precepto de aplicación será el artículo 18.2 de la Constitución, mientras que la normativa administrativa que disciplina la autorización judicial de entrada quedaría al margen. De este modo aquellos actos administrativos cuya ejecución implica ya de forma directa ya indirecta la entrada en propiedad privada, se someterán a regímenes absolutamente dispares en función de si la legalidad del acto del que provienen ha sido confirmada judicialmente o no. Imagínese, por ejemplo, una sanción de retirada del mercado de un determinado producto. Si el acto no es recurrido o incluso siendo recurrido, se inadmite el recurso, y la ejecución del mismo implica la entrada en almacenes, locales, etc., la misma irá precedida de un control previo por medio de la autorización de entrada, control básicamente focalizado en la proporcionalidad de la medida. En cambio, si existe resolución judicial en la que se confirme dicha sanción, esta tutela previa en ningún momento se plantearía no obstante no derivarse del fallo de forma directa la entrada a espacios protegidos por la autorización, al no ser estos espacios domicilios constitucionalmente protegidos.

A mi entender, pues, la solución a la que nos lleva la STC 160/1991 es desde varias perspectivas desacertada. En primer lugar, porque no cabe distinción alguna entre ejecución de sentencias y ejecución de actos administrativos confirmados judicialmente, pues en estos supuestos subsiste el acto administrativo y la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración. En segundo lugar, porque la legalidad del acto administrativo, aunque haya sido declarada judicialmente, no es fundamento suficiente para sustentar la legalidad de su ejecución y, por ende, el respeto al derecho a la inviolabilidad del domicilio. En tercer lugar, porque tampoco el hecho de que la ejecución sea en línea directa lo garantiza, siendo este un extremo cuya valoración recae únicamente en manos de la Administración. Y, por último, porque la resolución judicial referida en el artículo 18.2 de la CE, debe ser una específica autorización judicial de entrada para cumplir acertadamente el fin de protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Desde esta perspectiva, quizás sería acertado articular un nuevo planteamiento en torno a esta cuestión, el cual me aventuro a esbozar. El punto de partida debe ser, en mi opinión, que las resoluciones judiciales declarativas de la conformidad a Derecho de un acto de la Administración pública no constituyen título ejecutivo, sino que dicha cualidad sigue residenciándose en el acto y que su ejecución se lleva a cabo al amparo de la potestad de autotutela ejecutiva de la que viene investida la Administración pública. Sentado lo anterior, deberá estarse a lo que preceptúa la ley, especialmente los artículos 8.6 de la LRJCA y 91.2 de la LOPJ, así como cualquier otro que resultare de aplicación en función del ámbito de actuación administrativa de que se tratara. Corresponderá entonces, según el tenor literal de la ley, al juzgado de lo contencioso-administrativo el enjuiciamiento de la pertinencia de la autorización de entrada «siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública». Asimismo, en

determinados supuestos, no solo el acceso al domicilio constitucionalmente quedará sometido a la previa autorización de entrada, sino también el acceso a la propiedad privada.

Será entonces en el juicio valorativo del juez donde se manifestarán las peculiaridades derivadas de que exista una previa resolución judicial que declare que el acto que la Administración pretende ejecutar se ajusta a la legalidad, pues la apariencia de legalidad del acto será un elemento ya constado. Es decir, el juez autorizante contará con la certeza de que el acto ha sido dictado por órgano competente, en ejercicio de sus funciones y siguiendo el procedimiento legalmente establecido. En cierto modo, ello contribuirá a que el juez autorizante rebaje o atenúe su control en lo atinente a la apariencia de legalidad del acto. No sin embargo, en lo tocante a los términos de la ejecución como, por ejemplo, la individualización del titular del derecho afectado, el plazo para realizarla, las horas, los agentes o personas autorizadas, los espacios específicos a los que se dirige dicha actuación administrativa y, especialmente, la proporcionalidad de la medida para la consecución del fin perseguido. Extremos todos ellos que no se derivan de forma inmediata de la legalidad del título ejecutivo, por lo que deben someterse a la cognición del juez autorizante según doctrina y jurisprudencia reiterada para que los valore apriorísticamente y así se preserve el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la propiedad privada, cuando corresponda.

D. Posibles interferencias con la jurisdicción civil en los supuestos de declaración de desamparo de menores.

Existe un supuesto en el que la competencia objetiva en materia de autorización judicial de entrada atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa puede verse interferida por la jurisdicción civil. Se trata de los casos en los que la Administración adopta una declaración de desamparo de un menor u otras medidas vinculadas para la protección de menores, la ejecución de las cuales puede tener que asociarse a la autorización de entrada¹¹².

Sobre la naturaleza de la declaración de desamparo, la doctrina postula que «constituye un acto de la Administración sometido al Derecho privado por cuanto sus efectos inciden en el estado civil de la persona, pero también se ve sujeto a normas públicas en ciertos aspectos de índole secundaria. Se trata, por tanto, de un acto de naturaleza compleja»¹¹³. Esta naturaleza compleja o doble naturaleza se deriva del hecho que

¹¹² A modo de ejemplo, la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria recoge en su art. 67 que en la ejecución de las mismas la Administración pueda recabar «las autorizaciones judiciales que pudieran proceder para la entrada en domicilio».

¹¹³ María Aurora LÓPEZ AZCONA, «La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2001, p. 1.934

mientras la emisión del acto se rige por el Derecho público, el Derecho privado regula el régimen de recursos susceptibles de interponerse frente a la declaración de desamparo, que resolverá la jurisdicción civil «sin necesidad de reclamación administrativa previa», según reza el artículo 172.6 del Código Civil¹¹⁴. Asimismo, entre estos otros aspectos de naturaleza pública se halla la autorización judicial de entrada que en su caso fuere necesaria para ejecutar dicha declaración, disciplinada por normas del ordenamiento jurídico-administrativo. En este contexto, defiende LÓPEZ AZCONA la competencia de los juzgados de lo contencioso-administrativo para conocer de las peticiones de autorización que la Administración ejecutora considere necesarias para llevar a cabo el contenido de la declaración de desamparo¹¹⁵. Y lo cierto es que la práctica jurisprudencial confirma los argumentos que aduce la autora, pues son bien abundantes las resoluciones judiciales del orden contencioso-administrativo en materia de autorización judicial de entrada para proceder a la ejecución de una declaración de desamparo cuando esta implica la aprehensión del menor de un espacio domiciliario¹¹⁶.

Se traen a colación estos específicos actos administrativos pues, como se adivinará, de aplicarse con ocasión de los mismos aquella doctrina derivada de las SSTC 160/1991 y 199/1998, que en suma postulan el traslado de la competencia en materia de autorización al juez que enjuicie la legalidad o la ejecutividad del acto administrativo, estaríamos ante supuestos en los que sería un juez del orden civil el que autorizara la entrada a la Administración, si fuere procedente, para ejecutar un acto

¹¹⁴ El artículo 172.6 del Código Civil establece textualmente, según la redacción dada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre (DF 5.ª), lo siguiente: «Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil en el plazo y condiciones determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa».

¹¹⁵ En el mismo sentido, M^a Ángeles DE PALMA DEL TESO, *Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2006, pp. 311-313. Asimismo, Javier OLIVÁN DEL CACHO, que entiende que el art. 8.6 de la LRJCA da suficiente cobertura al referirse a los «actos de la Administración pública», sin calificarlos expresamente como actos administrativos. Javier OLIVÁN DEL CACHO, «La autorización judicial para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular: aspectos prácticos», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 25, 2011, p. 205.

Aurora LÓPEZ AZCONA da cuenta de que algún autor defiende la posición contraria. Así LORCA MARTÍNEZ, «La tutela “ex lege” o tutela de los menores en situación de desamparo», en *Actualidad Civil*, 1982-2, pp. 1.819-1.829, se declara a favor de que la competencia en materia de autorización para la ejecución de declaraciones de desamparo que impliquen la entrada en un domicilio se residencie en el orden civil.

¹¹⁶ Además de las que se citan a lo largo de este epígrafe, entre otras, la STSJ de Madrid 565/2001, de 22 de mayo (JUR 2001/226119); la STSJ de Castilla-La Mancha 50/2001, de 2 de julio (JUR 2001/287058); la STSJ de Madrid 590/2002, de 27 de mayo (JUR 2002/240216); la STSJ de Murcia 718/2007, de 26 de octubre (JUR 2008/21236); la STSJ de Castilla y León (Valladolid) 694/2009, de 17 de marzo (JUR 2009/207857); la STSJ de Galicia 793/2012, de 26 de julio (JUR 2012/275016).

administrativo¹¹⁷; supuesto este en el que intuyo no han reparado ni el TC ni aquella jurisprudencia y doctrina que postulan el traslado competencial en dichos términos.

En relación con la STC 199/1998, lo cierto es que la práctica jurisprudencial confirma que, ante la ejecución de una declaración de desamparo de un menor, los juzgados de lo contencioso-administrativo asumen su competencia para conocer de las peticiones de autorización de entrada, aun existiendo la pendencia de un recurso interpuesto frente a la jurisdicción civil contra dicha declaración de desamparo, sin que la doctrina contenida en dicha sentencia surta efecto alguno en este contexto¹¹⁸. Sin embargo, es preciso dar cuenta de alguna resolución en sentido contrario. Así, en la STSJ de Castilla y León (Burgos) 204/2005, de 8 de abril, se desestima el recurso interpuesto contra el auto que denegó la autorización de entrada por estar pendiente un recurso contra la declaración de desamparo a ejecutar. Ahora bien, el fundamento en este caso para que el TSJ confirme el auto recurrido no es la doctrina contenida en la STC 199/1998, que en ningún momento se cita, sino la falta de firmeza del acto administrativo que pretende ejecutarse y, sobretodo, en el interés superior de protección de los menores en cuestión ya que, «la ejecución de la resolución recurrida con anterioridad a que pudiera ser declarada ajustada a derecho por la jurisdicción civil pudiera causar daños irreparables o de muy difícil reparación, tanto en los padres como en los menores»¹¹⁹.

En relación con la doctrina contenida en la STC 160/1991, debe darse cuenta de que no se ha localizado pronunciamiento alguno por parte de nuestros TSJ en el que se autorice la entrada para ejecutar una declaración de desamparo confirmada judicialmente. Ello seguramente se deba a la urgencia con el que este tipo de actuaciones se ejecutan —en atención al interés superior del menor que pretenden proteger— de modo que antes de que exista resolución judicial al respecto, la Administración ya ha procedido a su ejecución, por medio de la autorización expedida entonces por el juzgado de lo contencioso-administrativo.

Ello no obstante, es preciso dar cuenta del auto del Tribunal Constitucional 47/2009, de 13 de febrero¹²⁰, en el que se inadmite un recurso de amparo cuya interposición se genera a raíz de una actuación en materia de desamparo de menores. Sumariamente, los hechos traen causa de un acogimiento preadoptivo de una menor declarada en situación de desamparo y acogida bajo la tutela de la Administración. Sin embargo, dicha

¹¹⁷ OLIVÁN DEL CACHO defiende el traslado competencial al orden civil en estos supuestos «al tratarse de una cuestión incidental». Javier OLIVÁN DEL CACHO, «La autorización judicial para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular: aspectos prácticos», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 25, 2011, p. 205-206.

¹¹⁸ Como ejemplo de ello pueden citarse, entre otras, el ATSJ de Asturias, de 30 de enero (RJ 2001/337); las SSTSJ de Andalucía 1309/2000, de 25 de septiembre (RJCA 2000/1493); 251/2002, de 1 de abril (JUR 2002/183180); STSJ de Castilla y León (Burgos) 266/2012, de 18 de mayo (JUR 2012/237673).

¹¹⁹ STSJ de Castilla y León (Burgos) 204/2005, de 8 de abril, FJ 4.º (JUR 2005/225910).

¹²⁰ ATC 47/2009, de 13 de febrero (RTC 2009/47).

declaración de desamparo es revocada por la jurisdicción civil, dándose inicio a la ejecución de dicha sentencia mediante el establecimiento de un régimen de retorno de la menor a sus progenitores biológicos progresivamente. Ante la resistencia y obstrucción al cumplimiento de este régimen por la familia de acogida, la jurisdicción civil adopta como medida cautelar la entrega inmediata de la menor a la familia biológica por medio de un auto en el que se «ordena que por parte de funcionarios de la Consejería competente, acompañados de policía no uniformada para el supuesto de resistencia de los acogedores, “se proceda a recoger del domicilio de los mismos a la menor”»¹²¹.

Como se adivinará, una de las vulneraciones alegadas en el recurso de amparo interpuesto fue la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que el TC desestima al entender que, en virtud de la STC 160/1991, «una vez recaída una resolución judicial que adquiera firmeza y que dé lugar, por su naturaleza y contenido, a una entrada domiciliaria, tal resolución será título bastante para esa entrada, y se habría cumplido la garantía del art. 18 CE» (STC 160/1991, de 18 de julio, F. 9), no obstante lo cual, en tales supuestos el órgano judicial viene, sin duda, obligado constitucionalmente a argumentar la necesidad de la medida y a garantizar que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones que aquellas que sean estrictamente necesarias»; requisito que el TC entiende cumplido por la simple constancia en el auto del fragmento anteriormente transcrito.

Más allá de si la resolución cumplía o no los requisitos necesarios para que se procediera a la penetración domiciliar sin vulnerar el derecho fundamental, lo que en este supuesto interesa destacar es que es el orden civil el que autoriza o no la entrada, porque aquello que se pretende ejecutar es efectivamente una resolución judicial, no una decisión administrativa confirmada judicialmente. Compete entonces al juez encargado de la ejecución resolver cualquier cuestión que esta suscite como, por ejemplo, la autorización judicial de entrada si fuere necesaria para acceder a un domicilio constitucionalmente protegido.

E. La peculiar atribución competencial a la jurisdicción social en materia de autorización judicial de entrada para el ejercicio de funciones de inspección.

A resultas del traslado de competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa a la social realizado por la reciente Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), los juzgados de lo social asumen actualmente la competencia para conocer de ciertos supuestos de peticiones de autorización judicial de entrada. Es de suponer que la lógica que acompaña a la nueva atribución de competencia autorizadora a la jurisdicción social responde al objeto de crear un régimen unificado para su intervención en aquellas materias trasladadas desde la

¹²¹ FJ 5.º del ATC 47/2009, de 13 de febrero (RTC 2009/47).

jurisdicción contencioso-administrativa. Así, la asunción de funciones revisoras sobre determinados tipos de actuación administrativa por la jurisdicción social, se acompaña del traslado de otras funciones que están estrechamente conectadas con aquella actividad administrativa sometida a su control como, por ejemplo, la autorización de judicial de entrada.

El aludido traslado opera en virtud del art. 76.5 de la LRJS —que se sustenta en el ámbito objetivo dibujado por los arts. 2 y 3 del mismo cuerpo legal—, y cuyo tenor literal conviene reproducir para facilitar su posterior análisis. De conformidad con el apartado 5 del art. 76 de la LRJS:

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, la Administración laboral, en el ejercicio de sus funciones, cuando el centro de trabajo sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona afectada, podrá solicitar la correspondiente autorización judicial, si el titular se opusiere o existiese riesgo de tal oposición, en relación con los procedimientos administrativos de los que conozca o pueda conocer posteriormente la jurisdicción social, o para posibilitar cualquier otra medida de inspección o control que pudiera afectar a derechos fundamentales o libertades públicas.

Varios son los elementos que es debido destacar del art. 76.5 de la LRJS. En primer lugar, la extraña ubicación en la que el legislador recoge esta competencia: la sección dedicada a los actos preparatorios y diligencias preliminares del proceso ordinario¹²². No es necesario insistir en lo desacertado del encuadramiento de la autorización judicial en dicho marco, puesto que en ningún caso constituye una actuación preliminar o preparatoria de un posterior proceso judicial, sino que la autorización judicial encaja en el desarrollo de la ejecución administrativa, la cual eventualmente puede desembocar en una demanda laboral. No se explica dicha opción legislativa, especialmente a la luz de los dictámenes emitidos por el Consejo Económico y Social y por el Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley del Procedimiento Laboral —que incluía esta competencia en el art. 6 y también en el art. 76. Ambos órganos criticaron en términos similares la ubicación de la autorización judicial en un artículo referido a incidentes procesales. En concreto, el CES se refería a ello como «un error sistemático del Anteproyecto, por lo que debería regularse en un apartado diferente al de las diligencias preliminares»¹²³, y el CGPJ afirmaba que «no resulta correcto vincular

¹²² Coincide en la crítica a la ubicación de la autorización de entrada Amparo ESTEVE SEGARRA, «El proceso ordinario», en la obra colectiva dirigida por Ángel BLASCO PELLICER y José María GOERLICH PESET, *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 221.

¹²³ Véase el «Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la jurisdicción social» [en línea], elaborado por el Consejo Económico y Social, de 30 de noviembre de 2010, p. 42. <<http://www.ces.es/documents/10180/18507/Dic112010>>.

estas solicitudes de autorización a las diligencias preliminares»¹²⁴. Sin embargo, la solución por la que optó el legislador fue mantener la autorización en el art. 76 y eliminarla del art. 6 del Proyecto presentado en las Cortes.

En segundo lugar, cabe reparar en la peculiar articulación de la atribución competencial a la jurisdicción social. Interesa resaltar que la norma limita los supuestos en los que la jurisdicción social será competente en materia autorizadora en atención a dos criterios que operan acumulativamente. De un lado, la actividad ejecutiva administrativa debe consistir en el ejercicio de funciones de inspección —realizadas bien por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, bien por la Administración laboral. Se da cobertura así en el específico ámbito social a mandatos como el contenido en el art. 5.1 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, según el cual la inspección requerirá «la oportuna autorización judicial», si el centro inspeccionado es el domicilio de la persona física afectada y no se obtiene su consentimiento; ámbito cubierto hasta ahora por la jurisdicción contencioso-administrativa. De otro lado, dichas funciones de inspección deben conectarse con «procedimientos administrativos de los que conozca o pueda conocer posteriormente la jurisdicción social». Es decir, el legislador impone la intervención de los juzgados de lo social en materia autorizadora cuando la Administración laboral desarrolle funciones de inspección y esta se conecte con posteriores procedimientos sometidos al control de la jurisdicción social.

Resulta obvio que el ánimo del legislador es unificar en la jurisdicción social el conocimiento de todos los trámites o incidentes en los que intervenga el órgano judicial en relación con un asunto, de modo que se evite el cruce de distintas jurisdicciones, el posible desconocimiento de actuaciones llevadas en una y otra, etc. Así, en principio, parece que el legislador tenga en mente la conexión de la inspección con procedimientos sancionadores, en tanto que la impugnación de resoluciones sancionadoras en materia laboral o sindical viene atribuida a la jurisdicción social¹²⁵. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que dicha inspección puede dar lugar a otro tipo de actuaciones ajenas a la potestad sancionadora¹²⁶, en cuyo caso deberá estarse a los complejos arts. 2 y 3 de la LRJS para conocer si compete a los juzgados de lo social dicha autorización o, por el contrario, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Se trata además de un difícil juicio apriorístico puesto que, en ocasiones, solo tras el desarrollo de la inspección —por tanto, después de solicitar la autorización judicial—

¹²⁴ Véase el «Informe al Anteproyecto de Ley reguladora de la jurisdicción social» [en línea], del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de diciembre de 2010, p. 32. En el mismo sentido, véase la p. 70 de dicho Informe, donde el CGPJ alega la distinta naturaleza de la autorización judicial para cuestionar su ubicación en el art. 76 de la Ley junto a actos preparatorios del proceso judicial.

¹²⁵ Según el art. 2.n) de la LRJS corresponde a la jurisdicción social el conocimiento de «la impugnación de resoluciones administrativas (...) recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical».

¹²⁶ Baste ver el art. 7 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que se recogen las posibles actuaciones derivadas de la inspección.

se contará con todos los datos necesarios para determinar el tipo de actuación administrativa subsiguiente. Ello, a mi entender, puede provocar no pocos supuestos conflictivos en los que apriorísticamente sea difícil valorar si la competencia autorizadora corresponde a la jurisdicción social o a la contencioso-administrativa. Todo ello hace pensar que, para evitar dichos conflictos, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se decante por una u otra jurisdicción y si, como es de esperar, es la social, esta acabe por asumir la competencia autorizadora en cualquier caso en el marco del ejercicio de las funciones de inspección.

Del art. 76.5 se desprende también, a *sensu contrario*, que el legislador desvincula de forma expresa de la jurisdicción social aquellas autorizaciones judiciales que puedan requerirse en el marco de la ejecución forzosa de actos administrativos o de cualquier otro tipo de actividad ejecutiva distinta a la inspección, aunque que esta provenga de la Administración laboral y su impugnación competa a la jurisdicción social. Así, si anteriormente se ha resaltado la voluntad del legislador de aglutinar bajo una misma jurisdicción todas las actuaciones relativas a un mismo asunto; con la exclusión de otro tipo de actividades administrativas ejecutivas se consigue el efecto opuesto. No se explica la razón de esta específica y excluyente referencia a la función inspectora, a no ser que el legislador tuviese únicamente en mira el ya mencionado art. 5.1 de la Ley 42/1997.

En tercer lugar, es preciso parar mientes en que la autorización judicial a la que se refiere el art. 76.5 de la LRJS sirve a al finalidad de tutelar la inviolabilidad domiciliaria que puede desarrollarse en los centros de trabajo sometidos a inspección; en concreto, el precepto reza —con una redacción muy similar a la del art. 5.1 de la Ley 42/1997— que se requerirá autorización «cuando el centro de trabajo sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona afectada». Así se tutela el derecho a la inviolabilidad del domicilio tanto de personas físicas —especialmente ahora que se incluyen los empleados del hogar bajo el régimen general—, como de personas jurídicas; dejándose al margen el derecho a la propiedad.

Sin embargo, la inviolabilidad domiciliaria no es el único derecho fundamental que el art. 76.5 asocia a la égida de la autorización judicial. Dicho precepto precisa *in fine* que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o la Administración laboral podrá solicitar la autorización judicial «para posibilitar cualquier otra medida de inspección o control que pudiera afectar a derechos fundamentales o libertades públicas». De este modo el legislador amplía los supuestos sometidos a la autorización judicial. De un lado porque, junto a las entradas o accesos en domicilios, el precepto incluye cualquier medida de inspección o de control, ampliando considerablemente el espectro de actividades inspectoras realizadas por las autoridades laborales sometidas a la autorización judicial. Del otro, porque anuda dichas actuaciones inspectoras o de control a la afectación de cualquier derecho fundamental o libertad pública.

A pesar del extraño acoplamiento de esta última frase en el precepto, debe entenderse que la autorización para la afectación de otros derechos fundamentales se somete a los mismos criterios que la autorización de entrada; esto es, siempre que se asocie al ejercicio de funciones de inspección y a procedimientos cuya impugnación compete a la jurisdicción social. Así, lo que opera este fragmento final del art. 76.5 es una ampliación tanto de las funciones inspectoras como de los bienes jurídicos tutelados por la autorización judicial: junto a la inviolabilidad del domicilio, el legislador extiende la tutela a otros derechos fundamentales como, cabe imaginar, el derecho a la intimidad o el derecho al secreto de las comunicaciones.

Por último, no puede dejar de notarse la existencia de una sustancial diferencia en el régimen de la autorización judicial en función de que asuma la competencia la jurisdicción social o a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y es que, en virtud del art. 76.6 de la LRJS, «[c]ontra la resolución judicial denegando la práctica de estas diligencias no cabrá recurso alguno, sin perjuicio del que en su día puedan interponerse contra la sentencia». Ello implica la imposibilidad de que la Administración correspondiente interpusiera recurso alguno frente a la denegación de la autorización judicial solicitada. A mi juicio, debe ponerse en duda la aplicabilidad de este régimen de recurso a las autorizaciones judiciales, dado que no constituyen una diligencia preliminar o acto preparatorio del eventual pleito, a diferencia del resto de supuestos regulados en el art. 76 y a los cuales se refiere el referido apartado 6. De entenderse que la denegación de la autorización no es susceptible de recurso, se estaría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración solicitante, puesto que se impediría el acceso al recurso que según la norma corresponde frente a los autos dictados por los juzgados de lo social —el recurso de reposición que, según el art. 186.2 de la LRJS, procede «contra todas las providencias y autos». La conculcación del derecho fundamental aludido es palmaria puesto que, a diferencia del resto de diligencias preliminares o actos preparatorios recogidos en el art. 76 de la LRJS, en ningún caso será posible impugnar la denegación de la autorización en un ulterior recurso que pueda interponerse contra la sentencia resultante del pleito que supuestamente se prepara. Al contrario, la denegación de la autorización judicial implicará la imposibilidad de realizar la inspección —al menos en los términos previstos por la autoridad competente— y, por ello, la imposibilidad de que se genere actividad administrativa alguna susceptible de impugnación —a no ser que la denegación, claro está, implique que la inspección puede realizarse sin autorización alguna¹²⁷. En suma, a mi entender el art. 76.6 de la LRJS supone la clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al impedir recurso alguno frente a la denegación de autorizaciones judiciales, ya que se restringe el acceso a los recursos

127 El Consejo Económico Social argumentó en términos similares, para proponer un régimen distinto de recursos para las resoluciones autorizadoras, que «en el supuesto de denegación de la autorización de la entrada en domicilio, no va a poder imponerse una sanción y por tanto no va a haber ninguna sentencia frente a la que recurrir». Véase el ya citado Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la jurisdicción social, p. 49. En el mismo sentido, el CGPJ en su citado Informe, p. 70.

predeterminados por la ley frente a los autos dictados por los jueces y tribunales de la jurisdicción social. La anterior afirmación parte, claro está, de la negación del carácter de la autorización judicial como diligencia preliminar o acto preparatorio de un proceso posterior. Por todo ello, el régimen de recursos aplicable a las autorizaciones tanto denegadas como concedidas por la jurisdicción social debería ser, en mi opinión, el régimen general que la ley establezca frente a las resoluciones que adopten la forma de auto.

En fin, para concluir este breve epígrafe baste recordar que, según el texto de la ley, la jurisdicción social solo asumirá competencias en materia de autorización judicial en el marco del ejercicio de funciones de inspección por parte de la Inspección del Trabajo y Seguridad Social o por la administración laboral y cuando dichas inspecciones se conecten con procedimientos cuya impugnación se someta a la misma jurisdicción. Apuntados los problemas que esta peculiar configuración de la atribución competencial puede generar, queda esperar cómo reaccionan ambas jurisdicciones ante el conflicto que se plantea¹²⁸.

F. La asunción de la competencia objetiva en materia de autorización judicial de entrada por parte del servicio de guardia en sustitución de los juzgados de lo contencioso-administrativo.

Existe un último supuesto en el que el orden competencial previsto en el art. 8.6 de la LRJCA se ve alterado. Se trata de los casos en los que dicha competencia es asumida en sustitución por el servicio de guardia, en virtud del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por Acuerdo de 15 de septiembre de 2005 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ).

Actualmente esta previsión viene recogida en el artículo 42.5 del mencionado Reglamento, pero originariamente dicho precepto solamente contemplaba que las peticiones recogidas en el artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA —de autorización o ratificación de la adopción de medidas sanitarias urgentes y necesarias para la protección de la salud pública— pudieran ser asumidas en sustitución por el juez en funciones de guardia, probablemente porque se considerara que estas actuaciones eran las únicas sometidas a autorización judicial que podían venir revestidas de la suficiente urgencia para ser asumidas por los jueces en funciones de guardia¹²⁹. Sin

¹²⁸ No se ha localizado por el momento en las bases de datos consultadas jurisprudencia al respecto.

¹²⁹ La redacción inicial del artículo 42.5 del mencionado Reglamento es la que transcribe a continuación:

El Juez que en cada circunscripción judicial desempeñe el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de aquellas actuaciones urgentes que el artículo 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, atribuye a los Jueces Decanos, así como las de igual naturaleza propias de la oficina del Registro Civil y

embargo, el CGPJ cambió de tercio ya que dicho precepto fue modificado por el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 28 de noviembre de 2007 (vigente desde el 1 de enero de 2008), dándole la actual redacción, la cual incluye como se verá más adelante todas las autorizaciones competencia los juzgados de lo contencioso-administrativo en virtud del artículo 8.6 de la LRJCA, no solo las del apartado segundo.

Dicha atribución competencial a favor de los servicios de guardia, sin embargo, no fue acogida favorablemente por algún sector. Muestra de ello es el recurso contencioso-administrativo que un grupo de jueces de instrucción interpuso ante el Tribunal Supremo contra el mencionado acuerdo de 28 de noviembre de 2007 por el que, entre otros, se amplió el catálogo a todas las autorizaciones previstas en el artículo 8.6 de la LRJCA, modificando el artículo 42.5 del Reglamento. El Tribunal Supremo resolvió dicho recurso en su sentencia de 6 de octubre de 2009¹³⁰. Según el FJ 1.º de la referida sentencia «[e]n esencia entienden los demandantes que la atribución reglamentaria del conocimiento por un órgano jurisdiccional de asuntos atribuidos legalmente y de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial, a los Órganos Judiciales de otros Ordenes Jurisdiccionales, suponen la violación de esa legislación y de la reserva constitucional de Ley establecida por la Constitución y por dicha Ley Orgánica. Sin que quepa excusar esa violación jurídica, por el hecho de producirse solo con ocasión de asuntos urgentes y en días y horas inhábiles, porque esto no lo autoriza la Constitución ni la Ley, ni puede reputarse como un aspecto puramente accesorio o secundario en el ejercicio de la función judicial». Entienden los recurrentes que la legislación no ampara esta previsión competencial a favor de los jueces penales de instrucción en servicio de guardia y sostienen su alegación, entre otros, en aquellos preceptos en los que se deja constancia de la reserva legal en materia de distribución competencial —especialmente los artículos 117.3 y 4 de la Constitución, así como el 122.1; y el artículo 9.1 de la LOPJ—, así como en aquellos preceptos que constriñen las funciones del CGPJ —en esencia el artículo 110.2 de la LOPJ que establece que dicho órgano «podrá dictar reglamentos de desarrollo de esta ley para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar».

El Alto Tribunal resolvió negativamente el recurso, con fundamento en dos pilares argumentativos que condensa en el FJ 4.º de la referida sentencia. Por un lado, el Tribunal defiende la potestad del Consejo General del Poder Judicial para regular por la vía reglamentaria el servicio de guardia, en atención al art. 110.2.ñ) de la LOPJ, según el cual le corresponde el «reparto de asuntos y ponencias y normas generales sobre prestación y desarrollo del servicio de guardia», así como el artículo 501 de la LOPJ

las que asigna a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo el segundo párrafo del apartado sexto del artículo 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, siempre y cuando las mismas sean inaplazables y se susciten fuera de las horas de audiencia del órgano a que estuvieren encomendados tales cometidos. Realizada que sea la intervención procedente, se trasladará lo actuado al órgano competente o a la oficina de reparto, en su caso.

¹³⁰

STS de 6 de octubre de 2009 (JUR 2009/435891).

que atribuye al CGPJ la determinación de «los órganos jurisdiccionales y otros servicios de la Administración de Justicia que han de permanecer en servicio de guardia, así como los horarios y las condiciones en que se realizará el mismo». Igualmente tiene en cuenta la previsión del art. 207 de la LOPJ que prevé la sustitución de los jueces. Sin embargo, el fundamento argumental que aquí interesa es el segundo. Razona el Tribunal Supremo, por otro lado, que la previsión de que el servicio de guardia asuma funciones de la jurisdicción contencioso-administrativa no implica una alteración del orden competencial, sino simplemente su sustitución «y esto por la sencilla razón que no puede exigirse a los titulares de aquellos otros órganos judiciales, que estén disponibles todos los días y horas del año». Cierra el Alto Tribunal su argumentación jurídica concluyendo que «como no se altera la competencia de los órganos judiciales, no se conculca la reserva constitucional de Ley, ni las reglas sobre competencia de los diferentes órganos judiciales que los actores citan como infringidos».

A la vista de la STS de 6 de octubre de 2009 no puede hablarse en sentido estricto de una alteración del orden competencial establecido en la ley, porque como bien dice el Alto Tribunal la titularidad de la competencia en materia de autorización judicial de entrada la siguen ostentando los juzgados de lo contencioso-administrativo. Sin embargo, aunque en funciones sustitución, es preciso tener en cuenta que los servicios de guardia conocerán de las peticiones de autorización de entrada. Sobre esta novedad incorporada a nuestro ordenamiento jurídico recientemente es menester dar cuenta, aunque solo sea brevemente.

Como ya se ha dicho, en virtud del artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, actualmente el servicio de guardia asumirá, cuando se cumplan unos concretos requisitos, el conocimiento de las peticiones de autorización judicial de entrada recogidas en el artículo 8.6 de la LRJCA. Es menester aquí transcribir el artículo 42.5 del mencionado reglamento, para proceder a su estudio. Su tenor literal es el que sigue:

El Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones (...); singularmente, se ocupará de las que, correspondiendo a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, sean instadas en días y horas inhábiles y exijan una intervención judicial inmediata en supuestos de:

- a) Autorización de entradas en domicilios y lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular conforme a lo previsto en el artículo 8.6, párrafos primero y tercero de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- b) Medidas sanitarias urgentes y necesarias para proteger la salud pública conforme al artículo 8.6 párrafo segundo de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

- c) Adopción de medidas cautelares previstas en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución o retorno. Cumplimentada su intervención el Juez de Guardia remitirá lo actuado al órgano judicial competente para celebración de comparecencia y ulterior resolución del incidente.

En todo caso, quien inste la intervención del Juez de Guardia en los supuestos previstos en este apartado habrá de justificar debidamente su necesidad por resultar inaplazable y no haber sido posible cursar la solicitud al órgano naturalmente competente en días y horas hábiles. Deberá igualmente aportar cuanta información sea relevante o le sea requerida sobre procedimientos en trámite que tengan conexión con el objeto de dicha solicitud

Como se aprecia, las competencias atribuidas por el artículo 8.6 de la LRJCA son objeto en su totalidad de remisión al juez que desempeñe las funciones de guardia por sustitución. Es decir, podrá así la jurisdicción desempeñar su papel autorizante cuando sea preciso, sin que haya más dilación o demora que aquella derivada de la entrada y despacho de los asuntos, de modo que el requisito de eficacia de la actuación administrativa no se verá menoscabado por la dilación en el tiempo que pudiera suponer la no disponibilidad del juzgado de lo contencioso-administrativo, y la inviolabilidad del domicilio, junto con el derecho a la propiedad privada y el resto de derechos fundamentales protegidos por medio de la autorización judicial de entrada podrán tutelarse debidamente¹³¹.

Ahora bien, para que el juez de guardia pueda desempeñar esta función, se exige el cumplimiento de determinados requisitos. De un lado, es preciso que la pretensión sea instada «en días y horas inhábiles» y, además, que «exijan una intervención judicial inmediata». Según el artículo 130.2 y 3 de la LEC —que opera aquí con carácter supletorio (art. 4 de la LEC y DF primera de la LRJCA)— son «días hábiles todos los del año, excepto los domingos, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad. También serán inhábiles los días del mes de agosto»¹³², y entiende por horas hábiles «las que median desde las ocho de la mañana a las ocho de la tarde, salvo que la ley, para una actuación concreta,

¹³¹ Cuando la competencia en materia de autorización judicial de entrada fue atribuida inicialmente por la LOPJ a la jurisdicción penal, Víctor FAIRÉN GUILLÉN destacó como uno de los aspectos ventajosos de dicha atribución competencial el hecho de que el juez penal estuviera disponible sin limitación temporal por medio de los juzgados de guardia. Víctor FAIRÉN GUILLÉN *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Madrid, EDER-SA, 1986, p. 98.

¹³² Debe aquí tenerse en cuenta también el artículo 182.1 de la LOPJ que establece a efectos de la inhabilidad procesal de los sábados y días 24 y 31 de diciembre.

disponga otra cosa». Pero la ley no solo exige que se trate de días y hora inhábiles, ya que no todas las solicitudes de autorización judicial de entrada que se presenten en estas condiciones temporales podrán dirigirse al Juzgado de guardia correspondiente, sino solo aquellas que «exijan una intervención judicial inmediata», es decir que revistan el carácter de urgentes. Encajan mayormente así en este supuesto aquellas solicitudes de autorización judicial de entrada en las que la autotutela ejecutiva se ponga de manifiesto por la vía de la coacción directa, en tanto que esta viene en todo caso revestida por la inmediatez, por su condición de urgente para la consecución de un fin predeterminado¹³³. Igualmente, aquellas actuaciones administrativas en las que la entrada persiga la protección de un interés superior como, por ejemplo, la salvaguarda de la integridad física y moral de un menor, o en las que la demora de la ejecución pudiera suponer un riesgo para la seguridad o integridad física de las personas, como en el supuesto de derribo de un inmueble que amenaza ruina.

Pero no terminan aquí las exigencias que impone el artículo 42.5 del Reglamento de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Exige también que la solicitud de la Administración, además de cumplir los requisitos que le correspondan como tal, incorpore la debida justificación de «su necesidad por resultar inaplazable y no haber sido posible cursar la solicitud al órgano naturalmente competente en días y horas hábiles». Se confirma así lo anteriormente dicho, no cualquier solicitud de autorización judicial podrá presentarse ante el juez de guardia. Deberá por un lado, estar justificada su inminencia o urgencia¹³⁴. Del otro, deberá igualmente justificarse debidamente el motivo por el cual la solicitud no ha podido cursarse dentro de los días y horas hábiles.

A pesar de todas las restricciones que el artículo 42.5 del Reglamento incorpora, es claro que esta nueva función de los servicios de guardia implica un refuerzo para la consecución eficaz de los fines de la Administración y, a su vez, la posibilidad de que los derechos tutelados por la autorización judicial de entrada sean debidamente amparados en cualquier ocasión, con independencia de la disponibilidad horaria del juzgado de lo contencioso-administrativo. Cabe por lo tanto, aplaudir esta nueva previsión en torno de la figura autorizadora, tan desprovista por lo general de suficiente apoyo normativo.

2. COMPETENCIA TERRITORIAL.

¹³³ Véase el epígrafe VII, *La coacción administrativa directa y la autorización de entrada. La dificultad de exigir en este supuesto la autorización judicial de entrada*, del Capítulo III.

¹³⁴ En este punto cabría valorar si la simple previsión legal del recurso a la coacción como actuación urgente es capaz de justificar la admisión por el juez en funciones de guarda de la solicitud de autorización de entrada o si, por el contrario, además de dicha previsión legal, se exigirá que de las circunstancias de hecho en las que se enmarca la actuación administrativa y el fin perseguido por dicha actuación se desprende la necesidad de que la actuación sea urgente. Es decir, si la mera urgencia justifica la intervención del juez de guardia o se exige además que la urgencia se asocie a una situación de necesidad «inaplazable».

Tomando como punto de partida que, en virtud de los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6 de la LRJCA, la competencia para conocer de las peticiones de autorización judicial de entrada se atribuye a los juzgados de lo contencioso-administrativo, corresponde acudir al artículo 14 de la LRJCA para determinar a cuál de los distintos juzgados contencioso-administrativos del territorio se le concederá dicha competencia.

Establece el artículo 14.1, primera, de la LRJCA como regla general que la competencia territorial corresponde al juzgado de lo contencioso-administrativo «en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado». Se trata esta de una norma acorde con el sistema de distribución competencial objetiva, en tanto que uno de los principales criterios de determinación de la competencia objetiva de uno u otro órgano judicial depende del órgano administrativo del que emana la actuación que pretende recurrirse. Sin embargo, la atribución de la competencia para las autorizaciones de entrada a los juzgados de lo contencioso-administrativo contenida en los artículos 91.2 de la LOPJ y 8.6 de la LRJCA, prescinde de alusión alguna al órgano del que emana el acto administrativo para cuya ejecución se solicita la autorización de entrada.

Contribuye este pequeño matiz a que en ocasión de las peticiones de autorización judicial de entrada deba prescindirse de la regla general establecida en el artículo 14.1, primera, a favor de la regla especial prevista en el artículo 14.1, tercera, de la LRJCA, según la cual corresponde la competencia territorial a «al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción radiquen los inmuebles afectados cuando se impugnen planes de ordenación urbana y actuaciones urbanísticas, expropiatorias y, en general, las que comporten intervención administrativa en la propiedad privada». Dado el tenor literal del precepto, su aplicabilidad se hace evidente cuando la entrada para la cual se solicita la autorización judicial se dirige a la propiedad privada. Ello sin embargo, no excluye los supuestos en los que la autorización sea para acceder a un domicilio, pues al fin y al cabo el espacio en cuestión será en todo caso también susceptible de considerarse como una propiedad privada. En mi opinión pues, no falta apoyatura legal a la práctica reiterada de sumisión de las peticiones de entrada a los juzgados de lo contencioso-administrativo en cuya circunscripción radica el espacio al que se pretende el acceso¹³⁵.

Pero este no es el único argumento en el que la doctrina y la jurisprudencia apoyan esta opción competencial, sino que prima el criterio de inmediación del juez. Según el parecer de ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, debe ser competente el juez del lugar en el que radique el inmueble, pues «la importancia de la inmediación del juez del domicilio debe

¹³⁵ En el mismo sentido, María Aurora LÓPEZ AZCONA, «La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2001, p. 1.937. José María MACÍAS CASTAÑO también propone la aplicación analógica del artículo 14.1, tercera, de la LRJCA. José María MACÍAS CASTAÑO, «El desahucio administrativo: la problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 127, 2005, p. 513. Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2007, pp. 256 y ss.

ser determinante a la hora de valorar la oportunidad y condiciones en que debe autorizarse la entrada. De lo contrario, de inclinarse por la competencia territorial del órgano autor del acto, la medida, en cuanto tutela reforzada de la inviolabilidad del domicilio, perdería buena parte de su eficacia»¹³⁶. En análogo sentido justifica dicha atribución competencial María Aurora LÓPEZ AZCONA, a la vista de varias resoluciones de juzgados de lo contencioso-administrativo¹³⁷ a las que cabe añadir alguna sentencia de tribunales superiores de justicia¹³⁸.

No es necesario ahondar más en este aspecto competencial, pues es una cuestión no controvertida entre la jurisprudencia y la doctrina que la competencia recae en el juzgado de lo contencioso-administrativo en cuya circunscripción territorial radique el espacio en el que se pretenda el ingreso, ya sea domicilio ya sea propiedad privada¹³⁹.

3. COMPETENCIA FUNCIONAL.

Cuando era el juez penal el encargado de conocer de las peticiones de autorización judicial de entrada, hubiese podido llegar a barajarse la imposibilidad de impugnar las resoluciones que estos dictaran, pues a pesar de la atribución competencial al orden penal del artículo 87.2 de la LOPJ, la LECrim. no contemplaba que los autos dictados por los jueces de instrucción para autorizar entradas administrativas fueran recurribles¹⁴⁰. Esta interpretación estricta de la legalidad, sin embargo, hubiese dado

¹³⁶ José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «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*, núm. 386, 1999, p. 6. En el mismo sentido, Pilar GALINDO MORELL, «La autorización judicial de entrada en el domicilio», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 2, 2003, p. 108.

¹³⁷ María Aurora LÓPEZ AZCONA, «La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2001, pp. 1.937-1.938. En el mismo sentido, Enrique ARNALDO ALCUBILLA y Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE (Dir.), *Jurisdicción contencioso-administrativa, Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Publicaciones Abella, 1998, p. 408.

¹³⁸ Así la STSJ de Valencia 391/2008, de 8 de abril, FJ 3.º (JUR 2008/226397) que declara la inaplicabilidad del artículo 14.1, primera, de la LRJCA «pues el trámite de autorización de entrada en domicilio no supone la impugnación de acto administrativo alguno. Por lo demás, las dudas que plantea una interpretación extensiva de la regla 14.1 3ª —dado que la entrada en domicilio, si bien implica intervención administrativa, no siempre lo es de una “propiedad privada”— han de resolverse en el sentido de aplicar dicha regla por razones teleológicas, pues sería incoherente que la deseable proximidad de la función judicial de salvaguarda del derecho fundamental del art. 18.2 CE se viera contradicha en ciertos casos en que autorización de entrada se concediera por un Juez que no fuese el del domicilio».

¹³⁹ Como ejemplo, véase, entre otras la STSJ de Cataluña 365/2006, de 6 de abril (JT 2007/24), que se da cuenta de la denegación del juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona para que a efectos de una inspección tributaria se accediera a una empresa ubicada en Reus (Tarragona). El juez fundamenta la denegación en la falta de competencia territorial. Es excepcional la jurisprudencia en sentido contrario como, por ejemplo, la STSJ de Andalucía 737/2001, de 5 de noviembre (JUR 2002/52771) en la que el Tribunal estima de aplicación el art. 14.1 primera de la LRJCA de modo que es competente el órgano jurisdiccional de donde se hallare el órgano administrativo que dictó el acto.

¹⁴⁰ Así lo deduce Rogelio GÓMEZ GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 85.

lugar a una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que ya entonces el auto dictado por el juez penal podía ser recurrido a través de los procedimientos generalmente previstos en la norma procesal penal, según afirmó el mismo Tribunal Constitucional¹⁴¹.

Actualmente, tras la transferencia de dicha competencia al orden contencioso-administrativo, la LRJCA contempla explícitamente la posibilidad de interponer recurso frente a las resoluciones dictadas en sede de autorización de entrada. Se encarga de ello el artículo 80.1.d) de la mencionada norma, que entre otros establece que «son apelables a un solo efecto los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (...) recaídos sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8.5»¹⁴². Así, se satisface la exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de acceso a los recursos legales, mediante la puesta a disposición de las partes del recurso de apelación, de naturaleza devolutiva. Corresponde entonces la competencia funcional a los tribunales superiores de justicia de conformidad con el artículo 10.2 de la LRJCA, que establece que los TSJ «[c]onocerán, en segunda instancia, de las apelaciones promovidas contra sentencias y autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, y de los correspondientes recursos de queja»¹⁴³.

Ahora bien, la configuración legal del sistema de recursos frente a los autos dictados en los procedimientos de autorización de entrada, y de la competencia funcional para conocer de dichos recursos, se ve alterado cuando irrumpe la doctrina constitucional

¹⁴¹ En este sentido, véase el ATC 258/1990, de 18 de junio (RTC 1990/258), en especial el FJ 2.º, en el que el Tribunal Constitucional, a pesar de advertir de que no procede una aplicación en bloque de las normas de la LECrim. a los supuestos de autorización de entrada para la ejecución de actos administrativos, en relación con el régimen de recursos se manifiesta en el siguiente sentido: «En cuanto al régimen de recursos, ciertamente habrá de ser, en principio, el propio y general de las resoluciones del Juez penal, pues parece lógico que una intervención del Juez de ese orden jurisdiccional se regule por su propia Ley procesal, aunque la misma se inserte dentro de una actuación administrativa».

Sobre la impugnación de las autos en sede de autorización de entrada dictada por los jueces de lo penal, véase Jesús Ernesto PECES MORATE, «La entrada en el domicilio o en otros lugares cerrados para la ejecución de actos de la Administración. Hacia un modelo garantista», en *Jueces para la democracia*, núm. 21, 1994, p. 52 y 53.

¹⁴² Tras la modificación de la numeración del artículo 8 de la LRJCA operada por la disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la referencia que en el artículo 80.1.d) se hace al apartado 5.º al artículo 8 de la LRJCA, debe entenderse a su apartado 6.º. A pesar de que esta sea una imprecisión numérica que no lleva a ningún tipo de confusión o error, para mayor pulcritud de la norma sería conveniente modificarlo cuando al legislador se le presentara la oportunidad.

¹⁴³ Debe recordarse aquí que en el caso de los autos autorizatorios concedidos por los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo derivadas de las medidas recogidas en el art. 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, conocerá del recurso la sala contencioso-administrativa de la Audiencia Nacional, de conformidad con el art. 11.2 de la LRJCA.

sentada en la STC 199/1998, de 13 de octubre¹⁴⁴, como ya se ha apuntado en epígrafes anteriores. El hecho es que el sistema de recursos establecido legalmente para estos supuestos, parte de la premisa de que el auto dictado a resultas de la petición de autorización de entrada provendrá en todo caso del juzgado de lo contencioso-administrativo; de ahí la alusión expresa en el artículo 80 —encargado de disciplinar los autos provenientes de los juzgados de lo contencioso-administrativo y de los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo susceptibles de apelación¹⁴⁵— a los autos recaídos sobre las autorizaciones del artículo 8.6 de la LRJCA. Sentado la anterior, cabría plantearse que, alterado el sistema competencial en materia de autorización, la ley no acoge la posibilidad de recurso contra el auto en materia de autorización proveniente de un órgano judicial distinto al juzgado de lo contencioso-administrativo. Ello, sin embargo, supondría una absoluta conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, de modo que si se altera el orden competencial preestablecido, para garantizar el derecho de acceso a los recursos tanto el administrado como la Administración deberán disponer de la posibilidad de recurrir contra la resolución dictada en materia de autorización en términos parejos a los articulados por la ley cuando se trata de un auto dictado por el juzgado de lo contencioso-administrativo. Así, si el auto en materia de autorización proviene de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo¹⁴⁶, de un Tribunal Superior de Justicia —caso este el más abundante—, de la Audiencia Nacional¹⁴⁷ o del Tribunal Supremo, porque la actuación administrativa cuya ejecución exige la pertinente autorización judicial ha sido recurrida en vía contencioso-administrativa, deberá estar a disposición de las partes la posibilidad de recurrir en contra.

Así las cosas, cabe preguntarse qué recursos cabrán contra los autos en materia de autorización dictados por los órganos judiciales aludidos. Queda de entrada descartado

¹⁴⁴ STC 199/1998, de 13 de octubre (RTC 1999/198). Me remito a los epígrafes III.1.A y B del presente Capítulo, en los que se aborda el alcance de la referida sentencia.

¹⁴⁵ El art. 80 de la LRJCA ha sido modificado —junto a otros preceptos— por la disposición final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, añadiendo como autos susceptibles de ser recurridos aquellos a los que se refiere el art. 9.2 de la LRJCA en relación con las autorizaciones en materia de sociedades de la información y comercio electrónico concedidas por los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo. Véase el Capítulo VII.

¹⁴⁶ Por ejemplo, en el caso de haberse interpuesto recurso contra una sanción dictada por un órgano central de la Administración General del Estado consistente en el cese de una actividad, lo cual comporta el cierre de un determinado espacio y por tanto, su traslado al plano material, exige la previa autorización de entrada [art. 9.1.b) de la LRJCA].

¹⁴⁷ Especialmente ahora que la DA 7.ª de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia modificó la DA 4.ª de la LRJCA, cuyo actual apartado 3.º reza como sigue: «Las resoluciones y actos del Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional». Existe, cuando se redacta este trabajo, ya una resolución de la Audiencia Nacional ejerciendo dicha competencia en la que resuelve un recurso interpuesto contra una resolución de la Comisión Nacional de la Competencia así como contra determinadas actuaciones materiales de investigación, por vulneración del derecho a la intimidad. En concreto es la SAN de 30 de septiembre 2009 (RJCA 2009/782).

el recurso de apelación, pues solo se prevé para determinados autos dictados por los juzgados de lo contencioso-administrativo y centrales de lo contencioso-administrativo, aunque quizás pudiera plantearse que los dictados por estos últimos a pesar de no ser autorizaciones de entrada en sentido estricto —sino otro tipo de autorizaciones contencioso-administrativas en el marco de procedimiento de tutela de la propiedad intelectual— pudieran someterse a apelación mediando una aplicación por analogía del artículo 80.1.d). Por otro lado, debe descartarse el recurso de casación, pues el artículo 87.1 de la LRJCA no incluye en ninguno de los supuestos previstos los autos dictados en materia de autorización judicial de entrada¹⁴⁸. Resulta entonces que el único recurso susceptible de interponerse será el de súplica, disciplinado en el artículo 79 de la LRJCA.

Ya se ha tenido ocasión de poner de manifiesto que alguna jurisprudencia de nuestros TSJ que se aleja de la doctrina constitucional establecida en la STC 199/1998 y defiende la retención de la competencia en materia autorizadora en sede de los juzgados de lo contencioso-administrativo, se ampara argumentalmente en la desventaja comparativa que implica que las partes solo puedan interponer recurso de súplica contra el auto en materia de autorización frente al recurso de apelación. Esta desventaja radica en el hecho de que el recurso de súplica es un recurso no devolutivo, mientras que el de apelación interpuesto contra el auto dictado por el juzgado de lo contencioso-administrativo es resuelto por un órgano judicial distinto con el que mantiene una relación de jerarquía, un Tribunal Superior de Justicia¹⁴⁹.

Llegados a este punto, no es desatinado que se plantee la posibilidad de que las partes vean vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al verse alterado el régimen de recursos inicialmente previsto frente a los autos dictados en sede de autorización judicial de entrada, al tener solo a disposición el recurso no devolutivo de súplica. El Tribunal Supremo, sin embargo, se ha pronunciado en el sentido contrario en su auto de 7 de julio de 2005¹⁵⁰, en el que resuelve un recurso de queja interpuesto contra la denegación de la preparación de un recurso de casación contra el auto de autorización de entrada dictado por un TSJ. El Alto Tribunal considera correctamente denegada la preparación del recurso de casación contra la autorización, por no incluirse

¹⁴⁸ En los autos del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2004 (JUR 2005/27642), de 30 de septiembre de 2004 (JUR 2005/197); de 7 de julio de 2005 (RJ 2005/7164) y de 8 de febrero de 2007 (JUR 2007/93699), entiende el Alto Tribunal correctamente inadmitida la preparación del recurso de casación frente al auto de autorización de entrada dictado por un TSJ.

¹⁴⁹ Recuérdense, a modo de ejemplo, las manifestaciones contenidas en este sentido en el FJ 2.º de la ya citada STSJ de Valencia 1945/2002, de 28 de noviembre (JUR 2004/17301): «el único recurso posible sería el de súplica del art. 79 al no existir posibilidad de interponer recurso de casación por no ser susceptible del mismo esta resolución, ni tampoco apelación por no ser procedente contra resoluciones de las Salas de los tribunales superiores de justicia, recurso de súplica que carece del efecto devolutivo pretendido en la Ley».

¹⁵⁰ ATS de 7 de julio de 2005 (RJ 2005/7164). En el mismo sentido, el más reciente ATS 18 de febrero de 2010 (JUR 2010/95955) y los que allí se citan.

en el artículo 87.1 de la LRJCA el auto dictado en procedimiento de autorización de entrada como resolución susceptible de casación (véase especialmente el FJ 4.º). Y añade un última valoración en el FJ 6.º del referido auto que no puede pasarse por alto. A pesar de la alteración del régimen de recursos que supone este trasvase de la competencia en materia de autorización, el Alto Tribunal considera que ello no vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por los motivos que se glosan seguidamente:

(...) las restricciones a la recurribilidad de determinadas resoluciones no son incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución, siempre que se articulen por Ley, siendo doctrina reiterada de esta Sala que no se quebranta ese derecho fundamental porque un recurso Contencioso-Administrativo quede resuelto con una sola decisión judicial, cuando ésta, además, ha sido dictada por el órgano colegiado al que habría correspondido conocer del recurso en grado de apelación —artículo 80.1.d), en relación con el 8.5 de la LJCA—. En consecuencia, procede desestimar el presente recurso de queja, sin que haya lugar a pronunciamiento sobre las costas.

Si bien el Alto Tribunal no aporta una doctrina nueva sobre la compatibilidad de la restricción de las vías de recurso por la vía legal y del derecho a la tutela judicial efectiva, es menester precisar que en el supuesto que ahora nos ocupa la mencionada restricción a la recurribilidad, si bien fundamentada en preceptos legales —exclusión por los artículos 80.1 y 87.1 de la LRJCA del recurso de apelación y del de casación respectivamente—, se deriva no de una previsión legal que trasvase la competencia para el conocimiento de las peticiones de autorización de entrada a órganos judiciales distintos a los juzgados de lo contencioso-administrativo en determinados supuestos, sino de una de las posibles interpretaciones que de la STC 199/1998, de 13 de octubre, maneja nuestra doctrina y jurisprudencia.

En fin, queda sólo por recordar que el recurso de apelación que se interponga frente a la resolución en materia de autorización de entrada es a un solo efecto, de modo que no implica la suspensión del auto anterior si se concediese la autorización de entrada, y mucho menos del acto administrativo que pretende ejecutarse. En este mismo sentido, los motivos en los que se fundamente el recurso deben ceñirse a la autorización de entrada, al margen de la legalidad de la decisión administrativa que pretenda ejecutarse o incluso de la actividad ejecutiva que se haya llevado a cabo al amparo de la autorización previamente concedida; cuestiones estas que deberán resolverse por el procedimiento de recurso ordinario correspondiente frente a la actuación administrativa.

III. EL ENCAUZAMIENTO PROCEDIMENTAL DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN SEDE JUDICIAL.

Como ya es habitual en esta materia, de nuevo debe ponerse en evidencia la falta de una regulación completa sobre la autorización judicial de entrada en el marco del ordenamiento jurídico administrativo, pues el legislador tampoco se ha preocupado por determinar o establecer cuál es el cauce por el que debe sustanciarse el despacho de la autorización judicial de entrada, aspecto este en el que impera un absoluto vacío legal —a excepción de la regulación recientemente incorporada por la DF 43.^a de la Ley de Economía Sostenible en el art. 122 bis de la LRJCA para el despacho de las autorizaciones del procedimiento administrativo de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual¹⁵¹. Al margen del reciente precepto, el único anclaje en esta materia ha residido hasta ahora en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha proporcionado algunas claves procedimentales, aunque escasas, sobre las cuales los tribunales superiores de justicia han ido configurando, si no un procedimiento, sí algunos de los aspectos sustanciales del mismo.

1. EL POSIBLE ENCAJE DEL DESPACHO DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN LOS PROCEDIMIENTOS YA PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL.

La disciplina de los aspectos procesales en sede judicial corresponde a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, supletoriamente, a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Se ha avanzado ya que la LRJCA —excepto en el art. 122 bis para determinadas autorizaciones contencioso-administrativas— no tiene en cuenta en su articulado previsión alguna sobre el procedimiento por el que sustanciar la autorización judicial de entrada. Ante dicha circunstancia, es preciso intentar una solución integradora ante la laguna legal existente acudiendo a los cauces procedimentales ya previstos legalmente para dilucidar si alguno de ellos es susceptible de acoger las peticiones de autorización judicial de entrada.

Como es sabido, la LRJCA prevé con carácter general el procedimiento ordinario y el abreviado y, junto a estos, los procedimientos especiales. En relación con el procedimiento ordinario, si bien no viene encorsetado a determinadas cuestiones, con lo que la autorización no queda excluida de esta vía, su naturaleza parece hacerlo incompatible con la de la autorización judicial de entrada. Se trata esencialmente de un procedimiento cuya dilación en el tiempo supondría un claro entorpecimiento para la consecución eficaz de los fines de la Administración pública que quizás tuviera que aguardar varios meses para poder ejecutar sus propios actos, proceder a una inspección

¹⁵¹ En el Capítulo VII me ocupo del estudio de dichas pautas procedimentales que, como se verá, son muy sencillas y en gran medida coincidentes con los postulados jurisprudenciales en torno al proceso en materia de autorización de entrada. Todo ello hace que defienda la aplicación por analogía del cauce procesal previsto en el art. 122 bis para todos los supuestos autorizadores. No obstante, ello no impide que en este epígrafe se dé detallada cuenta de lo que la jurisprudencia del TC y de los tribunales superiores de justicia manifiesta en materia de proceso y autorización judicial de entrada.

o incluso actuar por medio de la coacción directa¹⁵². En este sentido, el procedimiento abreviado se alza como el más óptimo para responder a la exigencia de eficacia en la actuación administrativa por la agilidad de su tramitación. Resulta, sin embargo, que el artículo 78.1 de la LRJCA reserva este procedimiento a determinados asuntos, entre los cuales no consta la autorización judicial de entrada por lo que formalmente queda excluida¹⁵³. No obstante, existe entre la doctrina algún autor que propone que se cubra el vacío legal mediante la aplicación del procedimiento abreviado «con las modificaciones que sea menester»¹⁵⁴.

Al margen del procedimiento ordinario y del abreviado, la indisociable vinculación entre la autorización judicial de entrada y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, así como la concepción de la autorización como mecanismo orientado a la salvaguarda del derecho fundamental, hace inevitable plantearse la adecuación del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, regulado actualmente en los artículos 114 a 122 (y el 122 bis) de la LRJCA¹⁵⁵. Efectivamente, el objeto del mencionado procedimiento especial consiste en la tutela de los derechos fundamentales del administrado frente a la actuación administrativa y viene explícitamente caracterizado por la Ley como preferente para cumplir su finalidad eficazmente¹⁵⁶. Todo ello contribuye a que entre la doctrina se haya propuesto este

¹⁵² La doctrina excluye sin vacilaciones el procedimiento ordinario para tramitar la solicitud de autorización de entrada. Por ejemplo, José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS afirma que «no está concebido para este tipo de medidas sumarias y urgentes». José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «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*, núm. 386, 1999, p. 6. En sentido análogo, Fernando IRURZUN MONTORO, «Principales innovaciones en materia de órganos, competencia y procedimiento», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 2, 1999.

¹⁵³ Ello no obstante, sabiendo que el artículo 78 incluye aquellos asuntos cuya cuantía no supera los 13.000€, quizás fuera posible considerar que se trata de un procedimiento cuya cuantía no supera dicho importe, por lo que por esta vía podría pretenderse su tramitación por el procedimiento abreviado, aunque no parece lo más apropiado dadas las características de la petición de autorización de entrada, disociada en principio de cualquier elemento crematístico.

¹⁵⁴ José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS pare apuntar esta posibilidad y propone el esquema de un cauce procedimental *ad hoc*. José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «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», *cit.*, p. 6.

¹⁵⁵ Recuérdese que hasta la aprobación de la Ley de la Jurisdicción de 1998, dicho procedimiento venía disciplinado en la Ley 62/1978, de 16 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que está a fecha de hoy prácticamente derogada en su totalidad. Sobre las novedades que se aportan con la incorporación del procedimiento de protección de derechos fundamentales de la persona a la LRJCA ha escrito Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, «Nueve puntos sobre el procedimiento de protección de los derechos fundamentales en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, Atelier, 2003, pp. 279-289.

¹⁵⁶ El artículo 114.3 de la LRJCA prevé que «la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente»; preferencia que, según Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de la Ley, debe interpretarse como prioridad absoluta. En este sentido, véase Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, «Nueve

cauce procesal para resolver las solicitudes de autorización de entrada¹⁵⁷ —y que el legislador haya optado por esta ubicación para situar el proceso de las autorizaciones del art. 122 bis en materia de propiedad intelectual.

Sin embargo, es preciso tener en todo momento presente que dicho procedimiento se alza como un remedio a disposición del administrado ante aquella actuación administrativa que ha vulnerado un derecho fundamental, es decir, está orientado a paliar o eliminar la situación de conculcación de un derecho fundamental. En cambio, el objeto de la autorización judicial de entrada, que petitiona la Administración, es la prevención o evitación de la conculcación del derecho fundamental. Es más, la función tuitiva del derecho fundamental que ejerce la autorización judicial incorpora siempre un elemento de asistencia o amparo de la actuación de la Administración pública para que proceda a su ejecución material incluso accediendo a un domicilio constitucionalmente protegido. Todo ello resulta, en fin, contradictorio con la naturaleza del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. Como bien expresa ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, este procedimiento especial «está concebido para la defensa de los derechos fundamentales de la persona, no de los derechos de la Administración»¹⁵⁸. Además, constatado que la autorización no solo se concede para acceder al domicilio inviolable, sino para acceder a la propiedad privada, todos aquellos supuestos en los que el derecho tutelado por la autorización fuera de contenido patrimonial difícilmente

puntos sobre el procedimiento de protección de los derechos fundamentales en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», *cit.*, pp. 284 y 285.

¹⁵⁷ Bartomeu COLOM PASTOR apuntó ya esta solución aún antes de que la LOPJ atribuyera en 1985 la competencia a la jurisdicción penal y que el TC pudiera desarrollar mínimamente algún aspecto procedimental, más allá de lo establecido en la STC 22/1984. En concreto, el mencionado autor valoraba como adecuado el procedimiento de protección de los derechos fundamentales, a través del cual el administrado debería recurrir contra el acto administrativo que pretendiera ejecutarse «argumentando la lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (...) y la sentencia que resolviera el recurso, que lógicamente dilucidaría si había [o] no lesión en el derecho fundamental a la inviolabilidad (...), sería al mismo tiempo la resolución a la que alude el artículo 18.2 de la Constitución». Aunque añade que, si el acto administrativo también infringe la legalidad, debe acudir al procedimiento ordinario, tras el cual la sentencia dictada surtiría los mismos efectos si fuere desestimatoria. Bartomeu COLOM PASTOR, «Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio», en *REDA*, núms. 40-41 (1984), p. 253.

Alejandra FRÍAS LÓPEZ aduce argumentos varios a favor de la aplicación del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, destacando que, por un lado, dicho procedimiento no es incompatible con la protección de la inviolabilidad del domicilio (a diferencia de otros derechos fundamentales según el ATS de 17 de febrero de 1999) y, por otro, que la rapidez y brevedad de los plazos favorecerían el cumplimiento del requisito de eficacia de la actuación administrativa. Alejandra FRÍAS LÓPEZ, «Las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 6, 2000.

¹⁵⁸ José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS pare apuntar la posibilidad de que se acuda al procedimiento abreviado «con las modificaciones que sea menester» y propone el esquema un cauce procedimental *ad hoc*. José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «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», *cit.*, p. 6.

serían susceptibles de encauzarse por este procedimiento de protección de los derechos fundamentales de la persona.

Excluidos el procedimiento ordinario, el abreviado y el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, alguna doctrina baraja una última alternativa derivada de la LRJCA: la tramitación del procedimiento de autorización por el incidente de adopción de medidas cautelares. Propone este cauce procedimental Fernando IRURZUN MONTORO bajo el auspicio de una circular de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, en la que se insta a los abogados del estado a que propongan «que se aplique por analogía lo previsto para la adopción de medidas cautelares»¹⁵⁹. De la regulación de las medidas cautelares contenida en la LRJCA interesa subrayar lo previsto en los artículos 131 y 135. En el primero de los preceptos mencionados destaca la brevedad de los plazos tanto para el cumplimiento del trámite de audiencia —de 10 días—, como para resolver sobre el incidente —en los 5 días subsiguientes; con lo que se cumpliría la exigencia de brevedad en la tramitación de la solicitud de autorización para no frustrar el fin de la actuación administrativa que pretende ejecutarse. Junto a ello, es destacable la concesión de audiencia a la parte contraria —en el supuesto de la autorización de entrada, el interesado en todo caso. Ahora bien, el artículo 135 prevé asimismo la posibilidad de que la medida cautelar sea adoptada «sin oír a la parte contraria» cuando concurren circunstancias de especial urgencia en el caso. Tratándose la cuestión de la audiencia de un aspecto sobre el que se ha centrado la mayor parte de la atención de la jurisprudencia y de la doctrina en cuestiones de carácter procedimental, su estudio se aborda en un posterior epígrafe.

Aquí se agotan las posibilidades procedimentales que ofrece la LRJCA, de las cuales ninguna de ellas parece adecuarse a la naturaleza y características de la autorización judicial de entrada, a excepción del procedimiento incidental para la adopción de medidas cautelares, que por la brevedad de sus plazos y alejamiento de formalismos excesivos, bien pudiera servir, en mi opinión, de encauzamiento para la concesión de la autorización de entrada.

A falta de un procedimiento específicamente previsto para la autorización en la LRJCA, es menester acudir a la norma supletoria, es decir, la LEC, en busca de un cauce procedimental que mejor se ajuste a las características de la autorización de entrada. En primer lugar, es preciso recordar que existe ya un supuesto en el que la LEC resulta de aplicación en materia de autorización judicial en el marco de la actuación administrativa. Se trata de los supuestos contemplados en el artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA en los que la intervención judicial sirve a modo de autorización o ratificación de medidas sanitarias urgentes y necesarias para la salud pública, cuando de ello pueda resultar la afectación de derechos fundamentales. En estos supuestos, cuando el derecho fundamental afectado es la libertad personal por consistir la medida en un

¹⁵⁹ Fernando IRURZUN MONTORO, «Principales innovaciones en materia de órganos, competencia y procedimiento», *cit.*

internamiento forzoso, la jurisprudencia aplica por analogía el procedimiento previsto en el artículo 763 de la LEC, intitulado «internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico», a falta de un procedimiento apropiado en la LRJCA. Si bien se trata de un supuesto específico del concurso de la jurisdicción contencioso-administrativa por medio de autorización o ratificación que difiere sustancialmente de la autorización judicial de entrada *stricto sensu*, debe traerse a colación en tanto que evidencia la posible aplicación supletoria de la LEC¹⁶⁰.

En sede de autorización judicial de entrada en domicilios o propiedad privada, la LEC de 2000 incorpora tres supuestos en los que explícitamente se prevé que el juez del orden civil pueda acordar la entrada en determinados espacios. Por un lado, según el artículo 261.2 y 3 de dicha norma, en las diligencias preliminares, si una de las partes o un tercero se negara a la exhibición de documentos o de una cosa el órgano judicial podrá ordenar mediante auto la entrada y registro en el lugar en el que se hallen dichos documentos o cosas. Asimismo, en su apartado 5.º dicho artículo prevé la misma facultad del juez en relación con los supuestos previstos en el artículo 256.1, apartados 5.bis, 6, 7 y 8 de la LEC. Regula el artículo 256.1 en los referidos apartados distintos supuestos de petición de preparación de diligencias preliminares en las que se haga necesario el acceso a determinados espacios en los que se custodia la historia clínica de una paciente, se almacenan los datos de un grupo de consumidores y usuarios necesarios para su determinación, los datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial, documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros relativos a la infracción de un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial¹⁶¹.

Por otro lado, el artículo 354 de la LEC contempla la posibilidad de que se acuerde como diligencia de prueba el reconocimiento de un lugar, objeto o persona, regulándose explícitamente en el primer apartado que «[e]l tribunal podrá acordar cualesquiera medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer». Por último, el artículo 701.1 de la LEC prevé que «[c]uando del título ejecutivo se desprenda el deber de entregar cosa mueble cierta y determinada y el ejecutado no lleve a cabo la entrega dentro del plazo que se le haya concedido, el tribunal pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos, ordenando la entrada en lugares cerrados y auxiliándose de la fuerza pública, si fuere necesario».

¹⁶⁰ Véase el Capítulo V dedicado a *La autorización o ratificación de medidas sanitarias*.

¹⁶¹ Como se habrá ya adivinado, es destacable la impronta en el artículo 256 del creciente proteccionismo entorno de los derechos de propiedad intelectual e industrial. De hecho, dicho precepto, junto con el artículo 261 fue modificado en lo relativo a los mismos en virtud de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

Si bien es destacable que la LEC de 2000 contemple explícitamente la potestad del juez del orden civil para ordenar la entrada y registro en aquellos espacios que estime conveniente —nótese que no se circunscribe dicha regulación al domicilio constitucionalmente protegido, sino cualquier espacio susceptible de albergar aquello que se precisa— lo cierto es que aparte de mencionarse que la decisión deberá tomarse por medio de un auto (art. 261 y también en el despacho de la ejecución), no se contempla cauce procedimental alguno al respecto¹⁶². Por ello, en nuestra opinión este articulado no aporta una solución mejor a aquellas que ya ofrece la LRJCA —caso lo haría el procedimiento de adopción de medidas cautelares en sede civil, que tanto se asemeja al procedimiento abreviado previsto en la LRJCA—, de modo que su aplicación queda descartada para este supuesto¹⁶³, aunque también es cierto que en ocasiones la jurisprudencia acude a la LEC como procedimiento para sustanciar la petición de autorización, así como para justificar alguna de las opciones procedimentales tomadas, como más tarde se verá, especialmente en relación con el otorgamiento de trámite de audiencia al interesado.

En último lugar, procede apuntar la posibilidad de que la autorización se despache de conformidad con la LECrim. Así lo estima SANTAMARÍA PASTOR, en cuya opinión, dado que anteriormente era la jurisdicción penal la competente en esta materia y que la LRJCA no contempla procedimiento para ella, debe sustanciarse según regulan los

¹⁶² Teniendo en cuenta que son muchos los supuestos en los que dicha entrada y registro podrá acordarse en sede de diligencias preliminares —no se olvide, un trámite de carácter previo que pretende preparar un futuro proceso—, lo cierto es que se plantean no pocas dudas al no regularse un específico procedimiento para ello, ya que no debe olvidarse que en los supuestos del artículo 256 es la petición de una de las partes la que pone en marcha las diligencias, supuestos estos en los que el órgano judicial deberá extremar las cautelas en el análisis de los motivos que justifican la adopción de dicha orden de entrada y registro.

¹⁶³ Por ejemplo, en la STSJ de Extremadura 105/2002, de 19 de septiembre (RJCA 2002/1250) se descarta explícitamente el recurso a la LEC, optando en cambio por el procedimiento ordinario o el abreviado previstos en la LRJCA; véase el FJ 2.º *in fine*.

En sentido contrario al anterior parece mostrarse el Tribunal Supremo en sentencia de 9 octubre 2009 (JUR 2009/443892), en la que el Alto Tribunal acude a la LECrim. y a la LEC para justificar la intervención judicial en el caso de acceso a espacios domiciliarios, sin hacer mención a la regulación contenida en la LOPJ, en la LRJCA e incluso en la LRJAPyPAC. En concreto, véase el FJ 10.º. Se trata de un recurso de casación contra el auto por el que se denegó la suspensión cautelar de un acuerdo de entrada y comprobación del estado de un inmueble integrante del patrimonio cultural de Galicia, así como reportaje fotográfico completo del mismo; suspensión tras la cual, la Administración obtuvo la correspondiente autorización judicial de entrada y ejecutó el contenido del acto recurrido. El TS que estima parcialmente el recurso de casación al entender que al denegar la suspensión el juez *a quo* hubiese tenido que especificar los concretos espacios domiciliarios a los que correspondía efectuar el reportaje fotográfico, de modo que debía concederse la adopción de la medida cautelar modulando su contenido. La valoración del TS, en mi opinión, entronca directamente con la doctrina en torno de la autorización judicial de entrada, ya que especialmente el contenido del auto de entrada debe prestar atención a los elementos de la inviolabilidad domiciliaria que destaca el TS.

artículos 545 y siguientes de la LECrim.¹⁶⁴. Es claro que la LECrim. ha ejercido una influencia innegable en el marco de la autorización de entrada, siendo una de las más destacables la explícita previsión por el artículo 91.2 de la LOPJ de que la solicitud de autorización se resuelva mediante auto, igual que las autorizaciones en el marco de los sumarios penales —art. 550 de la LECrim.¹⁶⁵. Actualmente, sin embargo, resulta un tanto arriesgado remitir a la Ley procesal penal la compleción de aspectos procedimentales, constando la LEC como norma supletoria según la disposición final primera de la LRJCA. Además, cabe advertir que tampoco la LECrim. proporciona más elementos procedimentales que la regulación del procedimiento abreviado o de medidas cautelares de la LRJCA, o que los que haya podido configurar la jurisprudencia constitucional alrededor de la autorización judicial de entrada en el marco de la actuación administrativa, de modo que, a mi entender, el recurso a la regulación de la LECrim. no se ajusta al contexto actual^{166, 167}.

¹⁶⁴ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, Madrid, Istel, 2009, p. 677. Junto a este autor, cabe hacer referencia a un bloque de la doctrina en Derecho tributario, que entiende acertada la aplicación de la LECrim. en el supuesto de entradas realizadas en ejercicio de la inspección de los tributos. A dicha doctrina se refiere, aun no adhiriéndose a la misma, Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, «La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas en el desarrollo de una actividad empresarial: una perspectiva tributaria», en la obra colectiva dirigida por Antonio EMBID IRUJO, *Comercio Internacional y Derechos Humanos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, pp. 226 y 227.

¹⁶⁵ Recuérdese que el inicial artículo 87.2 de la LOPJ no contemplaba ni tan siquiera qué tipo de resolución debía recaer sobre los procedimientos de autorización de entrada, sino que simplemente se refería a una «resolución motivada». Cuando la competencia fue trasladada, en virtud de la LRJCA de 1998, a la jurisdicción contencioso-administrativa el legislador consideró conveniente concretar cuál debía ser esta resolución motivada, de modo que a partir de entonces el artículo 91.2 de la LOPJ se refiere en su lugar a un «auto». Véase el Capítulo primero, epígrafe I.2.C sobre *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: atribución competencial al orden jurisdiccional contencioso-administrativo*.

¹⁶⁶ Incluso cuando el anterior artículo 87.2 de la LOPJ otorgaba la competencia en materia de autorización judicial de entrada a los jueces de instrucción, el TC postulaba que la aplicación de la normativa procesal penal debía adecuarse a la especial naturaleza de la autorización judicial en tanto que dictada para la ejecución de actos administrativos. Lo pone de manifiesto el TC en el auto 258/1990, de 18 de junio, FJ 2.º (RTC 1990/258) en los siguientes términos: «frente a la aplicación indiscriminada de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que propugna la recurrente, resulta más adecuado hacer una diferenciación entre el régimen de recursos aplicable al Auto del Juez penal dictado en virtud de lo dispuesto en el art. 87.2 Ley Orgánica del Poder Judicial y el régimen sustantivo relativo a las entradas y registros domiciliarios acordados en actuaciones sumariales. En cuanto al régimen de recursos (...). Y en lo que respecta al régimen de entradas y registros, parece más adecuado entender aplicables, también en principio, aquellos preceptos que no estuvieran determinados por su carácter de normas relativas a la investigación sumarial. Ahora bien, en realidad, se trata de una cuestión de legalidad, que no posee, por sí misma, relevancia constitucional; esto es, que cualquier solución por la que opten los órganos judiciales respecto a la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en dichas cuestiones puede ser constitucionalmente admisible».

¹⁶⁷ No falta jurisprudencia, sin embargo, que se remita a la LECrim. en lo atinente a aspectos procedimentales para justificar, por ejemplo, la no celebración de un trámite de audiencia en el procedimiento de autorización de entrada. Así en la STSJ de Valencia 755/2002, de 24 abril, FJ 1.º *in fine* (RJCA 2002/1053).

Vistas las opciones legislativas a disposición y algunas de las posiciones doctrinales al respecto, es preciso acudir a la jurisprudencia para desvelar si existe alguna tendencia a tramitar las solicitudes de autorización por alguno de los mencionados procedimientos. De entrada, puede señalarse que la mayoría de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia se refiere al procedimiento por el que se ha despachado la autorización judicial de entrada en instancia como «procedimiento de entrada en domicilio»¹⁶⁸, «autos de entrada administrativa»¹⁶⁹, «autos de entrada a domicilio»¹⁷⁰, «procedimiento especial de entrada»¹⁷¹ o «proceso especial de autorización de entrada»¹⁷² sin calificarlo más allá como procedimiento ordinario, abreviado, o de cualquier otra especie. Es decir, la mayoría de las resoluciones de los TSJ consultadas no suele referirse al procedimiento por el que se despachó el auto de autorización de entrada contra el que se recurre. Existen, no obstante, algunos pronunciamientos de nuestros tribunales superiores de justicia en los que sí se deja constancia del procedimiento por el cual ha sido tramitada en el juzgado de lo contencioso-administrativo la petición de autorización de entrada, con resultados, como se verá, de lo más dispares.

Así, abunda la jurisprudencia en la que consta que la solicitud de autorización ha sido tramitada por la vía del procedimiento ordinario¹⁷³ y, en menor medida, aquella en la que se explicita que se ha procedido por el abreviado¹⁷⁴. En cambio, es escasa la jurisprudencia en la que se aboga por el procedimiento establecido en la LRJCA para la adopción de medidas cautelares¹⁷⁵ —según recomendaba la mencionada circular Dirección General del Servicio Jurídico del Estado— o por el procedimiento especial

¹⁶⁸ Así en la STSJ de Extremadura 213/2007, de 28 de septiembre (JUR 2008/22971); en las SSTSJ de Madrid 173/2005, de 4 de febrero (JUR 2005/85769), 1637/2006, de 26 de septiembre (JUR 2006/268756); la STSJ de Castilla y León 1111/2007, de 12 de junio (JUR 2007/293492).

¹⁶⁹ Así en la STSJ de Canarias 69/2006, de 20 de julio (RJCA 2006/966).

¹⁷⁰ Así en la STSJ de Extremadura 253/2008, de 5 de diciembre (JUR 2009/116888).

¹⁷¹ Así en las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de noviembre de 2011 (JUR 2012/65783), 983/2012, de 13 de julio (JUR 2012/329006).

¹⁷² Así en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de mayo de 2009 (JUR 2009/345261); SSTSJ de Extremadura 154/2005, de 15 de diciembre (JUR 2006/27669) y 18/2013, de 24 de enero (JUR 2013/57386).

¹⁷³ En este sentido, entre otras, la STSJ de Asturias 90208/2005, de 23 noviembre (JUR 2006/15062); las SSTSJ de Castilla-La Mancha 142/2009, de 3 de abril (JUR 2009/220666); 31/2000, de 21 de marzo (RJCA 2000/947); en las SSTSJ de Galicia 2320/2008, de 24 de septiembre (JUR 2008/367251); 528/2009 de 14 de mayo (JUR 2009/282772); las SSTSJ de Madrid de 23 de febrero de 2001 (JUR 2001/220246); 263/2000, de 21 de marzo (RJCA 2000/2146); de 27 de marzo de 2001 (RJCA 2001/732); 80/2001, de 29 de enero (JUR 2001/175655); 855/2002, de 16 de julio (RJCA 2003/773); en la STSJ de Navarra 760/2004, de 27 de julio (RJCA 2004/1121).

¹⁷⁴ Así consta en la STSJ de Aragón 254/2000, de 29 de marzo (JUR 2000/198327); en la STSJ de Murcia 73/2005, de 31 de enero (JUR 2007/6396); en la STSJ de Navarra 543/2006, de 20 de julio (JUR 2007/8898) y en la STSJ de Madrid 1480/2008, de 24 de julio (JUR 2009/82624).

¹⁷⁵ En este sentido, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 31 de marzo de 2000, FJ 3.º (JUR 2000/208643); parece que también se refiere a esto el TSJ del País Vasco en la sentencia 355/2011, de 1 de abril (JUR 2011/302746).

para la protección de los derechos fundamentales de la persona¹⁷⁶. Entre la jurisprudencia del TSJ del País Vasco consta también algún pronunciamiento en el que se hace remisión explícita a la LEC para cubrir el vacío legal de la LRJCA. En concreto, el Tribunal vasco afirma que ante el silencio de la ley procesal contencioso-administrativa y «dada la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo con la Disposición Final Primera LJCA, parece claro que el procedimiento habrá de ser el de los incidentes (art. 741 LECiv)»¹⁷⁷. Como se aprecia, la disparidad de criterios en este sentido es clara, a la vez que lógica, dado el vacío legal al respecto, cuestión esta sobre la que el legislador debería incidir para paliar las divergencias entre las actuaciones procesales por las que se encausa la solicitud de autorización¹⁷⁸.

2. LAS CLAVES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.

A pesar del vacío legal en torno de los aspectos procedimentales, los juzgados de lo contencioso-administrativo se han visto en el trance de afrontar las numerosas peticiones de autorización de entrada provenientes de la Administración pública, con la correspondiente incertidumbre e inseguridad jurídica asociada a la falta de determinación de un cauce procesal. La litigiosidad derivada de ello ha permitido que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado también al respecto, pues no son pocos los aspectos procesales que pueden resultar en la afectación del tan importante derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la CE. A su vez, los tribunales superiores de justicia, a partir de las pautas procedimentales sentadas por el Tribunal Constitucional han ido generando progresivamente cierta doctrina jurisprudencial al respecto. En este epígrafe corresponde el examen de dicha jurisprudencia, así como de las posturas doctrinales al respecto.

¹⁷⁶ No obstante, sí consta, por ejemplo, en el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santander 121/2000, de 10 de noviembre, FJ 2.º (JUR 2001/232575), que se concede al administrado un plazo de 8 días para que presente las alegaciones que crea oportunas. Dicho plazo de ocho días coincide con el que se contempla en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona con el mismo fin, aunque el trámite se concede en este caso a la Administración (art. 119 de la LRJCA).

¹⁷⁷ SSTSJ del País Vasco 696/2000, de 22 de junio, FJ 2.º (JUR 2001/37754); 693/2005, de 14 de octubre, FJ 8.º (JUR 2006/59488); 478/2005, de 17 junio (JUR 2005/207549); 329/2006, de 12 de mayo, FJ 3.º (JUR 2007/86410); 707/2006, de 3 de octubre (JUR 2007/91175); 671/2010, de 22 de diciembre (JUR 2011/131935)

¹⁷⁸ Alejandra FRÍAS LÓPEZ, letrada de la Comunidad de Madrid, observa también una «absoluta falta de uniformidad procedimental». Sin embargo, las conclusiones que alcanza esta autora, enunciadas en un artículo publicado en 1999, difieren de las que se han expuesto en el texto según la jurisprudencia manejada. Así, según esta autora «hay Juzgados que tramitan estas autorizaciones como procedimientos ordinarios, evidentemente sin cumplir todos los trámites que la Ley prevé para ellos, (...) y otros, la mayoría, tramitan estas autorizaciones como procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, a que se refieren los artículos 114 y siguientes de la LJCA», cauce procedimental que precisamente defiende esta autora como el más apropiado. Alejandra FRÍAS LÓPEZ, *op. cit.*

A. Las distintas posturas jurisprudenciales y doctrinales respecto de la celebración de un trámite de audiencia.

Al margen de la opción por uno u otro procedimiento, se constata en la jurisprudencia y doctrina la existencia de un aspecto clave en torno del proceso por el que se sustancia la autorización judicial de entrada, a saber, la concesión de un trámite de audiencia al interesado¹⁷⁹. La cuestión no es baladí en tanto que el derecho a la tutela judicial efectiva proclama, entre otros, la interdicción de la indefensión, situación susceptible de generarse ante la falta de un trámite de audiencia en el procedimiento de autorización judicial de entrada.

En este sentido, la postura del Tribunal Constitucional ha sido clara, constante y uniforme. Desde el ATC 129/1990, de 26 de marzo¹⁸⁰, el Tribunal viene reiterando que la celebración de un trámite de audiencia o contradicción no es exigible. Según el parecer del máximo interprete de la constitución, dadas las características del procedimiento de autorización judicial de entrada —que no constituye un proceso de naturaleza contradictoria en el que se manifieste el *ius litigationis* de las partes, sino de protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio— el trámite de audiencia no es preceptivo a menos que una ley así lo establezca. Es decir, «no [se] requiere que necesariamente y en todo caso el órgano judicial se pronuncie después de conocer los motivos de oposición del morador, como si se tratase de un proceso»¹⁸¹. A

¹⁷⁹ Lorenzo PLAZA ARRIMADAS ya se pronunciaba a favor de la concesión de un trámite de audiencia al interesado en 1982, antes de que se dictara la STC 22/1984. Lorenzo PLAZA ARRIMADAS, «La inviolabilidad del domicilio», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 216, 1982, p. 697.

¹⁸⁰ En el FJ 6.º del ATC 129/1990, de 26 de marzo (RTC 1990/129), el Tribunal argumenta lo siguiente: «Lo que a la postre pretende el demandante es que indeclinablemente se abra una suerte de trámite de audiencia y contradicción, de modo que, necesariamente y en todo caso, el órgano jurisdiccional conceda o deniegue su autorización no sólo a la vista de lo solicitado por la Administración, sino también después de conocer los motivos de oposición del interesado, como si se tratase de un proceso en el que Administración y titular domiciliario contendiesen para decantar a su favor la convicción y la resolución judiciales, cuando es lo cierto que de lo único de que se trata es de apoderar a la Administración para realizar una determinada actuación. Pero es claro, por cuanto se lleva dicho, que la legalidad tributaria (art. 141.2 de la LGT y art. 39.3 y 4 del RGIT), no impone semejante trámite (...)».

¹⁸¹ FJ 2.º del ATC 85/1992, de 30 de marzo (RTC 1992/85). En análogo sentido, entre otros pronunciamientos: el ATC 198/1991, de 1 de julio (RTC 1991/198), según el cual «el art. 87.2 de la LOPJ, en desarrollo directo de una de las previsiones del art. 117.4 de la CE («y las [funciones] que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho»), no supone la existencia de un proceso, lo que requeriría una fase contradictoria por mínima e informal que fuera». Y sigue, «no hay lugar para una fase contradictoria, dado que nada se ha de discutir: basta con el examen de legalidad que “prima facie” efectúa el Juez de Instrucción del expediente administrativo que le es sometido a su consideración para solicitar la entrada, aquí en lugar cerrado, que requiere necesariamente la ejecución de una resolución administrativa» (FJ 3.º); la STC 76/1992, de 14 de mayo (RTC 1992/76) según la cual «si la decisión de otorgar o no la autorización para la entrada en el domicilio del deudor la pudo adoptar el Juez sin necesidad de dar trámite alguno o intervención al apremiado, se habrá de convenir

estos argumentos el TC suele añadir otros para justificar la aludida innecesariedad del otorgamiento de audiencia como, por ejemplo, que el administrado dispone de otras vías para encauzar su oposición, especialmente, las de recurso contra la actuación administrativa que pretende ejecutarse o contra el auto que autoriza la entrada¹⁸². Con las anteriores afirmaciones el TC ha desestimado aquellas alegaciones de los recurrentes en amparo que consideraban vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por no haberse concedido un trámite de audiencia y, a su vez, ha salvaguardado la legalidad de las actuaciones judiciales y de las autorizaciones de entrada concedidas sin previa audiencia¹⁸³.

Sin embargo, a pesar de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional —que, en resumidas cuentas proclama que la audiencia no es preceptiva—, tanto la doctrina como la jurisprudencia ponen de manifiesto la conveniencia de la celebración de un trámite de audiencia¹⁸⁴. Así, de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia es posible deducir que los juzgados de lo contencioso-administrativo suelen contemplar en el iter procedimental de la autorización judicial de entrada la concesión de un trámite de audiencia al interesado para que tenga oportunidad de presentar las alegaciones que crea convenientes, celebrándose incluso una vista¹⁸⁵. En cierto modo, pues, a pesar de su declarada innecesariedad, el trámite de audiencia ha devenido en

que éste no era parte formal -aunque sí interesado- en sentido técnico estricto en la actuación judicial de que se trata. Esta actuación se realiza a instancia de un organismo de la Administración y en garantía que ha de constatar el Juez de un derecho fundamental del ciudadano, pero éste, aunque sujeto de la garantía, no es parte formal en la actuación judicial» (FJ 2.º).

¹⁸² Así en la STC 174/1993, de 27 de mayo (RTC 1993/174), en cuyo FJ 2.º el Tribunal afirma que «el actor tuvo la oportunidad de poner en conocimiento del Juez sus razones para oponerse a la entrada en el edificio de su propiedad, a través de los sucesivos recursos de reforma y apelación».

¹⁸³ Valga como último ejemplo el ATC 208/2007, de 16 de abril (RTC 2007/208), en el que el Tribunal se manifiesta en el sentido siguiente en el FJ 2.º *in fine*: «con arreglo a consolidada doctrina de este Tribunal, “para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un *efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado*” (STC 185/2003, de 27 de octubre, F. 4 y las que cita). En el presente supuesto la circunstancia de que en el momento de adopción del Auto de 27 de mayo de 2004 no tuviera intervención el recurrente (al no estar legalmente prescrito) no implicó vulneración de las garantías del proceso, ni indefensión, por la propia configuración legal de este derecho (por todas STC 143/1994, de 9 mayo, F. 3), y por la efectiva defensa que de sus derechos hizo mediante la interposición y resolución del recurso de apelación en Sentencia de 10 de marzo de 2005 (PROV 2005, 116316) de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña». La cursiva es mía.

¹⁸⁴ Por ejemplo, GÓMEZ GUILLAMÓN da cuenta de las conclusiones alcanzadas en unas jornadas convocadas por el Consejo General del Poder Judicial en torno del artículo 87.2 de la LOPJ, entre las que cuenta la siguiente: debe concederse «audiencia a las partes, “con expresa tutela de los derechos constitucionales del artículo 24 de la CE”». Rogelio GÓMEZ GUILLAMÓN, «El artículo 87.2 de la LOPJ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. 23, 1991, p. 84.

¹⁸⁵ De las siguientes resoluciones, entre otras, se desprende que en instancia se ha celebrado una vista: STSJ de Navarra 543/2006, de 20 julio (JUR 2007/8898); SSTSJ de Madrid 42/2008, de 22 de enero (JUR 2008/115053); 434/2008, de 1 de abril (JUR 2008/151013);

una constante en los procedimientos de autorización de entrada, aunque su ausencia no implique automáticamente la nulidad del auto que se dicte a resultas del procedimiento¹⁸⁶. Así, si bien se reitera y acoge la doctrina del TC según la cual el trámite de audiencia no es preceptivo, la observación de la práctica judicial pone de manifiesto que dicho trámite viene siendo en la mayoría de las ocasiones concedido a los administrados por los juzgados de lo contencioso-administrativo.

Sentada dicha práctica judicial, es posible apreciar incluso una corriente doctrinal emanada de la jurisprudencia de algunos de nuestros TSJ en la que el trámite de audiencia adquiere tal relevancia que la proposición sobre la que se asienta la doctrina constitucional se lleva a su extremo. En otras palabras, si bien en las resoluciones del Tribunal Constitucional se declara que el trámite de audiencia no es preceptivo en todo caso, de alguna de la jurisprudencia de los TSJ se deriva que dicho trámite no será preceptivo —hasta aquí no hay modulación alguna de la doctrina constitucional— siempre que concurren las circunstancias que justifiquen su excepción. Lo que, al fin y al cabo, no supone más que afirmar que el trámite de audiencia es preceptivo, a no ser que se den determinadas circunstancias que justifiquen su omisión. El germen de esta doctrina se halla en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que ya en la sentencia 1217/1999, de 22 noviembre¹⁸⁷, iniciaba su argumentación jurídica afirmando lo siguiente:

Para conseguir la autorización en cuestión se ha de seguir un procedimiento ante el Juez, proceso que como todos los judiciales, ha de estar presidido por el principio de contradicción y ha de estar delimitado objetiva y subjetivamente en relación con la pretensión ejercitada. Al

¹⁸⁶ Ciertamente, en sede de apelación no se admite sin más que la no celebración de audiencia en el procedimiento ante el juez *a quo* vulnere el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es preciso pues que la alegación de la indefensión no sea meramente rutinaria, sino que se ponga en evidencia que al faltar dicho trámite efectivamente se ha producido indefensión en el administrado. Igualmente, en muchos supuestos se estima que al tener el administrado la oportunidad de recurrir y manifestar entonces su oposición, la indefensión queda subsanada.

En los sentidos apuntados se manifiestan nuestros TSJ, entre otros, en los siguientes pronunciamientos: en la STSJ de Valencia 755/2002, de 24 abril, FJ 1.º *in fine* (RJCA 2002/1053); en las SSTSJ de Aragón 510/2000, de 7 de julio (JUR 2001/90999); de 10 de marzo de 2003 (JUR 2003/209645); en la STJS de Andalucía (Málaga) 293/2005, de 11 de abril, FJ 3.º (JUR 2005/143711); en la STSJ del País Vasco 92/2005, de 4 febrero, FJ 6.º (JUR 2007/108811); en las SSTSJ de Cataluña 514/2002, de 30 abril, FJ 3.º (JUR 2002/207102) y 279/2009, de 18 de marzo, FJ 1.º *in fine* (JUR 2009/384766); en las SSTSJ de Murcia 970/2006, de 30 de noviembre, FJ 2.º *in fine* (JUR 2007/181287); 441/2002, de 29 de abril (JUR 2002/277747); STSJ de Castilla y León 931/2006, de 10 de mayo (JUR 2006/174640).

¹⁸⁷ Se reproducen fragmentos de los FJ 3.º y 4.º de la STSJ de Madrid 1217/1999, de 22 noviembre (RJCA 1999/3772). En el mismo sentido que esta, las SSTSJ de Madrid 596/2000, de 23 de junio (JUR 2001/7837); 957/2000, de 13 de octubre FJ 2.º (RJCA 2000/2507); de 27 de marzo de 2001 (RJCA 2001/732); 181/2007, de 30 de enero (JUR 2007/229808); 712/2007, de 19 de abril (JUR 2007/247647); 1640/2011, de 3 de noviembre (JUR 2012/203184).

tratarse de un derecho fundamental el que se ventila en el juicio las garantías procesales han de ser observadas en extremo.

Para después, entrando ya en la valoración de la alegación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, discurrir en los siguientes términos sobre la necesidad de conceder el trámite de audiencia:

(...) la audiencia otorgada en el proceso administrativo no resulta suficiente para garantizar la ausencia de indefensión en el ámbito del proceso judicial. El interesado ha de ser oído por el Juez antes de decidir en torno a la autorización pretendida, salvo en los supuestos de urgencia, donde la demora en la ejecución de la Resolución administrativa pudiera provocar un riesgo para la seguridad de las personas o bienes, o daño irreparable para el interés público o los derechos de tercero. La necesidad de dar audiencia a los interesados se deriva de lo previsto en el artículo 24.1º establece el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Se ha de posibilitar por lo tanto la defensa de los intereses, y ello no resulta posible si el interesado no es oído por el Juez. Debe tenerse en cuenta que la audiencia en el procedimiento administrativo y en el judicial tiene una naturaleza distinta, en aquél los argumentos del recurrente se referirán a la conformidad o no a derecho de la actuación administrativa, ante el Juez se utilizarán argumentos distintos, pues partiendo de la base de la legalidad del acto administrativo puede ponerse de manifiesto la desproporción del medio utilizado en su ejecución. Además pueden haber surgido nuevos datos de hecho, surgidos tras la notificación de la Resolución administrativa que puedan influir en la decisión judicial.

Dos son los pilares, ambos de corte constitucional, sobre los que se asienta la argumentación del TSJ madrileño. Por un lado, el debido respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de proscripción de la indefensión en sede judicial. Y, por otro, la tutela del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que exige que se refuerce cualquier mecanismo que garantice una mayor protección. El Tribunal aduce además que únicamente en el procedimiento de autorización el administrado presentar aquellas alegaciones que, al margen de la legalidad de la actividad administrativa, pongan de manifiesto cualquier obstáculo a la actuación material de la administración o se refieran a la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, así como aducir elementos que hayan acontecido con posterioridad a la resolución administrativa.

Junto a los anteriores razonamientos, en posteriores pronunciamientos el TSJ de Madrid ahondará más en la justificación de la necesidad del trámite de audiencia

poniéndolo en relación con la exigencia de motivación del auto de entrada —requisito que reitera la doctrina constitucional. Esencialmente, entiende el mencionado TSJ que, para que la resolución judicial cumpla con la debida motivación, debe el juez haber oído a las partes para formarse adecuadamente el juicio de ponderación entre las facultades de la administración y el derecho fundamental del administrado, sobre el que sustente su decisión. Junto a ello, también se argüirá que, si es posible interponer recurso de apelación contra el auto, debe igualmente ser posible poner de manifiesto la oportuna oposición durante el procedimiento de despacho de la autorización¹⁸⁸.

Junto a lo anterior es menester destacar la importante precisión que añade el Tribunal. La exigencia de celebración del trámite de audiencia no es absoluta —con lo que se entronca con la doctrina del TC que establece que el trámite de audiencia no es preceptivo *en todo caso*. Dicha exigencia cederá en aquellos supuestos en los que concurra una situación de urgencia. Aquí la urgencia se entiende en el sentido de que la ejecución administrativa no puede ser demorada con la concesión de un determinado plazo, aunque fuera breve, para que el interesado presente sus alegaciones, cuando con ello se genere «un riesgo para la seguridad de las personas o bienes, o daño irreparable para el interés público o los derechos de tercero»¹⁸⁹. En posteriores pronunciamientos, el Tribunal precisará aún más estableciendo que, en caso de no concederse audiencia, el

¹⁸⁸ Es expresivo en este sentido el FJ 4.º de la STSJ de Madrid 712/2007, de 19 de abril (JUR 2007/247647) el Tribunal se pronuncia en los siguientes términos: «La necesaria motivación del auto que ha de dictar el juez y la posibilidad de ser recurrible en apelación —art. 80.1.d), de la Ley Jurisdiccional— determinan que pueda ser precisa una mínima contradicción y por tanto una audiencia previa del interesado».

Asimismo en el FJ 3.º la STSJ de Madrid 2195/2006, de 21 diciembre (JUR 2007/229553), se afirma que: «[e]n aplicación de la doctrina constitucional expuesta en el fundamento de derecho anterior, y a los efectos de que por el Juez competente para acordar la autorización de entrada en el domicilio se proceda a realizar la correspondiente ponderación de los intereses enfrentados y autorizar la entrada del modo menos restrictivo posible del derecho a la inviolabilidad del domicilio, procediendo a dictar la correspondiente resolución motivada a tal efecto, es necesario que todos los afectados por la autorización judicial de entrada interesada por la Administración sean debidamente oídos a los efectos de que puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de su derecho a la inviolabilidad del domicilio constitucionalmente protegido».

Estos mismos argumentos esgrime José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS para defender la conveniencia de celebración del trámite de audiencia, según quien «de no admitirse la comparecencia del interesado, la motivación sería unidireccional y no fruto de la contradicción entre las partes». Y añade: «No resulta coherente, si se considera que la autorización judicial se debe conceder o denegar sin audiencia al interesado y ante la sola petición de la Administración, permitir que, luego, el afectado, “in audita parte”, se vea legitimado para interponer un recurso de apelación contra una resolución, el auto del juez de lo contencioso-administrativo, en el cual ni ha sido oído ni tan siquiera ha sido parte». José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «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*, núm. 386, 1999, pp. 6 y 11.

¹⁸⁹ Esta concepción del trámite de audiencia en el marco del proceso recuerda inevitablemente a la previsión que para las medidas cautelares contiene el artículo 135 de la LRJCA, según el cual el juez, «atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria».

juez deberá hacerlo constar «motivándose expresamente los motivos extraordinarios que obligan a prescindir de dicho trámite de audiencia»¹⁹⁰. Así el trámite de audiencia podrá ser obviado, por ejemplo, cuando se trate de la ejecución de la demolición de un inmueble que amenaza ruina¹⁹¹, la aprehensión de un menor cuya integridad física o moral corre algún riesgo¹⁹², el embargo de bienes muebles que pueden ser removidos por el interesado¹⁹³, etc.

Estas, sin embargo, no serán las únicas ocasiones en las que podrá excepcionarse el trámite de audiencia, ya que precisamente el ejercicio de ponderación indispensable en la cognición del juez debe tener en cuenta todos los elementos concomitantes en el supuesto en cuestión. Así, del mismo modo que la exigencia de previo requerimiento de entrada se excepciona cuando se trata de inspecciones cuya finalidad no podría cumplirse sin el elemento sorpresivo, será lógicamente omitida la realización del trámite de audiencia¹⁹⁴. Igualmente, cuando haya sido imposible localizar al interesado o incluso se desconozca, tampoco se celebrará trámite de audiencia alguno, sin que ello tache de nulidad el auto que se dicte¹⁹⁵.

La doctrina del TSJ de Madrid ha sido explícitamente acogida por algunos tribunales superiores de justicia que consideran también imprescindible el trámite de audiencia¹⁹⁶, e implícitamente por la mayoría de juzgados de lo contencioso-administrativo ya que efectivamente se constata que en instancia es común que se otorgue trámite de audiencia. Pero el espíritu garantista de los derechos de los administrados y la cuidada

¹⁹⁰ STSJ de Madrid 596/2000, de 23 de junio, FJ 3.º (JUR 2001/7837).

¹⁹¹ A modo de ejemplo, véanse la STSJ de Asturias 16/2001, de 28 marzo, FJ 6.º (JUR 2001/155464) o la STSJ de Castilla y León 787/2002, de 31 de mayo, FJ 2.º (JUR 2002/209472).

¹⁹² Así en la STSJ de Madrid 590/2002, de 27 de mayo, FJ 3.º (JUR 2002/240216); TSJ de Andalucía (Granada) 1309/2000, de 25 de septiembre (RJCA 2000/1493); STSJ de Castilla y León 694/2009, de 17 de marzo, FJ 5.º (JUR 2009/207857). Sin embargo, debe acreditarse que existe dicha urgencia, incluso en una declaración de ruina, puesto que si el juez, por ejemplo, estima conveniente el otorgamiento de un plazo de 10 días para que la Administración aporte documentos, puede igualmente celebrarse audiencia a los interesados: así de contundente es el TSJ de Madrid en la sentencia 1640/2011, de 3 de noviembre, FJ 5.º *in fine* (JUR 2012/203184).

Sobre el trámite de audiencia en los procedimientos de autorización de entrada derivados de una declaración de desamparo, véase María Aurora LÓPEZ AZCONA, «La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2001, pp. 1.942-1.493; quien coincide con lo aquí expuesto.

¹⁹³ Por ejemplo, la STSJ de Castilla-La Mancha 27/2002, de 26 de marzo, FJ 2.º (JUR 2002/163252).

¹⁹⁴ En este sentido, véase la STSJ de Castilla-La Mancha 10165/2004, de 13 diciembre (JT 2005/153).

¹⁹⁵ Por todas, la STSJ de Madrid 854/2006, de 5 de julio, FJ 1.º *in fine* (JUR 2007/185953).

¹⁹⁶ Así se constata en las siguientes resoluciones, entre otras: la STSJ de Extremadura 105/2002, de 19 septiembre, FJ 2.º *in fine* (RJCA 2002/1250); las SSTSJ de Asturias 16/2001, de 28 marzo, FJ 6.º (JUR 2001/155464); 22/2008, de 31 enero, FJ 3.º (JUR 2008/324204); las SSTSJ de Andalucía (Granada) de 31 de marzo de 2000, FJ 3.º (JUR 2000/208643); 347/2004, de 25 marzo, FJ 2.º (JUR 2004/163324).

elaboración de la argumentación del TSJ madrileño, no debe hacer perder de vista las numerosas resoluciones que siguen declarando la innecesariedad del trámite de audiencia y desestimando aquellos recursos en lo tocante a la alegación de indefensión y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁹⁷.

B. La intervención del Ministerio Fiscal y asistencia jurídica de la Administración y del administrado.

A pesar de que el Tribunal Constitucional haya insistido reiteradamente en que la naturaleza del procedimiento por el que se sustancia la autorización judicial de entrada no se concibe como un proceso contradictorio en el que se manifieste un *ius litigationis* entre las partes, el hecho de que la práctica confirme el otorgamiento de trámite de audiencia al interesado ha ido progresivamente modulando la naturaleza del mismo. En tanto que el trámite de audiencia sigue siendo no preceptivo en todos los supuestos, tampoco el procedimiento de autorización de entrada se manifestará en todas las ocasiones como un proceso contradictorio, pero cuando así sea no solo intervendrán en el mismo el juez y la Administración, sino que también tendrán voz el Ministerio Fiscal y las partes —Administración y administrado— por medio de la correspondiente representación procesal y defensa legal.

Así pues, para poner fin a este excursus sobre los aspectos relativos al procedimiento de despacho de las peticiones de autorización de entrada, es preciso hacer hincapié en el papel cada vez más importante que vienen desempeñando tanto el Ministerio Fiscal,

¹⁹⁷ Ya se ha dado cuenta en este mismo epígrafe de numerosas resoluciones de los TSJ en las que se desestima la alegación de indefensión por falta del trámite de audiencia, en consonancia con la doctrina constitucional de innecesariedad de la concesión de un trámite de audiencia. Como colofón a lo anterior, adviértase además que existen resoluciones en las que el no otorgamiento del trámite de audiencia se justifica casi con el mismo empeño que el que propugna la necesidad de oír a las partes. En este sentido, especialmente relevante es la STSJ de Castilla-La Mancha 27/2002, de 26 marzo, FJ 2.º (JUR 2002/163252), que se remite a la LEC para justificar la ausencia de trámite de audiencia. El Tribunal reseña el articulado de la LEC relativo a la ejecución de sentencias, en cuyo despacho no suele contemplarse un trámite de audiencia previo (arts. 548 y ss. de la LEC). Igualmente se acude al articulado que regula las diligencias preliminares (arts. 256 y ss. de la LEC) en el que se incluye como diligencia preliminar la entrada y registro en aquellos lugares en los que se hallen títulos, documentos, cosas o datos relevantes para la causa (art. 261.2, 3 y 5 de la LEC), sin que tampoco se prevea la concesión de audiencia si existe negativa del titular a la entrada y registro, sino que el juez procede directamente a ordenarlos. Se cita también el artículo 701 de la LEC el cual prevé, ante la negativa del titular a la ejecución consistente en la entrega de cosa mueble, que pueda ordenarse «la entrada en lugares cerrados y auxiliándose de la fuerza pública, si fuere necesario» sin que tampoco exista audiencia alguna. En último lugar, se constata también la remisión a la regulación de la adopción de medidas cautelares en sede civil, junto a la regulación de las mismas en la LRJCA, ya que en ambos casos se prevé la posibilidad de excepcionar el trámite de audiencia cuando concurren razones de urgencia (arts. 733 de la LEC y 135 de la LRJCA). En el mismo sentido, la STSJ del País Vasco 120/2010 de 1 de marzo (JUR 2010/414063); la STSJ de Aragón 745/2011, de 23 de diciembre (JUR 2012/7664); la STSJ Murcia 882/2011, de 30 de septiembre (JUR 2011/368155).

como la abogacía del estado y la defensa de las partes en el procedimiento de autorización judicial de entrada.

a. El Ministerio Fiscal en el procedimiento de autorización de entrada.

A pesar de la falta de un precepto legal que imponga la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de autorización de entrada¹⁹⁸, no son pocas las sentencias de los TSJ en las que se deja constancia de su intervención en el proceso sustanciado en instancia ante los juzgados de lo contencioso-administrativo¹⁹⁹.

La intervención del Ministerio Fiscal se justifica en estos supuestos en la tarea que le viene asignada por los artículos 124 de la CE y 541 de la LOPJ de defensa «de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley», pero especialmente en el artículo 3.3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, según el cual, para el cumplimiento de sus funciones corresponde al Ministerio Fiscal «[v]elar por el respeto de las

¹⁹⁸ La LRJCA impone en contadas ocasiones la intervención del Ministerio Fiscal. En primer lugar, es preciso tener en cuenta la referencia genérica que el art. 19.1.f) hace a esta institución como parte legitimada ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo «para intervenir en los procesos que determine la Ley». Se refieren de forma expresa la Fiscalía los arts. 5.2 y 7.2 para los incidentes sobre competencia y jurisdicción; el art. 74.3 para los supuestos de desistimiento en caso de acción popular; el art. 100.6 para los recursos de casación en interés de la ley; el art. 119 para el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona; el art. 122 para los recursos frente a la prohibición o propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Reunión; y el art. 135.2 para la adopción de medidas cautelares en relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad.

Por último es de fuerza reseñar que el art. 122 bis —dedicado a la regulación del procedimiento de las autorizaciones concedidas por los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo para la adopción de ciertas medidas restrictivas recogidas en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico— regula de forma expresa la intervención del Ministerio Fiscal al tratarse de supuestos en los que son susceptibles de verse afectados los derechos de los arts. 18.1 y 3, y 20 de la CE. Es de esperar que, si el legislador decide en algún momento positivizar el encauzamiento procedimental de los despachos de autorizaciones de entrada se pronuncie, al igual que en el caso de las medidas previstas por la referida Ley 34/2002, sobre la participación de la Fiscalía.

¹⁹⁹ Entre otras, en la STSJ de Andalucía (Málaga), de 31 de marzo de 2000 (JUR 2000/208643); STSJ de Aragón 65/2001, de 23 de enero (JUR 2001/145656); STSJ de Castilla y León (Burgos) 204/2005, de 8 de abril (JUR 2005/225910); STSJ de Andalucía (Málaga) 293/2005, de 11 de abril (JUR 2005/143711); STSJ del País Vasco 693/2005, de 14 de octubre (JUR 2006/59488); STSJ de Castilla y León (Valladolid) 694/2009, de 17 de marzo (JUR 2009/207857); STSJ de Andalucía (Granada) 186/2009, de 30 de marzo (JUR 2009/259863); TSJ de Madrid 349/2010, de 29 de marzo (JUR 2010\205326).

Igualmente, también se constata en muy abundantes ocasiones su participación en sede de apelación, por ejemplo, en las siguientes resoluciones: STSJ de Castilla y León (Valladolid) 375/2006, de 21 de febrero (JUR 2006/104961); STSJ de Madrid 565/2001, de 22 de mayo (JUR 2001/226119); STSJ del País Vasco 195/2003, de 4 de marzo (RJCA 2003/703); STSJ de Aragón 745/2011, de 23 de diciembre (JUR 2012\7664).

instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa». Así pues, al girar la figura de la autorización judicial de entrada esencialmente alrededor del derecho a la inviolabilidad del domicilio, su intervención, a mi entender, está de sobras justificada cuando dicho derecho sea susceptible de verse afectado; en cambio, cuando de la propiedad privada se trata, las condiciones de su intervención deberán sin duda modularse y, en todo caso, el juez deberá valorar si corresponde su intervención.

Sobre el papel del Ministerio Fiscal se ha pronunciado MACÍAS CASTAÑO. Según este autor, en el procedimiento de autorización de entrada el Ministerio Fiscal «no tiene intervención», especialmente cuando autorización se solicita para acceder a la propiedad privada. Es más, en opinión del mencionado autor, ni aun viéndose afectado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio «ello no supone necesariamente la intervención del Ministerio Fiscal, pues la previsión general del art. 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal no se ha seguido de una previsión específica en la LJCA que le atribuya legitimación para intervenir en este tipo de procedimiento»²⁰⁰. Así, según dicho autor, la intervención del Ministerio Fiscal no es preceptiva, aunque nada obstaría que de tratarse del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio este participara en el mismo.

En un sentido diametralmente opuesto se ha manifestado PECES MORATE, según quien «[l]a intervención del Ministerio Fiscal, dada su posición institucional, al dirimirse sobre un derecho fundamental de la persona, parece que está fuera de toda duda»²⁰¹. Igualmente, LÓPEZ AZCONA defiende la participación del Ministerio Fiscal en los procedimientos de declaración de desamparo en los que se insta autorización de entrada para la aprehensión de un menor por parte de la Administración. Según el parecer de esta autora, la intervención del Ministerio Fiscal «parece más que aconsejable», pero no en atención a la protección de la inviolabilidad domiciliaria, sino a la protección del menor, función encomendada al Ministerio Fiscal en el artículo 3.7 de la mencionada Ley 50/1981, de 30 de diciembre. Y fundamenta la autora su posicionamiento, que es lo que aquí interesa, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1991 en la que señala que «no es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, por no estar prevista expresamente en la Ley. Aunque nada se opone a su intervención e incluso existirían razones para propugnarla en virtud de una aplicación directa del artículo 124 de la Constitución»²⁰².

²⁰⁰ José María MACÍAS CASTAÑO, *op. cit.*, p. 513.

²⁰¹ Jesús Ernesto PECES MORATE, «La entrada en el domicilio o en otros lugares cerrados para la ejecución de actos de la Administración. Hacia un modelo garantista», en *Jueces para la democracia*, núm. 21, 1994, p. 50.

²⁰² María Aurora LÓPEZ AZCONA, «La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2001, pp. 1.941-1.942.

Sin duda es del todo oportuna la intervención del Ministerio Fiscal en aras a la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, de otros derechos o intereses susceptibles de verse afectados por la entrada, sin que falte para su intervención fundamento constitucional y legal. Sin embargo, en el marco de situaciones de urgencia su intervención podría ser susceptible de plantear dificultades a nivel práctico —al igual que la concesión del trámite de audiencia— para la consecución eficaz de los fines de la actuación administrativa. Como advierte ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, «[e]n la práctica será necesario, como en otras muchas ocasiones, buscar el necesario equilibrio para que, en la lógica armonía entre los derechos de la Administración y las garantías de los ciudadanos, el artículo 8.5 [actualmente 8.6] de la Ley, pese a su redacción no excesivamente clarificadora, encuentre su plena operatividad»²⁰³. A mi juicio, del mismo modo que se modula la concesión del trámite de audiencia en los supuestos de urgencia, el juez podrá considerar si puede *excepcionalmente* omitirse la intervención del Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta si se trata de una afectación domiciliaria²⁰⁴ o de propiedad privada, junto a la concurrencia de las aludidas situaciones de urgencia.

b. Postulación procesal y asistencia letrada de la Administración y de las partes.

Al hilo de la intervención del Ministerio Fiscal, es preciso advertir igualmente la participación en los procedimientos de autorización de entrada ante los juzgados de lo contencioso-administrativo, es decir, en primera instancia, de abogados del estado, letrados de comunidades autónomas y entes locales, así como de letrados de la Seguridad Social peticionando la autorización judicial de entrada en representación de la Administración correspondiente²⁰⁵.

De la configuración de la autorización judicial que se desprende tanto de la legislación como de la jurisprudencia constitucional, no puede afirmarse que la Administración deba solicitar la autorización por medio de su representante y asistente legal. Al contrario, del 95.3 de la LRJAPyPAC parece deducirse claramente que es la Administración la encargada de dirigir sin mediación alguna la petición al juzgado de lo

²⁰³ José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «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», *cit.*, p. 11.

²⁰⁴ En este mismo sentido, Javier OLIVÁN DEL CACHO, «La autorización judicial para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular: aspectos prácticos», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 25, 2011, p. 211.

²⁰⁵ Ello se desprende de numerosísimas resoluciones de los tribunales superiores de justicia. Entre otras, pueden citarse a modo de ejemplo las siguientes: STSJ de Cataluña 1296/2007, de 13 de diciembre de 2007, FJ 3.º (JUR 2008/71977); STSJ de Andalucía (Granada) 186/2009, de 30 de marzo, FJ 3.º (JUR 2009/259863); STSJ de Castilla-La Mancha 10165/2004 de 13 de diciembre, FJ 2.º (JT 2005/153); STSJ de Castilla y León (Valladolid) 1111/2007, de 12 de junio, FJ 1.º (JUR 2007/293492); SSTSJ de Madrid 876/2004 de 24 de septiembre, antecedente 1.º (JUR 2005/70362); 717/2007, de 19 de abril, FJ 1.º (JUR 2007/247647); 193/2009, de 30 de enero, FJ 1.º (JUR 2009/155998); 1716/2009, de 9 de septiembre, FJ 1.º (JUR 2009/454340).

contencioso-administrativo. No obstante, la jurisprudencia pone de manifiesto que es habitual —especialmente cuando de la Administración del Estado se trata— que la solicitud sea presentada por el abogado del estado o letrado correspondiente, ante lo cual nada puede obstar²⁰⁶. Sin duda, la participación del abogado del estado o letrado correspondiente garantizará un mayor acierto por parte de la Administración en la presentación de la solicitud de autorización de entrada y, en cierto modo, un reforzamiento de la supervisión previa de cumplimiento de los requisitos exigibles para que la solicitud pueda ser estimada por el juez, por lo que en último término, se ve reforzada también la protección de los derechos de los interesados y, especialmente, la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración.

Ello no obstante, si bien nada impide la intervención del abogado del estado o letrado correspondiente, su ausencia en el procedimiento no implicará la falta de postulación procesal de la Administración. En este sentido se ha manifestado en reiteradas ocasiones el TSJ de Cataluña²⁰⁷, en los términos que se transcriben a continuación:

(...) el expediente de autorización de entrada en domicilio no constituye un procedimiento judicial *stricto sensu* sino que, tal como dice la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 137/1985, de 17 de octubre, la resolución del órgano de la jurisdicción ordinaria no es otra cosa que un eslabón más en la cadena o sucesión de actuaciones integrantes del expediente en el que es exigible esa actuación jurisdiccional, y la decisión del juez se realiza a instancia de un organismo de la Administración y en garantía que ha de constatar el Juez de un derecho fundamental del ciudadano, sin que su función se extienda a examinar el procedimiento administrativo. Por lo tanto, no es necesaria ni exigible la intervención de abogado para solicitar la autorización judicial para entrar en el domicilio protegido constitucionalmente por el artículo 18 de la Constitución Española.

En idéntico sentido se manifiesta el TSJ de Castilla y León, según el cual «no sería lógico exigir la intervención de Letrado en el ejercicio de tal derecho, cuando es una simple petición dirigida a la Autoridad Judicial, sin plantear controversia inicialmente, y en donde se va a comprobar únicamente que no se conculcan las garantías constitucionales»²⁰⁸. En fin, al igual que sucede con la celebración de una fase de audiencia o la participación del Ministerio Fiscal, la intervención del abogado del estado o letrado correspondiente no es preceptiva ni exigible, pero nada obstará que la

²⁰⁶ En cuanto a la representación de la Administración, los artículos 24 y 25 de la LRJCA se remiten a la Ley 52/1997 de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

²⁰⁷ Se glosa el FJ 2.º de la STSJ de Cataluña 1009/2007, de 11 de octubre (JT 2008/263). En el mismo sentido, las SSTSJ de Cataluña 1297/2007, de 13 de diciembre, FJ 2.º (JUR 2008/117725) y 1324/2007, de 20 de diciembre, FJ 2.º (JUR 2008/108655).

²⁰⁸ STSJ de Castilla y León (Burgos) 40/2003, de 9 de mayo, FJ 2.º (JUR 2003/143748).

Administración solicite la autorización judicial de entrada por medio de su representación y asistencia jurídica.

La cuestión, en cambio, no resulta pacífica respecto de la participación de los administrados en el proceso de autorización de entrada seguido en instancia. Si bien en atención al tenor literal del artículo 23 de la LRJCA a mi entender es claro que, de otorgarse al administrado trámite de audiencia, su oposición deberá hacerse efectiva como mínimo por medio de asistencia letrada, de alguna de nuestra jurisprudencia parece derivarse lo contrario. Así, en la sentencia 243/2006, de 5 de mayo (JUR 2006/158685) del TSJ de Castilla y León (Burgos)²⁰⁹, en la que se lanzan las siguientes observaciones ante la alegación de indefensión del apelante que no fue asistido por letrado en el trámite de audiencia sustanciado en instancia. Son las siguientes:

(...) ninguna vulneración se produce del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la CE por el hecho de que no se le indicara al recurrente que tuviera derecho a ser defendido por letrado en esta tramitación procedimental, ya que no debe olvidar la parte apelante que no nos encontramos ante un detenido, al que si le asiste dicho derecho según la LECrm. sino ante un administrado respecto de cuya explotación ganadera se habían dictado sendos acuerdos referidos, cuyo contenido conocía y no había recurrido, sin que se prestara a ejecutarlos de forma voluntaria. Por ello cuando en la apelación manifiesta que desconocía el objeto de la comparecencia, la Sala valora que no se cree tal manifestación, porque la tramitación del expediente administrativo evidencia todo lo contrario, amén de que el día de dicha comparecencia en la que estuvo presente podía perfectamente haber solicitado información al respecto si carecía de la misma. En todo caso, esta supuesta indefensión de haber existido, lo que negamos, se subsana con las posibilidades concedidas con el recurso de apelación; y los argumentos y motivos esgrimidos por la apelante en el citado recurso en ningún caso permiten negar la autorización de entrada solicitada. Por todo lo expuesto, la Sala desestima el recurso de apelación interpuesto confirmando el auto recurrido y la autorización de entrada solicitada y concedida.

Frente a los argumentos del TSJ cabe decir que, si bien es claro que para que se constate la indefensión esta tiene que haber sido real y efectiva —la llamada indefensión material—, no puede colegirse que a diferencia del detenido al administrado no le asiste el derecho a defenderse. Todo lo contrario se desprende del artículo 23.1 de la LRJCA, que impone la intervención de las partes mediante abogado, como mínimo, ante los órganos unipersonales. En atención a todo lo anterior, cabe concluir pues que, al margen de la valoración que en sede de recurso pueda hacerse sobre la alegación de indefensión en el procedimiento de autorización de entrada, cuando en instancia se

²⁰⁹ STSJ de Castilla y León (Burgos) 243/2006, de 5 de mayo, FJ 4.º (JUR 2006/158685).

concede trámite de audiencia al administrado es claro que su intervención debe ser por medio de la oportuna representación y defensa, en virtud del artículo 23 de la LRJCA, sin que en ningún caso pueda serle negado el derecho a comparecer frente al órgano judicial por medio de asistencia letrada.

IV. SOBRE LA NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.

La naturaleza y la función de la autorización judicial de entrada son los dos pilares sobre los que se sustenta en último término esta institución que, de tener que definirse, se conceptuaría a partir de estos dos basamentos como aquella resolución judicial llamada específicamente a proteger apriorísticamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la propiedad privada en el marco de la actividad administrativa de ejecución, por medio de un juicio esencialmente de ponderación entre el interés público perseguido y los derechos de los ciudadanos. De este modo, la naturaleza y la función de la autorización judicial de entrada son dos elementos indisociables, pues del mismo modo que su naturaleza viene condicionada por los fines que está llamada a cumplir, su función está igualmente constreñida por su naturaleza. Por ello se aborda conjuntamente el estudio de la naturaleza y función de la autorización judicial de entrada, sobre las cuales se han ido dando pinceladas a lo largo de los anteriores epígrafes y que ahora corresponde concretar.

Es menester antes de dar comienzo a este epígrafe poner de relieve que las claves de la configuración de la naturaleza y función de la autorización judicial de entrada han sido esencialmente descifradas por la jurisprudencia Constitucional, sin perjuicio de la inestimable aportación de nuestros tribunales superiores de justicia. La importancia de este extremo reside en el hecho de que los pronunciamientos constitucionales se ciñen específicamente a lo relativo a la autorización judicial como instrumento de protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, a pesar de que la legislación anude la autorización también a la tutela del derecho a la propiedad privada. Ello, en ocasiones, puede resultar en una visión sesgada tanto de la naturaleza como de la función de la autorización judicial de entrada según la configura el actual ordenamiento jurídico-administrativo, pues es claro que no son los mismos fundamentos los que sustentan la exigencia de la autorización de entrada cuando la actuación administrativa se dirige a un domicilio constitucionalmente protegido o a la propiedad privada. Sin embargo, la configuración constitucional de la institución se ha trasladado sin una adaptación o variación real y efectiva a la protección de la propiedad privada, de modo que los cánones constitucionales son los que guiarán las reflexiones que se presentan a continuación, con independencia del bien jurídico protegido por la autorización de entrada.

1. NATURALEZA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.

Desde que el Tribunal Constitucional dictara la sentencia 22/1984, de 17 de febrero, la resolución judicial exigida en el artículo 18.2 de la Constitución para penetrar en el domicilio constitucionalmente protegido ha ido paulatinamente perfilándose hasta devenir, en el marco de la actividad administrativa, en la institución que constituye el objeto de este trabajo: la autorización judicial de entrada²¹⁰. El punto de partida pues, es que nos hallamos ante una resolución judicial, lo cual determinará esencialmente su naturaleza. Sin embargo, dicha resolución judicial acumula una serie de atributos —de carácter esencialmente finalista— y alcanza tal grado de imbricación en la actividad administrativa, que se convierte en una concreta especie de resolución judicial, configurándose al fin la naturaleza de la autorización judicial de entrada de un modo mucho más complejo de lo que apriorísticamente pudiera aparentar.

A. La autorización judicial de entrada: una resolución judicial de naturaleza no jurisdiccional.

La primera peculiaridad que reviste la autorización judicial de entrada como resolución judicial es que la misma no resulta del ejercicio de la actividad jurisdiccional, sino del ejercicio judicial en garantía de un derecho. Es decir, la autorización judicial de entrada sobre la que puedan pronunciarse los órganos judiciales no se deriva del «ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», según reza el artículo 117.3 de la CE. Por el contrario, la cobertura constitucional de aquellas resoluciones judiciales dictadas a raíz de una petición de autorización judicial de entrada se halla en el artículo 117.4 de la CE, según el cual «[l]os Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y *las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho*». Como se ve, es el mismo texto de la Constitución el que aporta la clave para calificar la naturaleza no jurisdiccional de la autorización judicial, en tanto que el artículo 117.4 marca una clara distinción entre las funciones jurisdiccionales —«señaladas en el apartado anterior», dice el precepto— y aquellas otras que la ley atribuya a los jueces y tribunales para la consecución de un fin específico, a saber, la garantía de cualquier derecho. Se dice por ello que la autorización judicial de entrada consiste en el ejercicio de una función judicial no jurisdiccional.

La cobertura de la autorización judicial de entrada bajo el artículo 117.4 fue tempranamente advertida por la doctrina²¹¹ y respecto de su naturaleza existe casi

²¹⁰ De hecho, en la STC 22/1984, se definió ya la resolución judicial contemplada en el artículo 18.2 de la Constitución como una autorización para que la Administración penetrara en el espacio domiciliario, al afirmar que ante la negativa del titular del domicilio constitucionalmente protegido es necesaria una «resolución judicial que *autorice* la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas». STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5.º *in fine* (RTC 1984/22).

²¹¹ Así lo advirtió ya Lorenzo PLAZA ARRIMADAS, que afirmaba que «[e]l artículo 117.4 de la Constitución no se opone a cuanto llevamos dicho; antes bien, lo confirma, al ampliar las funciones propiamente jurisdiccionales de los Juzgados y Tribunales a las que expresamente sean atribuidas por ley

absoluta unanimidad²¹², pero la reflexión sobre el alcance o efectos que de ello se derivan han sido extremos que la literatura doctrinal posterior ha ido desgranando a partir de la jurisprudencia constitucional.

La principal de las derivaciones de la naturaleza no jurisdiccional de la autorización judicial de entrada es su constreñimiento al fin para el cual ha sido ideada, es decir, la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio —por imperativo del artículo 18.2 de la Constitución—, así como de la propiedad privada —a resultas de la voluntad legislativa plasmada en distintas normas. Este extremo adquirió especial relevancia y fue uno de los aspectos en los que la jurisprudencia constitucional más ha incidido, al concederse inicialmente la competencia en materia de autorización de entrada a la jurisdicción penal. El conflicto de jurisdicciones generó entonces un intenso empeño en destacar que la función del juez no era la de controlar la legalidad del acto administrativo —lo que hubiere constituido una usurpación de las funciones de la jurisdicción contencioso-administrativa—, sino la de velar por la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio a través del control judicial sobre elementos ajenos, en principio, a la legalidad de la decisión administrativa. En este sentido se pronunció ya el Tribunal Constitucional en la sentencia 144/1987, de 23 de septiembre, en la que se afirmaba con rotundidad que «[e]l control de legalidad de estos actos, como el de toda la actuación administrativa, sigue siendo competencia específica de esta jurisdicción, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración. El Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que (...)» y enumera a continuación los extremos que se someten a la cognición del juez para cumplir dicha finalidad de garantía del derecho fundamental²¹³.

“en garantía de cualquier derecho”, que es lo que ha hecho el artículo 18.2». Lorenzo PLAZA ARRIMADAS, «La inviolabilidad del domicilio», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 216, 1982, p. 696.

²¹² En un sentido u otro advierten el encaje de la autorización judicial bajo el artículo 117.4 de la CE y coinciden en afirmar que se trata de una resolución judicial de naturaleza no jurisdiccional, entre otros, los siguientes autores: César ÁLVAREZ-LINERA URÍA, «La autorización judicial para la entrada en domicilios particulares, en ejecución de actos administrativos», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1989, p. 1039; C. SÁNCHEZ DE LAMADRID y J. A. MORILLO-VELARDE DEL PESO, «La garantía judicial de los derechos concretos: la Administración, el domicilio y los interdictos», *La Ley* 1989-1, p. 1028 y 1032.

Mantiene una postura contraria PECES MORATE. Según este autor, «[e]l que los Juzgados y Tribunales, conforme al artículo 117.4 de la Constitución, no ejerzan más funciones que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho, no implica que estas últimas no sean jurisdiccionales (...), puesto que es el órgano jurisdiccional el que otorga naturaleza de tal a lo que la ley somete a su competencia». Jesús Ernesto PECES MORATE, «La entrada en el domicilio o en otros lugares cerrados para la ejecución de actos de la Administración. Hacia un modelo garantista», en *Jueces para la democracia*, núm. 21, 1994, p. 50.

²¹³ STC 144/1987, de 23 de septiembre, FJ 2.º (RTC 1987/144).

Abundantes pronunciamientos posteriores del Tribunal Constitucional confirman esta postura²¹⁴, pero merece ser destacada la sentencia 76/1992, de 14 de mayo, pues en la misma el Tribunal subsume explícitamente la autorización judicial de entrada bajo el artículo 117.4 de la CE: «Tal y como prevé el art. 117.4 de la Constitución, la Ley (arts. 130 LGT y 87.2 LOPJ) ha atribuido a los Jueces de Instrucción una función de garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la Administración»²¹⁵. En la STC 76/1992, de 14 de mayo, fueron resueltas varias cuestiones de inconstitucionalidad en relación con el que entonces era el artículo 87.2 de la LOPJ —actual 91.2— por entender, entre otros, que vulneraba el artículo 24.2 de la Constitución. La violación del art. 24.2 de la CE radicaba según los proponentes de la cuestión en el hecho de «referir al Juez de Instrucción la calificación de la legalidad del acto administrativo». Ante dichas alegaciones el Tribunal Constitucional, después de remitirse a la mencionada STC 144/1987, insistió de nuevo en la idea de que «el Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio lo cual significa que 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 enumerados en el art. 87.2 LOPJ (...)».

Uno de los primeros autores en destacar la importancia de este efecto de la naturaleza no jurisdiccional de la autorización judicial de entrada fue BARCELONA LLOP, según el cual «lo que al Juez se le pide no es que enjuicie un acto administrativo: lo que se le pide es que autorice o deniegue una entrada domiciliaria en ejercicio de una función no jurisdiccional en garantía de un derecho». Y más adelante insiste en ello afirmando que el juez «está ejerciendo una función en garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio y no una función jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, por lo que carece de competencia para resolver cosa distinta del otorgamiento o denegación de la autorización solicitada». Resaltaba así el mencionado autor que, en caso de hallarse el juez ante cualquier vicio de legalidad no podía más que denegar la autorización, sin incidir en ningún otro aspecto de la actuación administrativa²¹⁶.

José María MACÍAS CASTAÑO es otro de los autores que insiste en la relevancia de la consideración de la naturaleza de la autorización judicial de entrada. Según el parecer de este autor, una de sus derivaciones es que, en tanto que «el Juez no juzga un conflicto entre terceros cuando autoriza una entrada, (...) no puede pretenderse que en esa actividad se ciña a las exigencias propias de un proceso, sino exclusivamente a aquellas que guardan relación con la función de garantía de un derecho (...)». En este extremo fundamenta el autor, por ejemplo, que en el desarrollo del proceso en sede

²¹⁴ Entre otros, los AATC 129/1990, de 26 de marzo, FJ 5.º (RTC 1990/129); 85/1992, de 30 de marzo, FJ 2.º (RTC 1992/85); 178/2002, de 14 de octubre, FJ 2.º (RTC 2002/178).

²¹⁵ STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 2.º (RTC 1992/76). En el mismo sentido, entre otros, el ATC 198/1991, de 1 de julio, FJ 3.º (RTC 1991/1998); la STC 171/1997, de 14 de octubre (RTC 1997/171).

²¹⁶ Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa*, cit., pp. 548 y 549.

judicial no sea exigible la realización de un trámite de audiencia pues «no es un ejercicio de la función jurisdiccional, ni la autorización de entrada constituye un proceso entre partes», de modo que en su caso la concesión de dicho trámite de audiencia no arraiga en el principio de contradicción entre las partes, sino en la mejor consecución del fin de garantía del derecho fundamental^{217, 218}.

B. La autorización judicial de entrada como requisito de legalidad de la actuación administrativa.

Las anteriores, sin embargo, no son las únicas derivaciones de la especial naturaleza de la autorización judicial de entrada como resolución judicial derivada del ejercicio de una función no jurisdiccional, sino en garantía de un derecho. La naturaleza no jurisdiccional de la autorización de entrada es también, a mi juicio, lo que permite que la misma desempeñe en el seno de la actividad administrativa un papel sumamente importante y absolutamente diferenciado de aquel que están llamadas a desarrollar las resoluciones judiciales dictadas al amparo del artículo 117.3 de la CE.

El mismo Tribunal Constitucional ha puesto de relieve en sus pronunciamientos esta especial imbricación de la autorización judicial de entrada en el desenvolvimiento del actuar de la Administración pública. En este sentido destaca la STC 137/1985, de 17 de octubre²¹⁹, en la que el Tribunal definió del siguiente modo la autorización judicial de entrada.

(...) se parte del principio general de autotutela coactiva con fines de ejecución forzosa en el art. 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo, «salvo cuando por Ley se exija la intervención de los Tribunales», situación excepcional esta última que conviene al supuesto que ha determinado la promoción del actual recurso de amparo. Igualmente es de notar que en tales casos la resolución del órgano de la Jurisdicción ordinaria *no es otra cosa que un eslabón más en la cadena o sucesión de actuaciones integrantes del expediente en el que es exigible esa actuación jurisdiccional* (...)

²¹⁷ José María MACÍAS CASTAÑO, «El desahucio administrativo: la problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 127, 2005, pp. 503 y 513, respectivamente.

²¹⁸ Como se recordará, PECES MORATE, que postula la naturaleza jurisdiccional de la entrada, sostiene precisamente esta opinión para argumentar «la incuestionable necesidad de que su actuación [la del juez] haya de llevarse a cabo a través de un proceso igual para todos los casos», en el que se dé audiencia al Ministerio Fiscal, al interesado y además pueda impugnarse la decisión que adopte el juez. Jesús Ernesto PECES MORATE, «La entrada en el domicilio o en otros lugares cerrados para la ejecución de actos de la Administración. Hacia un modelo garantista», en *Jueces para la democracia*, núm. 21, 1994, pp. 50-53.

²¹⁹ Se transcribe parte del FJ 5.º de la STC 137/1985, de 17 de octubre, (RTC 1985/137).

Y, tras enumerar el resto de eslabones del procedimiento de ejecución forzosa, afirma lo siguiente:

(...) esa resolución judicial de algún modo cabría reputar que se inserta en el procedimiento administrativo de ejecución forzosa (...)

Y, efectivamente, así puede considerarse, pero no solo en relación con el procedimiento de ejecución forzosa, sino también con el procedimiento o el ejercicio de las funciones de inspección atribuidas a la Administración, en el procedimiento de expropiación forzosa, en el ejercicio de la coacción directa y, en definitiva, en todas aquellas actuaciones en las que la potestad de autotutela ejecutiva se dirija a algún espacio protegido, ya por la Constitución ya por la ley, por medio de la autorización judicial de entrada.

La anterior sin embargo, es tan solo una aproximación superficial al papel que la autorización judicial de entrada está llamada a ejercer en el marco de la actuación administrativa, ya que tal es la contundencia de su encabalgamiento en la misma que no solo puede considerarse como si de un trámite más se tratara. La autorización judicial de entrada adquiere una relevancia mucho más trascendental pues, además de garantizar un derecho, deviene en un requisito de legalidad de la misma. Así la autorización de entrada incide directamente en la configuración de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración, pero no solo porque deba encajarse o insertarse en el procedimiento de turno como un trámite más, sino porque, a mi juicio, condiciona la ejecutoriedad de la previa decisión administrativa. Es decir, la autorización judicial de entrada se convierte en uno de los atributos o requisitos que ha de acumular la decisión o el acto administrativo para alcanzar la cualidad de ejecutorio y, por tanto, la posibilidad de ser llevado al plano material.

Es preciso en este punto hacer hincapié en el hecho de que la autorización judicial de entrada no se conecta con la ejecutividad del acto administrativo, según ha sido conceptualizada en el Capítulo II de este trabajo²²⁰, sino que constituye un requisito de su ejecutoriedad. Así, en nada afecta la autorización judicial de entrada, cuando proceda, a la ejecutividad del acto administrativo pues, a pesar de faltar la autorización judicial de entrada, la decisión o acto administrativos previos seguirán desplegando su fuerza imperativa. En cambio, si siendo necesaria, la Administración no dispone de la previa autorización judicial de entrada, no podrá proceder a la penetración o acceso en el

²²⁰ Véase el Capítulo III, en especial el epígrafe dedicado a *La conceptualización actual de la autotutela ejecutiva*, donde se ha intentado establecer una distinción entre el concepto de ejecutividad y ejecutoriedad. La ejecutividad, como condición de eficacia o manifestación más importante de la eficacia del acto administrativo, implica la posibilidad del acto de la Administración pública de trasladarse a la realidad jurídica y surtir los efectos para los cuales ha sido ideado, pero específicamente el de desplegar sus efectos imperativos. La ejecutoriedad, por el contrario, se refiere a la cualidad de la decisión administrativa relativa a su susceptibilidad para ser llevada al plano material, ya sea por medio de la coacción o no.

espacio domiciliario o en la propiedad privada, no se podrá proceder al ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva, porque faltará de ejecutoriedad.

Los anteriores razonamientos, por tanto, nos apartan de la conceptualización de la autorización judicial como un título judicial ejecutivo de un acto administrativo, a pesar de que ello pudiere desprenderse de alguna jurisprudencia constitucional —en concreto, la STC 199/1998, de 13 de octubre. En el comentario dedicado a la antedicha sentencia ya se ha tenido ocasión de hacer hincapié en que, desde la perspectiva de la actuación administrativa, la naturaleza de la autorización de entrada no es la de un título judicial ejecutivo del acto administrativo, sino la de un complemento indispensable de ejecutoriedad de aquellas decisiones administrativas cuya ejecución es susceptible de afectar el domicilio inviolable o la propiedad privada, según fuere el caso. Por lo tanto, ello no implica que la jurisdicción sustraiga a la Administración por medio de la autorización judicial de entrada la potestad de autotutela ejecutiva, pues sigue siendo la Administración quien la ostenta y quien, por consiguiente, ejecuta la decisión administrativa una vez cumpla todos los requisitos de legalidad, entre los que se incluye la autorización. Lo anterior, por lo demás, en nada perturba su naturaleza como resolución judicial, pero sin duda matiza y refuerza su condición como resolución judicial no jurisdiccional.

Desde la perspectiva de la actividad administrativa, la conceptualización de la autorización judicial de entrada como requisito de la legalidad de la misma se sustenta también en el articulado de la LRJAPyPAC. Como ya se ha visto en capítulos precedentes, en la regulación del procedimiento de ejecución forzosa —ámbito al que inicialmente la legislación asoció la autorización judicial de entrada con más intensidad—, el artículo 95 establece que la Administración podrá proceder a la ejecución forzosa «salvo (...) cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales»; referencia a la intervención judicial en la que perfectamente puede subsumirse la autorización judicial de entrada²²¹. Asimismo, el artículo 96.3 se remite explícitamente a la autorización judicial de entrada como requisito de legalidad del proceso de ejecución forzosa, al concebirla como exigencia inexcusable en el supuesto de acceso a domicilios.

En fin, de la conceptualización de la autorización judicial de entrada como requisito de legalidad de la actuación administrativa cabe aún extraer una última conclusión: los efectos que se derivarán de su ausencia en relación con la ejecución administrativa. Al conceptuarse la autorización como un trámite más del procedimiento de ejecución y asociarse así a la potestad de autotutela ejecutiva, a mi entender, la falta de la preceptiva autorización en la ejecución supondría que la misma fuere constitutiva de vía de hecho²²². La cobertura de la calificación como vía de hecho se hallaría en la

²²¹ Véase el epígrafe IV.2 sobre *El anclaje de la autorización judicial de entrada en el marco de la institución de la ejecución forzosa*, del capítulo tercero.

²²² En el mismo sentido, Jesús Ernesto PECES MORATE, «La entrada en domicilio o en otros lugares cerrados para la ejecución de actos de la Administración. Hacia un modelo garantista», *cit.*, p. 42.

circunstancia de constituir una clara *manque de procedure*, pues por su relevancia en la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio o el derecho a la propiedad, la ausencia de la autorización como trámite integrado en el procedimiento de ejecución implica que la Administración haya prescindido del «procedimiento legalmente establecido», según el art. 101 de la LRJAPyPAC. Es claro, además, que si la penetración se ha producido en un espacio domiciliario, a lo anterior se sumará la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Se abren entonces ante la concurrencia de una actuación material administrativa constitutiva de vía de hecho, distintas posibilidades de recurso para el administrado. Por un lado, en atención al artículo 101 de la LRJAPyPAC, podrá acudir a la vía interdictal para la defensa de su situación como poseedor o titular dominical. Por otro lado, la LRJCA pone a su disposición la posibilidad recurrir directamente ante la jurisdicción, tras haber instado la cesación de dicha actuación, según el artículo 30 de dicha ley. Y, por último, en caso de haberse producido la entrada en un domicilio constitucionalmente protegido, quedará a su disposición la vía del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, previsto también contra las actuaciones constitutivas de vía de hecho (artículos 114 a 122 de la LRJCA)²²³.

Cuestión distinta es cómo se proyectan, por un lado, los vicios que pudiera contener la autorización judicial concedida en la legalidad de la actuación administrativa ejecutiva posterior, así como en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, si la penetración fuere en dicho espacio; y, por otro lado, los efectos de las distorsiones que puedan darse entre el contenido de la autorización concedida y la actuación administrativa ejecutiva posterior. Según jurisprudencia reiterada, el hecho de que la autorización al amparo de la cual la Administración ha procedido a la ejecución contenga algún vicio sustancial, implica, de un lado, la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio —si el espacio afectado fuere domiciliario— y, del otro, la nulidad de lo actuado.

Especialmente relevante en este sentido es la motivación del auto de autorización, ya que el ejercicio ponderativo exigido para preservar el derecho a la inviolabilidad del

Igualmente, Luís MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2002, p. 1.203. Entre otras, véase la STSJ de Castilla-La Mancha 76/2001, de 24 de septiembre (JUR 2001/327598).

La mayor parte de la jurisprudencia, no obstante, simplemente lo asocia a un vicio de nulidad. Por ejemplo, la STSJ de Castilla y León 3073/2011, de 30 de diciembre (JT 2012/549) se declara la nulidad de las actuaciones inspectoras y de la sanción impuesta a resultas de la inspección en un local de farmacia sin el consentimiento del titular ni la debida autorización judicial de entrada; o en el mismo sentido la STSJ de Galicia 82/2013, de 13 de febrero (JUR 2013/100009), también en el marco de una inspección tributaria.

²²³ Sobre el uso del procedimiento especial aludido véase la STS de 20 de diciembre de 2011 (2011RJ 2012/2910) (y las que allí se citan), que estima que es cauce adecuado para impugnar las actuaciones que prescinden de la autorización de entrada para penetrar en un domicilio constitucionalmente protegido.

domicilio, que es el pilar de la función llamada a cumplir por la resolución judicial, puede solo ponerlo de manifiesto el juez con la debida motivación. Muestra de esta exigencia es la STC 139/2004, de 13 de septiembre²²⁴, en la que se resuelve un recurso de amparo por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que el recurrente fundamenta en las deficiencias de la autorización concedida por la jurisdicción para que la Administración procediera a la aprehensión de un menor declarado en situación de desamparo mediante la entrada en un domicilio. Se alega esencialmente la falta de motivación del auto por el que se autorizó la entrada, así como la falta de determinación o limitación de las circunstancias temporales en que debía llevarse a cabo. En concreto, la motivación del auto de entrada del que trae causa el recurso de amparo fue la siguiente:

Examinada la presente solicitud... se aprecia que la Administración solicitante ha tramitado regularmente el procedimiento, que entra dentro de sus competencias y, así mismo, que la entrada en el domicilio del administrado es la medida adecuada y proporcionada para lograr la plena efectividad del acto administrativo, por lo que procede conceder la autorización interesada.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional no duda en manifestarse con la siguiente contundencia:

La mera lectura del párrafo transcrito pone de manifiesto que el órgano judicial no ha exteriorizado, como resulta constitucionalmente exigible, la *ponderación* de los distintos derechos o intereses que pueden verse afectados: su contenido, de carácter genérico, podría utilizarse para casos muy diferentes, pues no recoge ninguno de los datos concretos que individualizan la situación que reclama la entrada domiciliaria. No se hace ninguna referencia a las exigencias propias de la inviolabilidad del domicilio, por un lado, y a las notas definidoras del interés de los menores, por otro, sin que (...) se haya razonado ni siquiera mínimamente respecto de la inexistencia de otros medios que siendo bastantes para la efectividad de la medida fueran menos gravosos para el derecho fundamental reconocido en el art. 18.2 CE.

Y acaba concluyendo que la falta de motivación del auto comporta la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

De este modo, al no expresarse en el Auto impugnado el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y la finalidad perseguida, ni argumentarse sobre la

²²⁴ STC 139/2004, de 13 de septiembre, FJ (RTC 2004/139).

idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio del derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtiene con ello (...), la autorización otorgada no puede considerarse que cumpla la función de garantía que constitucionalmente le corresponde, lo que implica que debamos apreciar la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) invocada en la demanda de amparo, con el pronunciamiento previsto en el art. 53 a) LOTC.

Dejan en este sentido de ser trascendentes otros elementos de la autorización como la determinación de los aspectos temporales o personales, que normalmente no se consideran suficientemente relevantes para suponer la conculcación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio o bien se entienden *subsana*dos, si los hubiere, con el posterior control que realiza el juez autorizante sobre las condiciones en las que se realizó la entrada²²⁵; aunque no falta jurisprudencia que en ausencia de la determinación de estos elementos revoque la resolución por la que se autorizó la entrada²²⁶. Sobre todo ello se volverá más adelante con mayor detalle, al abordar el contenido del auto de entrada.

Como se ha dicho, por otro lado, si se aprecia un vicio de suficiente entidad en la autorización de entrada —como la falta de motivación— para considerarla nula, la actuación material o ejecutiva llevada a cabo por la Administración bajo su amparo se considerará igualmente nula, pues se transmite dicho vicio de nulidad²²⁷. Ahora bien, esta alegación no podrá hacerla valer el administrado recurriendo contra el auto que considera viciado, pues en dicho recurso de apelación solo procede la anulación del auto, pero no pronunciamiento alguno sobre la actuación ejecutiva administrativa posterior²²⁸. Se deberá dar cauce entonces a la vía de recurso que más se adecue a las circunstancias²²⁹.

²²⁵ Entre otras, véanse la STSJ de Castilla y León (Valladolid) 694/2009, de 17 de marzo, FJ 5.º (JUR 2009/207857); la STSJ de Andalucía (Granada) 322/2003, de 3 de febrero (JUR 2003/121975); la STSJ de Cantabria 375/2009, de 8 de junio (JUR 2009/289556).

²²⁶ Ello sucede especialmente en los supuestos en los que la actividad administrativa desarrollada es en ejercicio de las funciones de inspección, a consecuencia de la clara influencia del ámbito penal en esta materia, como más adelante se detallará, en el que se exige a la orden judicial de entrada y registro una mayor concreción en su contenido.

²²⁷ En el ámbito tributario, véase la STSJ de Cataluña 910/2006, de 28 de septiembre (JUR 2007/134557), que aprecia que declarado nulo el auto que autorizó la entrada en inspección en una determinada empresa, la instrucción de un procedimiento sancionador en relación con una empresa distinta en base a los datos que fueron hallados a raíz de la autorización de entrada declarada nula, debe considerarse igualmente nula. En el mismo sentido, la STSJ 41/2008, de 17 de enero (JUR 2008/285055).

²²⁸ Entre otras, la STSJ de Navarra 760/2004, de 27 de julio (RJCA 2004/1121) o la STSJ del País Vasco 693/2005, de 14 de octubre (JUR 2006/59488).

²²⁹ STSJ de Cataluña 66/2000, de 27 de enero (JUR 2000/132748), supuesto en el que el administrado acude al procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

En cambio, cuando la irregularidad proviene de la actuación administrativa posterior en tanto que se aparta de lo establecido por la autorización, la cuestión se circunscribe únicamente al plano de la legalidad ordinaria. Lo anterior se deriva de una consolidada doctrina constitucional que arraiga en las entradas y registros en sede de sumarios penales, según la cual «una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen se mueven siempre en el plano de la legalidad ordinaria, por lo que el incumplimiento de las previsiones de la Ley de enjuiciamiento criminal no afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), “para entrar en el cual basta la orden judicial (SSTC 290/1994, y 309/1994; AATC 349/1988, 184/1993, 223/1994), ni tampoco a la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE) en sus diferentes facetas”, sino en su caso a la “validez y eficacia de los medios de prueba” (SSTC 133/1995, de 25 de septiembre F. 4; 94/1999, de 31 de mayo, F. 3; 171/1999, de 27 de septiembre, F. 11)»²³⁰. Las anteriores consideraciones se trasladan de una forma relativamente simétrica a las autorizaciones y entradas efectuadas en el marco de la actividad administrativa²³¹.

2. FUNCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA.

Determinada la naturaleza de la autorización judicial de entrada se perfila ya con claridad cuál es la función que está llamada a desempeñar: la protección de un derecho, ya sea de carácter fundamental o no. Realizada esta aproximación, es preciso, sin embargo, poner de manifiesto las distintas conceptualizaciones de las que puede ser objeto la autorización de entrada en función de la perspectiva que se tome. Así, sin alterar su misión como mecanismo de tutela de un derecho, desde la perspectiva de la Administración la autorización judicial de entrada bien puede conceptualizarse como un *obstáculo, traba o escollo* al ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva, que solo con el auxilio judicial puede desenvolverse plenamente²³². A su vez, desde la perspectiva

²³⁰ Sirva, por todas, la STC 219/2006, de 3 de julio (RTC 2006/219), de la cual se ha transcrito parte del FJ 7.º.

²³¹ Así por ejemplo, se pone de manifiesto en la STSJ de Cataluña 936/2007, de 8 de noviembre (JUR 2008/77798), en la que la ejecución llevada a cabo por la Administración se apartó de aquello que el juez estableció en la resolución autorizatoria. Ante ello, aprecia el juez no la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, sino la concurrencia de una vía de hecho, en tanto que la actuación había sido realizada sin la cobertura de la autorización judicial otorgada, de modo que se ordena su cesación y restablecimiento de la situación a su estado anterior u originario. En el mismo véase la STS de Madrid 516/1995, de 10 de mayo (RJCA 1995/527), en cuyo FJ 3.º se afirma lo siguiente «Cuestión distinta sería, y que, en todo caso, afectaría a la legalidad ordinaria del acto administrativo recurrido — no revisable a través de esta vía procesal especial— si el precinto fue o no correctamente ejecutado desde la perspectiva administrativa, extremo que nada tiene que ver con la inviolabilidad del domicilio».

²³² Sin duda esta fue el concepto más extendido de la autorización judicial de entrada tras el vuelco interpretativo que supuso la STC 22/1984, de 17 de febrero, respecto de la conjugación de la actividad administrativa y los derechos fundamentales y, especialmente, respecto del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la exigencia de una resolución judicial. Véanse, en este sentido, los trabajos de Fernando LÓPEZ RAMÓN, «La inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del

constitucional y también desde la administrativa, la autorización judicial de entrada es susceptible de conceptuarse como un *título habilitante o de legitimación* de la actuación del Poder Público susceptible de afectar la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la propiedad privada²³³. Y, en fin, desde la perspectiva del titular al derecho en cuestión, la autorización judicial de entrada no puede más que concebirse como una *restricción, límite o excepción* a dicho derecho. Estos planteamientos, de difícil conjugación entre sí, se derivan de aproximaciones tangenciales a la institución, que como tales solo pueden llevarnos a concepciones sesgadas, de modo que es menester unificar y conciliar las distintas perspectivas aludidas.

En este sentido, el punto de partida para desentrañar la función de la autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa, reside en constatar la «colisión» entre el ejercicio de las potestades administrativas y los derechos e intereses de los ciudadanos, entre ellos el fundamental a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la propiedad privada²³⁴. En este contexto se adivina con claridad la trascendental relevancia que adquiere la norma fundamental. En definitiva es la Constitución de 1978 y la interpretación de su artículo 18.2 vertida por el Tribunal Constitucional lo que conlleva que el debido respeto a los derechos fundamentales — que ya recogía el artículo 108 de la LPA y que actualmente contiene el artículo 100.1 de la LRJAPyPAC, y que también el art. 62.1.a) de la LRJAPyPAC asume al imponer la nulidad de pleno derecho a los actos que vulneren los derechos y libertades fundamentales— deje de ser un condicionamiento en abstracto de la actuación administrativa ejecutiva, para materializarse en un concreto mecanismo: la autorización judicial de entrada. Del arraigo constitucional y protección reforzada de los derechos fundamentales trae causa la mencionada «colisión» con la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración, la cual, si bien no es contraria a la Constitución, debe atemperarse allí donde lo exija el respeto a los «derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución»²³⁵. En este marco constitucional es pues donde se fragua la verdadera función de la autorización judicial de entrada como mecanismo que, más allá

Tribunal Constitucional», cit. y de Alejandro NIETO, «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», cit. y las críticas que incorporan frente a la que califican como «rigurosa» interpretación del artículo 18.2 de la CE y de la imposición de la autorización de entrada a la ejecución administrativa.

²³³ Uno de los autores que más ha insistido en la concepción de la autorización judicial como título legitimador es Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2007, pp. 179 y ss.

Igualmente, también entre la jurisprudencia es posible encontrar alusiones a la autorización judicial de entrada como tal. Por ejemplo, el ATC 129/1990, de 26 de marzo (RTC 1990/129) se refiere a la autorización como «título habilitante»; el ATC 30/1998, de 28 de enero (RTC 1998/30), como «resolución judicial habilitante»; entre la jurisprudencia de los TSJ, entre otras, la STSJ de Valencia 1544/2004, de 4 de noviembre (JUR 2005/26086) se refiere a la «autorización judicial habilitante».

²³⁴ En estos términos enfocó ya el Tribunal Constitucional en la sentencia 22/1984, de 17 de febrero, la cuestión que se le planteaba. Véase el FJ 3.º de dicha sentencia (RTC 1984/22).

²³⁵ De nuevo, estas claves son las que el Tribunal Constitucional sentó en la STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 4.º (RTC 1984/22)

de tutelar un derecho, lo que pretende es morigerar el eterno conflicto entre el ejercicio del poder público en la consecución eficaz de los intereses generales —ejercicio de poder entre el que destaca la autotutela ejecutiva— y los derechos individuales de los ciudadanos, en esta ocasión de carácter fundamental²³⁶.

Sentado el contexto es posible unificar las distintas perspectivas y seguir concibiendo la autorización judicial como instrumento orientado a la finalidad última de garantía, tutela o protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio —y por extensión del derecho a la propiedad privada—, frente a la actuación administrativa ejecutiva coactiva. Es decir, si bien la finalidad última es la preservación de un derecho, la conceptualización finalista de la autorización judicial de entrada que permite, a mi entender, aglutinar todas las perspectivas aludidas es aquella que la concibe como *mecanismo de ponderación o equilibrio de intereses*.

De nuevo la jurisprudencia constitucional aporta la clave al respecto. Destaca en este sentido la sentencia 160/1991, de 18 de julio, pues en ella el Tribunal Constitucional, más allá de enumerar o referirse a los elementos que se someten a cognición del juez autorizante, aporta una definición de la resolución judicial recogida en el artículo 18.2 de la CE que aglutina todas las perspectivas posibles:

La garantía judicial aparece así como un *mecanismo de orden preventivo*, destinado a proteger el derecho, y no —como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución— a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 C.E. u otros valores e intereses

²³⁶ Si bien el origen primigenio de la autorización judicial de entrada se halla en el marco constitucional, es menester tener en todo momento presente que la exigencia de la autorización judicial de entrada cuando la ejecución coactiva administrativa se dirige a espacios no constitutivos de domicilio se forma en un contexto absolutamente distinto. Otra vez debe traerse a colación la STC 22/1984, pues en la misma el TC puso de manifiesto la distinta naturaleza y configuración del derecho a la propiedad privada y el derecho a la inviolabilidad del domicilio. En apretada síntesis, mientras que la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio no da tregua al ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva, la del derecho a la propiedad privada explícitamente lo hace sometiéndolo a la función social. Véase el FJ 3.º de la referida sentencia.

Como decía, en este caso a colisión de intereses no dimana del nuevo marco constitucional, sino que se deriva de la inclusión en el artículo 87.2 de la LOPJ de la manida expresión «los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular». Si bien originariamente la asimilación de estos espacios a la propiedad privada podía atribuirse a la ambigüedad del precepto, la posterior evolución legislativa no deja dudas de que es la voluntad legislativa la que antepone el derecho a la propiedad privada frente al pleno ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración. Sin embargo, este extremo —del que ya se ha dado cuenta, pero en el que debe de nuevo insistirse— no supone alteración alguna en la configuración de la función de la autorización judicial de entrada, pues la doctrina constitucional al respecto en relación con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se ha trasladado sin mutación alguna a los supuestos en los que de propiedad privada se trata.

constitucionalmente protegidos. Se trata, por tanto de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una *ponderación* previa *de intereses*, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia de consentimiento del titular»²³⁷.

El Tribunal se expresa meridianamente en la definición que aporta, de la cual deben resaltarse dos elementos. De un lado, el carácter preventivo o apriorístico de la tutela ejercida por medio de la autorización judicial de entrada, pues la intervención del órgano judicial no pretende constatar y reparar la lesión del derecho en cuestión con posterioridad a su concurrencia, sino evitarla o prevenirla, de modo que la incolumidad del derecho se mantenga intacta. Esta es sin duda otra de las características que particulariza sobremanera la autorización judicial de entrada como mecanismo de garantía de un derecho y la función del órgano judicial en este contexto. De otro lado, la intervención de la jurisdicción en garantía del derecho se concreta en la realización de un *juicio ponderativo* entre los intereses en juego; de un lado, el derecho a la inviolabilidad del domicilio —que, a pesar de ser fundamental no es absoluto— y el derecho a la propiedad privada; y, de otro lado, la consecución eficaz del interés general²³⁸.

Deberá resolver entonces el juzgador a favor de la prevalencia de uno u de otro interés en atención a determinados criterios, cumpliéndose así el fin de garantía o tutela del derecho siempre que se incorpore el debido juicio ponderativo. Así, para la consecución de este ejercicio ponderativo, se articulan una serie de condicionamientos, requisitos o elementos que debe cumplir el enjuiciamiento del órgano judicial sobre el que recae la petición de autorización judicial de entrada, lo cual es objeto de estudio en el siguiente epígrafe.

V. LA CONSECUCIÓN DEL OBJETO DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA: REQUISITOS A CUMPLIR POR LA RESOLUCIÓN JUDICIAL Y ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL.

Si existe algún aspecto relativo a la autorización judicial de entrada en el que sea patente una clara evolución y consolidación doctrinal, este es el atinente a los requisitos a cumplir por la resolución del juez autorizante y los elementos que se someten a su cognición para valorar la adecuación de la autorización. Así, desde la STC 22/1984, en la que el Tribunal Constitucional apenas incidió en estos aspectos, hasta los actuales pronunciamientos constitucionales y de nuestros tribunales superiores de justicia se constata una clara tendencia, de un lado, a ampliar y a su vez concretar el catálogo de

²³⁷ STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8.º (RTC 1991/160).

²³⁸ En el mismo sentido que la STC 160/1991, de 18 de julio, en relación con el juicio o ejercicio de ponderación a realizar por el órgano judicial, entre otros, el ATC 108/1997, de 21 de abril (RTC 1997/108) o la STC 139/2004, de 13 de septiembre (RTC 2004/139).

extremos sobre los que recae la cognición del juez y, de otro, a precisar los requisitos que debe integrar dicha resolución judicial para la consecución del fin que persigue. Extremos todos ellos sobre los que la actual legislación guarda, como en tantas otras cuestiones, silencio absoluto.

1. REQUISITOS EXIGIBLES A LA INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL EN EL MARCO DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA: MOTIVACIÓN Y CONTENIDO MÍNIMO DE LA AUTORIZACIÓN.

Para que el ejercicio ponderativo que se le encomienda al juzgado de lo contencioso-administrativo logre efectivamente la protección del derecho fundamental o del derecho a la propiedad privada, dos son los requisitos esenciales que debe reunir. De un lado, debe ser una resolución motivada; del otro, debe incluir un contenido mínimo.

A. La motivación de la resolución judicial.

Ya se ha mencionado anteriormente que la motivación de la resolución judicial autorizadora es uno de los más importantes requisitos que esta debe cumplir, pues su ausencia o deficiencia implica la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio —si la entrada se dirigiere a este espacio— además de la nulidad del auto de entrada, con las derivaciones que pueden asociársele. De hecho, este fue uno de los pocos extremos en los que el TC incidió, aunque indirectamente, en su sentencia 22/1984, de 17 de febrero, al afirmar que «(...) nada autoriza, finalmente, a pensar que el Juez a quien el permiso se pide y competente para darlo *debe funcionar con un automatismo formal*». Del frontal rechazo al automatismo de la intervención judicial no puede más que derivarse en la exigencia de motivación de la resolución y así se ha ido explicitando en la posterior jurisprudencia constitucional.

La anterior exigencia viene no solo respaldada por la jurisprudencia, sino también por el marco jurídico en el que se apoya la institución autorizante. Así, si bien el artículo 18.2 de la Constitución nada dice respecto de la exigencia de motivación de la resolución judicial, la inicial regulación del artículo 87.2 de la LOPJ exigía ya que por medio de «resolución motivada» se autorizara la entrada a los espacios protegidos por la autorización²³⁹. Cuando en 1998 se aprobó la LRJCA —trasladándose la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa— y paralelamente se modificó la LOPJ, la misma norma se encargó de recoger en el actual artículo 91.2 que «mediante auto» se resuelva la petición de autorización judicial de entrada. Habiéndose fijado legalmente que la resolución judicial debe concretarse en un auto, por imperativo del artículo 248 de la LOPJ, los autos dictados en materia de autorización de entrada deben ser

²³⁹ El interrogante que se suscitó entonces era qué tipo de resolución resultaba exigible. A falta de regulación se acudió a la norma procesal penal, en cuyos artículos 550 y 558 se exige que la entrada y registro sea ordenada por medio de «auto motivado» u «auto (...) siempre fundado». Quedaba así descartada la posibilidad de que la petición de autorización se resolviese por medio de providencia.

«siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el juez, magistrado o magistrados que los dicten».

Ahora bien, la exigencia de motivación no es sólo una exigencia formal sino que, como bien lo califica ÁLVAREZ MARTÍNEZ, se trata de un requisito *esencial*²⁴⁰. Por un lado, porque la motivación de las resoluciones judiciales se conecta de forma directa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE que, según reiterada jurisprudencia constitucional, comprende el derecho a obtener una resolución fundada en derecho como garantía frente a la arbitrariedad e *irrazonabilidad* de los poderes públicos²⁴¹. Y, por otro lado, porque cuando la resolución judicial incide en el contenido de un derecho fundamental —como es el caso cuando la autorización se dirige al domicilio inviolable— la exigencia de motivación viene, si cabe, mayormente reforzada²⁴². En estos supuestos, el TC se refiere a un «canon reforzado» de motivación, pues «las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva son distintas y más estrictas, «reforzadas» (...), cuando, a pesar de que la decisión judicial no verse directamente sobre la preservación o los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado (...), esté vinculado (...), conectado (...), o en juego (...), o quede afectado (...) por tal decisión. En tales condiciones, lo que el art. 24.1 CE exige para entender que se ha dispensado una tutela suficiente y eficaz es, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego (...), que exprese o trasluzca “una argumentación axiológica que sea respetuosa” con su contenido (...)»²⁴³.

Esta doctrina constitucional ha sido trasladada a los supuestos de autorización judicial de entrada, especialmente en los que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio resulta afectado. En este sentido, es reiterada la jurisprudencia constitucional

²⁴⁰ Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos*, cit., p. 286.

²⁴¹ Este contenido del derecho a la tutela judicial efectiva «tiene su origen en exigencias de organización del Poder Judicial, como lo demuestra la colocación sistemática del art. 120.3 y expresa la relación de vinculación del Juez con la Ley y con el sistema de fuentes del Derecho dimanante de la Constitución. Mas expresa también un derecho del justiciable y el interés legítimo de la comunidad jurídica en general de conocer las razones de la decisión que se adopta y, por tanto, el enlace de esa decisión con la Ley y el sistema general de fuentes, en cuanto aplicación de ellas que es.», según el FJ 3.º de la STC 13/1987, de 5 de febrero (RTC 1987/13). Sobre la motivación de las resoluciones judiciales como contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), entre otras, las SSTC 55/1987, de 13 de mayo (RTC 1987/55); 25/1990, de 19 de febrero (RTC 1990/25); 184/1998, de 28 de septiembre (RTC 1998/184); 99/2002, de 6 mayo (RTC 2002/99); 43/2008, de 10 de marzo (RTC 2008/43).

²⁴² Entre otras, STC 147/1999, de 4 de agosto (RTC 1999/147).

²⁴³ Sirva por todas la STC 92/2008, de 21 de julio (RTC 2008/92), de cuyo FJ 6.º se ha extraído el párrafo transcrito.

que manifiesta la necesidad de motivación de la resolución judicial²⁴⁴; jurisprudencia de entre la que procede destacar de nuevo la sentencia 139/2004, de 13 de septiembre²⁴⁵, en la que el Tribunal Constitucional ha concretado en qué consiste la exigencia de motivación de la resolución atinente a la autorización judicial de entrada en los siguientes términos:

(...) desde la perspectiva constitucional, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada y, consecuentemente, cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, si a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una *ponderación* de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las *cauteladas* precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible.

La exigencia de motivación de la autorización judicial de entrada conecta así con el fin que está llamada a desempeñar, pues no se trata de un mero formalismo ni de una intervención judicial mecánica o automática, sino que al tener como objeto la tutela de un derecho, la decisión que se adopte debe ser motivada, pues la motivación es el único modo de constatar la realización del juicio ponderativo de intereses exigible, así como la valoración de las circunstancias concretas que concurren en cada supuesto. Motivación necesaria tanto si la resolución autoriza o deniega la entrada, pues el mismo derecho a la tutela judicial efectiva se reconoce al administrado titular del interés o derecho individual, como a la Administración encargada de velar por la consecución del interés general. Dicha motivación, por lo demás, debe quedar contenida en el auto de autorización, sin que sea admisible la motivación *in aliunde*, con remisión total y completa a la petición de autorización de la Administración²⁴⁶.

Asimismo, procede recordar de nuevo que, al ser un requisito esencial de la resolución judicial, la falta de motivación o sus deficiencias conllevarán la conculcación del derecho cuya protección debía articularse por medido de la misma, con las consecuencias que pueden asociársele si dicho derecho es de carácter fundamental. La falta de motivación supondrá también la nulidad y revocación de la resolución dictada —como ponen de manifiesto numerosas sentencias de nuestros TSJ²⁴⁷— que, en caso

²⁴⁴ Entre otros, los AATC 129/1990 de 26 de marzo, FJ 5.º (RTC 1990/129); 178/2002, de 14 de octubre, FJ 2.º (RTC 2002/178) y 208/2007 de 16 de abril, FJ 2.º (RTC 2007/208). También las SSTC 137/1985, de 17 de octubre, FJ 5.º (RTC 1985/137); 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3.º (RTC 1992/76) y 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5.º (RTC 1995/50), entre otras.

²⁴⁵ STC 139/2004, de 13 de septiembre, FJ 2.º (RTC 2004/139).

²⁴⁶ Por todas, la STSJ de Cataluña 313/2012, de 22 de marzo (rec. apelación 306/2011) y las que allí se citan.

²⁴⁷ No son pocas las sentencias de nuestros TSJ en las que se anulan autos dictados en materia de autorización por carecer de la debida motivación. Entre otras, las SSTSJ del País Vasco 693/2005, de 14 de octubre, FJ 9.º (JUR 2006/59488) y 321/2009, de 11 de mayo, FJ 3.º (JUR 2009/365972); las

de ser estimatoria —es decir, haber autorizado la entrada— y de haberse realizado la misma, acarreará la nulidad de las actuaciones que se le hayan asociado; cuestión esta, sin embargo, que debe ventilarse en el correspondiente recurso ordinario contra la actividad ejecutiva posterior a la autorización²⁴⁸.

Por último, es necesario poner en relación la exigencia de motivación con uno de los aspectos procedimentales de los que ya se ha dado cuenta: la celebración de un trámite de audiencia²⁴⁹. Teniendo en cuenta que la motivación de la resolución es la manifestación del juicio ponderativo entre los intereses en conflicto al que debe responder la autorización judicial de entrada como mecanismo de tutela de un derecho, la celebración de un trámite de audiencia será de suma importancia. La audiencia, conectada directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de proscripción de la indefensión, se convierte en el supuesto de procesos de autorización judicial de entrada en el instrumento específicamente orientado a mejor contribuir a la formación de juicio del órgano judicial en tanto que permite aproximarse a los derechos e intereses del administrado en colisión con el interés general, así como a las circunstancias concurrentes. Extremos todos ellos necesarios para que se aprecie el necesario juicio ponderativo al que responde una resolución judicial motivada.

B. Contenido de la resolución judicial por la que se autoriza la entrada.

Además de la debida motivación, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un determinado espacio debe incorporar un contenido mínimo para ajustarse a su finalidad de protección de un derecho, garantizándose especialmente en este sentido que la entrada se realice sin vulnerar los derechos directamente afectados u otros derechos, más allá de lo estrictamente necesario para la consecución del fin perseguido por la Administración. Tres son los elementos sobre los que la doctrina jurisprudencial

SSTSJ de Cataluña 66/2000, de 27 de enero (JUR 2000/132748) y 313/2012, de 22 de marzo (JT 2012/442). Valga la transcripción de parte del FJ 3.º de la más reciente de las mencionadas (STSJ del País Vasco 321/2009) para ejemplificar cuándo se aprecia la falta de motivación: «Basta la mera lectura de tal resolución para constatar que, tras exponer los fundamentos jurídicos que se consideraron aplicables, se efectúa en el párrafo primero del razonamiento jurídico cuarto una aplicación sobre los hechos vaga, imprecisa, sin mención ni valoración alguna respecto de aquellos, de tal modo que sin mayor dificultad concluimos con que *el razonamiento puede ser empleado tanto para autorizar como para denegar la solicitud*; el Auto carece de motivación suficiente, no ofrece al justiciable, por su contenido abstracto, razonamiento concreto alguno que pueda discutirse o compartirse».

²⁴⁸ Se ha localizado, sin embargo, algún pronunciamiento en el que un TSJ, tras revocar el auto por el que se autorizó una entrada, procede también a declarar la nulidad de las actuaciones ejecutivas posteriores llevadas a cabo por la Administración. Véase, en este sentido, el fallo de la STSJ de Cataluña 1296/2007, de 13 de diciembre (JUR 2008/71977), en el que se «revoca íntegramente [el auto de autorización], al propio tiempo que se declara la nulidad de la entrada y registro practicados y de todas sus directas e inmediatas consecuencias». En el mismo sentido, las SSTSJ de Cataluña 526/2007, de 14 de mayo (JUR 2007/269381); 1009/2007, de 11 octubre (JT 2008/263) y la 313/2012, de 22 de marzo (JT 2012/442), entre otras.

²⁴⁹ Me remito al epígrafe III.2.A de este Capítulo dedicado a *Las distintas posturas jurisprudenciales y doctrinales respecto del trámite de audiencia*, y a la jurisprudencia que allí se cita en este sentido.

suele articular el contenido mínimo exigible en la resolución de autorización de entrada, junto a la motivación, y que se concretan en: el elemento espacial, el personal y el temporal²⁵⁰.

La exigencia de que la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un determinado espacio deba incorporar un contenido mínimo se deriva, como no podía ser de otro modo, del fin al cual está orientada dicha autorización como mecanismo preventivo de tutela de un derecho. Es decir, en tanto que la autorización está dirigida a la protección de un derecho, concediéndose la entrada, la misma debe articular suficientes «medidas o cautelas»²⁵¹ o «cautelas y circunstancias»²⁵² para que la actuación ejecutiva administrativa sea lo menos restrictiva posible del mencionado derecho. La jurisprudencia constitucional, lo expresa en los siguientes términos:

El Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto (...), *garantizando* al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca *sin más limitaciones de ésta* (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) *que aquellas que sean estrictamente indispensables* para ejecutar la resolución administrativa²⁵³.

Sin embargo, si procede destacar algún pronunciamiento constitucional en este sentido, este es la sentencia 50/1995, de 23 de febrero (sobre la herencia del duque de Hernani), atinente a la realización de una entrada domiciliaria en el ámbito de la inspección tributaria²⁵⁴. El TC discurre en dicha sentencia sobre el juicio ponderativo encargado al órgano judicial, así como acerca de los elementos sobre los que recae la cognición del juez, tras lo cual, estima el Tribunal que junto a lo anterior el órgano judicial debe igualmente «adoptar las *medidas precautorias* imprescindibles a fin de garantizar que la irrupción se produzca sin más menoscabo de la inviolabilidad que el estrictamente conducente a su finalidad» (FJ 5.º). Posteriormente, el TC concreta en qué consisten dichas medidas precautorias, con fundamento a la jurisprudencia del TEDH, con la concreción que resulta del siguiente párrafo:

²⁵⁰ Requisitos que se imponen, por demás, en estrecha conexión con la jurisprudencia del TEDH en materia de tutela del derecho a la vida privada y al domicilio. Entre otras, pueden verse las STEDH Funke c. Francia, de 25 de febrero de 1993; o Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992.

²⁵¹ Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 278.

²⁵² Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.*, p. 304.

²⁵³ Fragmento extraído del FJ 2.º *in fine* de la STC 144/1987, de 23 de septiembre (RTC 1987/144), que fue el primer pronunciamiento del TC en este sentido. La jurisprudencia constitucional posterior sigue haciendo hincapié en este extremo, entre otros, en los AATC 108/1997, de 21 de abril (RTC 1997/108); 129/1990 de 26 de marzo (RTC 1990/129); 178/2002 de 14 de octubre (RTC 2002/178); 47/2009 de 13 de febrero (RTC 2009/47). También en las SSTC 171/1997, de 14 de octubre (RTC 1997/171); 76/1992, de 14 de mayo (RTC 1992/76);

²⁵⁴ STC 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995/50).

Según esta jurisprudencia han de limitarse, entre otros extremos que no hacen al caso, el período de duración y el tiempo de la entrada, así como el número de personas que puedan acceder al domicilio, aun cuando no se identifiquen individualmente con carácter previo.

Como se desprende de lo anterior, la función de garantía de un derecho que cumple la autorización judicial de entrada también se manifiesta a través de la orientación o delimitación de la actuación administrativa a través de la fijación de unas coordenadas espaciales, temporales y personales. Se establece normalmente que la entrada se realice en un espacio determinado y durante el día, y en ocasiones se hace también referencia al número de personas autorizadas a entrar. Entre la doctrina, respecto del elemento personal, se ha propuesto que solo pueda tener acceso personal que tenga la condición de funcionario público²⁵⁵.

De este modo, se evita en último término que la concesión de la autorización resulte en un apoderamiento en blanco a la ejecución administrativa. Como afirma el TC, en caso contrario, se configuraría «de alguna manera una suspensión individualizada de este derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio» y se apoderaría a la Administración «delegando tácitamente en sus agentes la adopción de decisiones sobre aspectos esenciales de la medida restrictiva que son privativos e irrenunciables del propio Juez, como guardián de las libertades ciudadanas»²⁵⁶. Así pues, el hecho de que la autorización judicial de entrada incorpore este contenido permite en definitiva el control apriorístico por parte del órgano judicial sobre la posterior actuación ejecutiva de la Administración, garantizando al fin con la mayor precisión posible que la entrada sea estrictamente proporcional al fin perseguido²⁵⁷.

A parte de la determinación del elemento temporal, el espacial y el personal, alguna doctrina —circunscrita al ámbito de la inspección— añade un cuarto contenido: la finalidad o elemento finalista²⁵⁸. Este es, en principio, un contenido cuya concurrencia es imprescindible en la solicitud de autorización de entrada instada por la Administración, pues es claro que no es posible la petición que no concrete o determine el fin que se persigue con la actuación administrativa ejecutiva. Ahora bien, ciertamente la relevancia del este contenido teleológico se acrecienta cuando se trata de

²⁵⁵ En este sentido, Fabio PASCUA MATEO, «Las entradas administrativas en inmuebles de propiedad privada», en MARTÍN REBOLLO, Luís (dir.). *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 1, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008. p. 923.

²⁵⁶ STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7.º (RTC 1995/50).

²⁵⁷ Respecto de la exigencia de un contenido temporal, espacial y personal me remito al epígrafe V.3.C del Capítulo II, en el que se abordó de forma directa el contenido de la autorización judicial de entrada dictada para la realización de funciones de inspección, pues es en este ámbito en el que mayormente se ha desarrollado este tema.

²⁵⁸ Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 281; Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.*, pp. 306-307.

actuaciones inspectoras las cuales deben delimitarse un fin concreto como, por ejemplo, la averiguación de la comisión de una determinada infracción a través de la obtención de unos determinados datos o informaciones, de la comprobación de las condiciones de unas instalaciones, etc.; sin que puedan aceptarse solicitudes con un objeto y contenido genéricos. Ahora bien, el elemento finalista o teleológico no deja por ello de ser menos trascendente e imprescindible en el resto de contextos, pues al fin y al cabo concretar el objeto de la autorización a través del control del fin y de las actividades susceptibles ser realizadas durante la entrada, no contribuye más que al ejercicio de ponderación que le es demandado al órgano judicial para prestar la debida tutela al derecho de que se trate²⁵⁹.

A pesar de que la doctrina emanada de la STC 50/1995, de 23 de febrero —tal como ha sido expuesta hasta ahora— podría extrapolarse a cualquier ámbito de actuación administrativa ejecutiva, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional y ordinaria tiende a circunscribirla esencialmente al ámbito de la actuación administrativa en ejercicio de funciones de inspección, anclándose en el fuerte paralelismo entre la actuación inspectora y las actuaciones inquisitivas reguladas por la ley procedimental penal²⁶⁰, ámbito en el que más extensamente se ha desarrollado la doctrina respecto del contenido a incorporar por los autos de entrada y registro penales²⁶¹.

El mismo TC se encargó de así delimitarlo en la STC 69/1999, de 1 de junio²⁶², en la que se resuelve el amparo solicitado ante las actuaciones administrativas en ejecución de una sanción realizadas bajo una autorización judicial de entrada en la que no se concretaron las coordenadas antes aludidas. El Tribunal desestima el recurso, pues entiende que «[l]a mera transposición mecánica de condiciones de detalle pensadas y formuladas para supuestos del todo distintos al aquí examinado, único fundamento de la queja que examinamos, no puede arrojar otra consecuencia que su rechazo en esta sede»²⁶³. Resulta entonces que, aquellas exigencias de contenido impuestas a las autorizaciones judiciales de entrada para la realización de inspecciones domiciliarias o en otros espacios, no son a criterio del Tribunal Constitucional idénticamente aplicables a cualquier contexto pues «la exigencia constitucional de protección no será la misma

²⁵⁹ Por todas, véase la STS de 9 de octubre de 2009, FJ 7.º (JUR 2009/443892), sobre la entrada en el Pazo de Meirás, en la que el Alto Tribunal deduce lo siguiente de la jurisprudencia constitucional anterior: «[S]e constata, por tanto, la necesidad de explicitar las actividades que pueden ser llevadas a cabo en el domicilio por los órganos que corresponda de la administración».

²⁶⁰ Precisamente este es uno de los fundamentos en los que se basa la STC 50/1995, en la que tras referirse a aquellos preceptos de la LECrim. atinentes al contenido de la orden de entrada y registro afirma que, en el supuesto de la actividad inspectora que tan frecuentemente desemboca en un procedimiento de inspección, «[e]s clara, por lo dicho, la aplicación analógica de tales preceptos al caso que nos ocupa». STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7.º (RTC 1995/50).

²⁶¹ Por todas, véanse las SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10.º (RTC 1999/171) y 56/2003, de 24 de marzo, FJ 4.º (RTC 2003/56).

²⁶² STC 69/1999, de 1 de junio (RTC 1999/69).

²⁶³ STC 69/1999, de 1 de junio (RTC 1999/69), FJ 5.º.

para un registro en un domicilio personal y familiar cuyo objeto sea la búsqueda de sustancias de tráfico ilícito, que la simple entrada en local al menos parcialmente abierto al público para proceder al precinto de equipos radioelectrónicos perfectamente identificados. Ni la intensidad de la medida aflictiva ni la radicalidad del derecho a proteger pueden, pues, ser ajenos a la resolución del presente supuesto»²⁶⁴.

Lo que en definitiva postula el Tribunal Constitucional es una graduación de la intensidad del control judicial que no solo opera en atención a la actividad administrativa que persigue la entrada, sino que también se establece en atención al espacio objeto de la entrada —domicilio o propiedad privada—, pues de ello depende que el derecho afectado sea de carácter fundamental o no. Es decir, las exigencias respecto del contenido de la autorización judicial de entrada se graduarán, por un lado, en atención a la naturaleza de la actividad administrativa y, por otro lado, en atención al carácter fundamental o no del derecho que pretenda protegerse. Lo anterior desembocará, sin embargo, más que en una efectiva graduación del control por parte del juez, en una exigua exigencia respecto del contenido de las resoluciones dictadas en sede de autorización de entrada fuera del ámbito del ejercicio de las funciones de inspección²⁶⁵.

²⁶⁴ FJ 5.º de la STC 69/1999, de 1 de junio (RTC 1999/69).

²⁶⁵ Sirva de ejemplo el ATC 47/2009, de 13 de febrero (RTC 2009/47), en el que el Tribunal Constitucional inadmite un recurso de amparo. Entre otras, la parte recurrente alega la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio a consecuencia de la falta de motivación del auto dictado en un procedimiento civil de desamparo de un menor para proceder a recoger al menor del domicilio. El TC razona como sigue: «Este Tribunal ha reconocido que «una vez recaída una resolución judicial que adquiera firmeza y que dé lugar, por su naturaleza y contenido, a una entrada domiciliaria, tal resolución será título bastante para esa entrada, y se habría cumplido la garantía del art. 18 CE» (STC 160/1991, de 18 de julio, F. 9), *no obstante lo cual*, en tales supuestos el órgano judicial viene, sin duda, obligado constitucionalmente a argumentar la necesidad de la medida y a *garantizar que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones que aquellas que sean estrictamente indispensables*». Concluye el TC, sin embargo que, conteniendo el auto el siguiente fragmento, «se proceda a recoger del domicilio de los mismos a la menor», «(...) se desprende que la autorización se extiende exclusivamente a lo estrictamente necesario para recoger a la menor y su necesidad viene justificada en las razones que antes apuntamos relativas al riesgo para la integridad de la menor y que justificaron también que la medida de retirada se acordase inaudita parte, de modo que también este motivo carece manifiestamente de contenido constitucional que justifique una decisión sobre el fondo».

En el mismo sentido la STSJ de Extremadura 108/2003, de 27 de noviembre, FJ 3.º (JUR 2004/58255) en la que se recurre contra el auto que deniega la autorización al no coincidir el espacio que consta en el acto que pretende ejecutarse con el que consta en la solicitud de autorización de entrada. El TSJ, en cambio, estima que ello no es relevante pues «si los equipos han sido trasladados, la autorización al Juzgado tendrá que solicitarse para el inmueble donde se encuentren, siendo allí donde se ejecute la medida cautelar que debemos reiterar no es la entrada en un inmueble en sí misma considerada sino el precinto de los equipos que es la verdadera medida provisional adoptada, por lo que la Administración dispone de un acto administrativo para proceder a su ejecución forzosa, acudiendo al lugar donde se encuentran actualmente los equipos. Así pues, lo determinantes es que la Administración ha identificado unos hechos que pueden ser constitutivos de infracción, los sujetos presuntamente responsables y la forma en que se produce la ocupación ilegal del espacio radioeléctrico, siendo la medida provisional adoptada en relación a los equipos y la actuación ilegal desarrollada, es ésta decisión la que

Las anteriores consideraciones se plasman en la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, pues en gran parte de los supuestos en los que se revoca la autorización por faltar en su contenido la especificación de aspectos temporales, espaciales o personales, la actividad administrativa se circunscribe a la inspección^{266, 267}. Abundan igualmente aquellos pronunciamientos que estiman que la falta de las coordenadas mencionadas no supone conculcación alguna del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio fuera del marco de la función inspectora²⁶⁸.

Junto a estos, sin embargo, también es preciso dar cuenta de resoluciones en las que, a pesar de que la actividad administrativa ejecutiva no se circunscribe a la inspección, la falta de determinación de los elementos temporales, espaciales o personales, supone la

habilita a la Administración para dirigirse al Juzgado a solicitar autorización en el lugar donde se está cometiendo la infracción, y comprobada por las actuaciones de investigación que se está realizando en (...), es en este lugar para el que solicita la autorización judicial, sin que el Acuerdo de 3 de marzo de 2003, pierda eficacia ante los términos en que la medida de precinto del equipo es acordada».

²⁶⁶ Entre otras, las SSTSJ de Cataluña 66/2000, de 27 de enero (JUR 2000/132748); 1296/2007, de 13 de diciembre de 2007; la STSJ de Madrid 1592/2006, de 18 de septiembre (JUR 2006/269176); la STSJ de Castilla y León (Burgos) 571/2006, de 17 de noviembre (JUR 2006/284436).

²⁶⁷ También el Tribunal Supremo se manifiesta en esta línea. Entre otras, destaca la STS de 9 de octubre de 2009 (JUR 2009/443892), cuya lectura se recomienda en tanto que realiza un cuidado acopio de la doctrina constitucional, así como del TEDH, en materia de inviolabilidad del domicilio y autorización judicial de entrada, incidiendo especialmente en el contenido que debe incorporar la autorización.

En este pronunciamiento se resuelve un recurso de casación interpuesto contra el auto que denegó la adopción de una medida cautelar de suspensión de un acuerdo que implicaba la entrada en un domicilio —el Pazo de Meirás— a efecto de realizar las comprobaciones necesarias, incluido un reportaje fotográfico, para constatar el estado de conservación del inmueble. Tras la denegación de la suspensión, la Administración obtuvo la autorización de entrada correspondiente y procedió a la entrada en el domicilio y a la realización de un reportaje fotográfico completo del mismo. El Tribunal Supremo entronca su argumentación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, pues el acuerdo de no suspensión es el que dio pie a la ejecución del acto administrativo en cuestión, tras la obtención de la debida autorizaciój. Y atribuye al auto en el que se denegó la suspensión la virtualidad de contravenir «la doctrina constitucional y del TEDH sobre la protección del domicilio» y, por lo tanto, se deduce que la actuación material posterior constituyó una vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Ello se fundamentaría, según expone el TS, en el hecho de que «se hacia necesario delimitar cuáles eran las partes del edificio respecto de las que era necesario realizar la constatación fotográfica tras la comprobación de su estado a efectos del estado de conservación del inmueble», aspecto este en el que no se incidía en el auto que denegaba la suspensión, pues contemplaba la realización de un reportaje fotográfico completo.

En mi opinión, la doctrina que el TS aplica al auto que denegó la suspensión sería susceptible de aplicarse únicamente al auto por el que se autorizó la entrada, pues dicho auto es el que da cobertura inmediata a la entrada; mientras que el auto de no suspensión lo hace solamente de modo mediato. Ello, no obstante, permite al Tribunal estimar parcialmente el recurso, manteniendo la no suspensión del acto recurrido pero a su vez acordando «la suspensión de la realización de un reportaje fotográfico completo».

²⁶⁸ STSJ de Castilla y León (Valladolid) 694/2009, de 17 de marzo, FJ 5.º (JUR 2009/207857); la STSJ de Andalucía (Granada) 322/2003, de 3 de febrero (JUR 2003/121975); la STSJ de Cantabria 375/2009, de 8 de junio (JUR 2009/289556).

revocación de la autorización concedida. Así, por ejemplo, la STSJ Cataluña 506/2004, de 29 de junio, en la que la ejecución trae causa de un acto administrativo confirmado judicialmente. La entrada para la ejecución de dicho acto fue autorizada por medio de un auto que, según alegaba el recurrente no expresaba «los días y horas durante los que debe efectuarse la entrada o el número de personas autorizadas». A criterio del TSJ catalán, al faltar dicho contenido en el auto, el mismo «viene a configurar de alguna manera una *suspensión individualizada* del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, conteniendo, desde otra perspectiva, un *apoderamiento pleno* a la Administración, delegando tácitamente en sus agentes la adopción de decisiones sobre aspectos esenciales de la medida restrictiva que son privativos e irrenunciables del propio juez, como guardián de las libertades ciudadanas, sin que la integridad de los derechos fundamentales pueda quedar a la *discrecionalidad unilateral* de la Administración pública, la ejerza o no con prudencia, por incidir sobre los valores esenciales y trascendentes de un sistema democrático que se configura como Estado de Derecho, con el norte simultáneo de la libertad y la justicia para el respeto de la dignidad de la persona»²⁶⁹. En este supuesto, el TSJ catalán estima parcialmente el recurso y autoriza por sí mismo la entrada incluyendo en la resolución todos los elementos de los que carecía el auto dictado por el juzgador *a quo*.

En el mismo sentido que la anterior, la STSJ 1592/2006 de 18 de septiembre, en la que la autorización se concede para que la Administración acceda a un domicilio en recuperación de la posesión del mismo. Se estima parcialmente el recurso interpuesto por el administrado pues el auto apelado guarda silencio sobre la dimensión temporal de la entrada —no especifica ni la duración ni el momento de realización de la misma. Entiende el TSJ madrileño que «la autorización otorgada por el Juzgado permite a la Administración utilizarla, unilateralmente, durante un periodo de tiempo indefinido, manteniendo el *sacrificio* del derecho fundamental *indefinidamente* en el tiempo, y faculta también a la Administración a que pueda entrar en el domicilio de la interesada a cualquier hora del día o de la noche, dada su indefinición al respecto. Y esta falta de pronunciamiento expreso sobre ambas cuestiones convierten en *desproporcionado el sacrificio del derecho fundamental* a la entrada en domicilio que el Juzgado ha autorizado, razón por la cual la apelación debe ser estimada, debiendo revocarse, en este aspecto, el auto apelado»²⁷⁰. Como se ha dicho, el TSJ estima parcialmente el recurso interpuesto y, en el fallo opera igual que el Tribunal catalán en el ejemplo anterior: revoca «dicho auto en el exclusivo aspecto de añadir a su parte dispositiva lo siguiente: “La entrada deberá realizarse en las horas del día, en la forma menos perjudicial para los derechos

²⁶⁹ STSJ Cataluña 506/2004, de 29 de junio, FJ 2.º (RJCA 2004/544).

²⁷⁰ STSJ de Madrid 1592/2006, de 18 de septiembre, FJ 5.º (JUR 2006/269176). Igual de contundente la STSJ Madrid 12/2013, de 10 de enero (JUR\2013\102425) para el derrumbe de una chabola al apreciar la falta de determinación de los días para proceder a la ejecución, por lo que se «pudiera dar lugar a que la autorización de entrada se pudiese prolongar indefinidamente al arbitrio del Ayuntamiento solicitante. En consecuencia, con estimación del presente motivo de impugnación, procede que acordemos que se *retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente* al dictado del Auto para que por el Juzgado de instancia otorgue la autorización con las cautelas establecidas (...)».

fundamentales de los ocupantes y en el plazo máximo de un mes, a partir de la notificación de la presente resolución a la Administración»».

Como se adivinará ya a estas alturas, la restricción de la exigencia de la determinación de los elementos temporales, personales, espaciales y finalistas exclusivamente a los supuestos de inspección, a mi juicio no puede aceptarse sin reticencias, pues parte de la tutela ejercida por el órgano judicial consiste en pautar la ejecución administrativa que se autoriza, encauzándola a través de las mencionadas coordenadas. La exigencia de este contenido en exclusiva a aquellas entradas para efectuar una inspección, comprobación, supervisión, control o pesquisa, es a mi modo de ver desacertada porque parte de una conceptualización desdibujada de los bienes jurídicos a proteger, especialmente cuando de la inviolabilidad domiciliaria se trata.

Es preciso recordar en este punto la configuración constitucional del contenido de este derecho a la inviolabilidad domiciliaria que, si bien está fuertemente instrumentado para la protección del derecho a la intimidad, en sí mismo es un derecho autónomo. Procede traer a colación algunas de las afirmaciones que al respecto vertió el TC ya en su sentencia 22/1984, según la cual «la inviolabilidad del domicilio (...) constituye un auténtico derecho fundamental de la persona (...)» y «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. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones»²⁷¹. En este sentido, algún autor ha definido el derecho a la inviolabilidad del domicilio «como garantías formales de intangibilidad», es decir, «[l]o que se considera constitucionalmente digno de protección es la limitación de acceso en sí misma, con independencia de cualquier consideración material»²⁷². Lo cual se conecta con la vertiente eminentemente negativa de dicho derecho, es decir, el reconocimiento de la facultad de exclusión del titular respecto de terceros, especialmente, de los poderes públicos. Y, en este sentido, aquello susceptible de vulnerar el derecho es la mera entrada, con independencia de la finalidad que persigue la misma²⁷³.

Por ello, exigir un mayor control por parte del órgano judicial autorizante en función de la finalidad que persigue la entrada traiciona el verdadero sentido y conceptualización del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, por extensión legislativa, del derecho a la propiedad privada. Estos razonamientos son los que me conducen a postular que, con independencia de la finalidad perseguida por la entrada, los elementos temporales, espaciales y personales en los que la misma será ejecutada deben ser en la

²⁷¹ FJ 5.º de la STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984/22).

²⁷² Luís María Díez PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, p. 308.

²⁷³ Al respecto de la conceptualización del contenido, tanto del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio como del derecho a la propiedad privada, me remito al Capítulo I de este trabajo.

medida de lo posible delimitados o pautados por el órgano judicial por medio del auto de entrada²⁷⁴. A mi juicio, la protección del derecho afectado merece en cualquier caso evitar una *suspensión indeterminada* del derecho o *habilitación en blanco* a la Administración para ejecutar la afectación sobre el mismo.

Como último apunte a este epígrafe, corresponde poner en relación lo que se lleva dicho sobre las exigencias respecto del contenido a la autorización de entrada con la doctrina emanada especialmente de la STC 160/1991, según la cual la resolución judicial que confirma la legalidad de la previa decisión o acto administrativo es susceptible de hacer las veces de autorización de entrada. Si consideramos que la total e integral protección del derecho exige que la resolución judicial incorpore el contenido arriba mencionado, deberá en estos supuestos asimismo exigirse, no bastando la confirmación de la legalidad de la actuación administrativa para dispensar la protección del derecho en cuestión —especialmente si de la inviolabilidad del domicilio se trata. En el caso de estas sentencias, pues, corresponde también que el órgano judicial haya establecido unas coordenadas temporales, espaciales y personales que, tanto como lo permitan las circunstancias, pauten la ejecución administrativa de modo que la afectación del derecho sea la mínima indispensable. Contenido sin embargo, que dichas resoluciones confirmatorias de la legalidad de la decisión administrativa previa, no suelen incorporar.

2. ELEMENTOS SOMETIDOS A LA COGNICIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL PARA VALORAR LA ADECUACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE ENTRADA.

Queda por último el estudio de los elementos que el órgano judicial debe valorar para juzgar la procedencia de conceder o denegar la autorización instada por la Administración. Como ya se ha dicho, en este sentido juega un papel destacado la jurisprudencia, que progresivamente ha ido concretando y perfilando este extremo. Así, si en la sentencia 22/1984, el Tribunal Constitucional apenas incidió en ello — simplemente se aludió a la «necesidad justificada de la penetración en el domicilio de

²⁷⁴ Elementos que incluso pueden considerarse incluidos en el auto por remisión a la solicitud de la Administración, en caso de que la misma los incorporara; del mismo modo que se admite la motivación *in aliunde* o *per relationem*. Al respecto, en la sentencia 146/1990, de 1 de octubre (RTC 1990/146), afirmó el Tribunal que «una fundamentación por remisión no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia contenida en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva». Doctrina que se reitera, entre otras, en las SSTC 174/1987, de 3 de noviembre; 27/1992, de 9 de marzo (RTC 1992/27); 105/1997, de 2 de junio (RTC 1997/105); 36/1998, de 17 de febrero (RTC 1998/36) o STC 239/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999/239), en relación con la motivación de los autos de entrada y registro expedidos en sede penal.

Se ha pronunciado a favor de que esta posibilidad se extienda a los autos de autorización de entrada en el marco de la actuación administrativa Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos*, cit., pp. 291 y 292.

En cambio, en contra, Francisco Javier MATÍA PORTILLA, *El derecho a la inviolabilidad del domicilio*, cit., p. 309 y ss.

una persona»²⁷⁵—, en la jurisprudencia posterior abundan las referencias a los elementos en los que el juez debe basar su decisión.

Debe tomarse de nuevo como punto de partida, por un lado, la finalidad perseguida por la autorización judicial de entrada —la protección de un derecho por medio de un juicio de ponderación de intereses— y, por otro lado, el absoluto rechazo del automatismo o ritualismo en el despacho de estos especiales procedimientos. Todo ello apunta ya que el elenco de extremos sobre los que recaerá la atención judicial no serán pocos, a pesar de que la jurisprudencia suele concretarlos esquemáticamente en los que a título enumerativo se presentan a continuación. Sírvanos una de las más recientes sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en materia de inviolabilidad del domicilio y autorización de entrada (administrativa) para dar cuenta de ello, en tanto que el Tribunal hace una enumeración de los mismos, en los siguientes términos:

(...) este Tribunal ha sostenido que, en estos supuestos, el Juez debe comprobar, por una parte, que *el interesado es el titular del domicilio* en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una *apariencia de legalidad*, que la entrada en el domicilio es *necesaria* para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que *no se produzcan más limitaciones* al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (...)²⁷⁶.

Así pues, pueden concretarse en tres los extremos sobre los que incide la cognición del órgano judicial. De un lado, la individualización del sujeto sobre el que ha de recaer la actuación administrativa; de otro, la apariencia de legalidad de la previa decisión administrativa y, en último término, la necesidad y proporcionalidad de la medida ejecutoria.

Antes de abordar el análisis de los anteriores extremos, creo conveniente resaltar que, como se desprende de la naturaleza de los elementos sometidos al control del órgano judicial, la correcta y adecuada cognición de los mismos dependerá de que la Administración que peticione la autorización facilite toda la información posible junto a su solicitud, finalidad que nada puede cumplir mejor que el expediente administrativo. Es totalmente acertado pues que junto a la solicitud la Administración facilite copia del expediente para facilitar la función del juez²⁷⁷.

A. Sobre la individualización del titular del derecho afectado.

²⁷⁵ FJ 3.º *in fine* de la STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984/22).

²⁷⁶ El fragmento transcrito pertenece al FJ 2.º de la STC 139/2004, de 13 de septiembre (RTC 2004/139). La cursiva es mía.

²⁷⁷ Así lo sugiere Javier OLIVÁN DEL CACHO, «La autorización judicial para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular: aspectos prácticos», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 25, 2011, p. 210.

A pesar de que la individualización del sujeto sobre el que pretende recaer la actuación administrativa pueda parecer consustancial por naturaleza a la autorización judicial de entrada —¿cómo solicitarse y concederse una autorización de entrada con desconocimiento el sujeto al cual se dirige la ejecución?— no está de más insistir en la necesidad de que el control del órgano judicial repare en este extremo, pues no son pocos los supuestos en los que se dará cierta indeterminación al respecto.

La necesaria individualización del titular arraiga, como no podía ser de otro modo, en la finalidad de la autorización judicial de entrada, pues difícilmente se conseguiría la tutela del derecho a la inviolabilidad del domicilio o a la propiedad privada si el ejercicio de ponderación a realizar por el juez no se concreta sobre los intereses que efectivamente están en conflicto, entre ellos, el interés particular del titular del derecho en cuestión. En este sentido la configuración de los derechos protegidos adquiere especial significación en orden a la determinación de la titularidad de los mismos. Como se recordará, tanto el derecho a la inviolabilidad del domicilio como el derecho a la propiedad privada —entendido en sentido amplio— se configuran como derechos con un fuerte contenido negativo, es decir, por el reconocimiento en ambos casos de la facultad de exclusión de su titular; facultad de exclusión que de ejercerse genera la necesidad de la autorización de entrada. Desde esta perspectiva, el interés particular que se confronta con el interés general es precisamente el que se deriva de la mencionada facultad de exclusión que emana del derecho a la inviolabilidad del domicilio o de derechos de contenido patrimonial.

Dicho lo anterior, el titular a individualizar y, por tanto, cuyo derecho proteger, es el titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio, con independencia de cuál sea el titular dominical del espacio destinado al desarrollo de la inviolabilidad domiciliaria. De este modo, la titularidad del derecho fundamental puede recaer en el mismo titular dominical, pero también en el arrendatario, en el precarista o incluso en aquel que ocupa sin título alguno dicho espacio, los llamados «ocupas»²⁷⁸. Otro tanto puede decirse cuando el derecho afectado sea el de propiedad privada, pues el titular dominical puede no coincidir con aquel que ostente la facultad de exclusión respecto del espacio al que se pretende la entrada²⁷⁹.

En este contexto no será extraño que la actuación administrativa se dirija contra el titular dominical —imagínese cualquier procedimiento de legalidad urbanística—, pero resulte que el interesado que en último termino ve afectado el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un tercero —por ejemplo, un arrendatario. En estos supuestos es claro que —incluso al margen de si el titular de la inviolabilidad

²⁷⁸ Sobre la titularidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio me remito al epígrafe II.2. del capítulo segundo.

²⁷⁹ Sobre la facultad de exclusión y el derecho a la propiedad privada, véase el epígrafe III.3 del capítulo segundo.

domiciliaria participó en el procedimiento administrativo previo como interesado— en el momento que deba concederse o denegarse la autorización, si en la solicitud no se individualiza efectivamente el sujeto afectado por la actuación administrativa, la autorización deberá denegarse, pues realmente no contribuiría a la tutela del derecho del particular²⁸⁰.

Desde esta perspectiva, el control de la individualización del titular del derecho por parte del órgano judicial pasa por la comprobación de que el interesado que consta en el procedimiento administrativo del que trae causa la ejecución y contra el cual se dirige la misma, se corresponda con el verdadero titular del derecho que resultará afectado con la ejecución. Se permite así también que, en un segundo plano, se constate si el titular del derecho afectado ha sufrido indefensión en el desenvolvimiento del procedimiento declarativo y ejecutivo, si le ha sido notificado el acto que pretende ejecutarse y, especialmente, permite la comprobación de si efectivamente se ha requerido el consentimiento del titular del derecho afectado, aspectos todos ellos que se abordan en el epígrafe siguiente.

²⁸⁰ A pesar de que la jurisprudencia insiste reiteradamente en la individualización del sujeto sobre al que se dirige la ejecución y titular del derecho afectado, son escasos los supuestos en los que falte —o se aprecie la falta de— esta individualización. Entre estos, destaca el que recoge la STSJ de Madrid 1008/2012, de 21 de junio (JUR 2012/316299), en la que se deniega la autorización de entrada porque «no aparece dictada orden específica de desalojo y demolición en relación al afectado», esto es el morador de la chabola a derrumbar, sino únicamente el titular de los terrenos en los que dicha chabola se halla (FJ 3.º). Vid también la STSJ de Madrid 229/2008, de 13 de febrero (JUR 2008/145744), que se expresa en los siguientes términos en el FJ 1.º: «Si bien es cierto que no se precisa de declaración negativa del titular, *al menos sí es necesario identificar al propietario o titular de la finca, con justificación documental*, en su caso, de haber sido requerido al efecto (o intentado dicho requerimiento), extremos que no constan, sin que se comparta la razón fundadora del recurso, pues *quien insta una autorización judicial de entrada tiene la carga de suministrar los datos necesarios e imprescindibles para la decisión judicial*, sin que su falta (solo imputable a la inactividad de la Administración interesada) haya de ser objeto de requerimiento de subsanación pues estamos ante la *falta de acreditación de presupuestos esenciales de la solicitud* que, además y a mayor abundamiento, no han sido siquiera justificados en esta segunda instancia». La cursiva es mía.

Existen, sin embargo, resoluciones realmente paradójicas como, por ejemplo, la STSJ de Valencia 497/2009, de 24 de abril (JUR 2009/304176), en la que se recurre la autorización concedida por el juez *a quo* para realizar una inspección en unos determinados inmuebles. Entre las alegaciones de la parte recurrente se esgrime que la misma ya no es titular de algunos de dichos inmuebles mientras que los otros han sido arrendados, de modo que respecto de los nuevos titulares u ocupantes de dichos inmuebles se produce indefensión, así como que era contra estos contra quien debía dirigirse el procedimiento administrativo. Ante lo anterior, si bien el TSJ admite que «en todo caso que a quien se debe pedir el consentimiento para la entrada en el domicilio no es al propietario, sino al titular del domicilio», estima que la titular del inmueble no puede postular la indefensión de terceros, de modo que desestima el recurso. A mi entender, en este supuesto el TSJ pasa por alto la necesidad de individualización del sujeto sobre el que recae la actuación administrativa —es decir, el titular de la inviolabilidad del domicilio—, así como la constancia de su oposición para que se realice la entrada. En atención a estos criterios, el juez *a quo* debería haber denegado la autorización solicitada impropiamente por la Administración.

Igualmente, la individualización del sujeto sobre el que recae la ejecución acarrea la individualización del espacio. Es decir, si el juez debe verificar que el sujeto contra el que se dirige la actuación administrativa es el titular del derecho en cuestión, es claro que esta operación cognitiva implicará la paralela individualización del espacio, domiciliario o no, sobre el que se proyecta la entrada. En fin, estas exigencias se trasladan en último término a la petición de autorización que la Administración dirija a la jurisdicción, en la cual deberán constar estos extremos.

En otro orden de cosas, en relación con la individualización del titular del derecho afectado destaca el papel de la jurisprudencia de alguno de nuestros TSJ, la cual ha ido completando lo establecido por la doctrina constitucional. De especial significación es la jurisprudencia del TSJ de Madrid en relación con proscripción de autorizaciones de entrada colectivas. Ya en una sentencia de 1999 el referido Tribunal se pronunció en los términos que, por su claridad y contundencia, se transcriben a continuación:

Para conseguir la autorización en cuestión se ha de seguir un procedimiento ante el Juez, proceso que como todos los judiciales, ha de estar presidido por el principio de *contradicción* y ha de estar *delimitado objetiva y subjetivamente* en relación con la pretensión ejercitada. Al tratarse de un derecho fundamental el que se ventila en el juicio las garantías procesales han de ser observadas en extremo. Por una parte como quiera que el derecho a la intimidad es un *derecho personalísimo*, *se ha de permitir un enjuiciamiento individualizado*, por ello *no resulta posible presentar una solicitud de entrada colectiva que se refiera a varios lugares que constituyan la morada de diversas personas*. Esta actuación provoca, que se tienda a realizar un análisis de conjunto, que contradice la estructura del propio derecho a la intimidad como un derecho fundamental de naturaleza individual. Llevada la técnica (...) al extremo, podría pedirse autorización para entrar en todos los domicilios de una ciudad o de un barrio, para por ejemplo realizar funciones inspectoras, y esto no resulta posible. Por tanto, *el análisis individual de los intereses en juego exige una solicitud por cada uno de los lugares que constituyan la morada de un ciudadano o una familia*, y debe, en la medida de lo posible identificar y oírse a cada uno de los moradores de la misma, al menos de aquellos mayores de edad, pues su derecho individual a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio personal también va a resultar afectado. Desde este punto de vista la solicitud (...) debió ser rechazada indicando que *debía iniciarse un procedimiento para cada autorización pretendida*. Por otra parte observa la Sala que en la relación de ocupantes de las 8 infraviviendas figura un solo ocupante por cada una de ellas y todos son de sexo masculino. Decimos esto porque normalmente estas infraviviendas constituyen la morada de una familia, de ser así como hemos dicho *resulta imprescindible identificar, en la medida de lo posible, a todos los ocupantes*, especialmente a las esposas, o convivientes de hecho de los

titulares, cuya representación, respecto de aquéllas, por mandato legal del artículo 71 del Código Civil no puede arrogarse el esposo²⁸¹.

Son abundantes los pronunciamientos posteriores del TSJ madrileño que se remiten explícitamente a los argumentos expuestos²⁸². Como se ha visto, lo que postula esencialmente el Tribunal madrileño es la necesaria individualización de los sujetos afectados por la entrada, sin que sean aceptables solicitudes colectivas, pues un análisis en conjunto de las circunstancias de hecho no sirve a la efectiva tutela de la inviolabilidad del domicilio, derecho de carácter personalísimo. De este modo, en la medida de lo posible, la Administración deberá en su solicitud identificar a todos los sujetos afectados por la ejecución administrativa e impetrar una autorización para el acceso a cada espacio protegido por la autorización, de modo que en el proceso judicial que se entable las personas afectadas puedan hacer valer sus intereses particulares y, así, el órgano judicial realizar el correspondiente juicio ponderativo con el interés general perseguido. Ello, por analogía, se supone igualmente exigible cuando la autorización sea para acceder a una propiedad privada²⁸³.

Ahora bien, la jurisprudencia admite que no en todos los supuestos podrá exigirse la individualización del sujeto titular del derecho afectado por la entrada. Los supuestos que encajan en la premisa anterior suelen ser aquellos en los que se desconoce quién o quiénes son los efectivos moradores u ocupantes de un espacio, circunstancia que suele ocurrir en viviendas «ocupadas» o en el supuesto de los llamados «pisos patera»²⁸⁴. En todo caso, sin embargo, la Administración deberá dar cuenta de la imposibilidad de identificar e individualizar los sujetos afectos a la ejecución administrativa para que pueda excepcionarse la necesaria individualización, pues solo ante las concretas

²⁸¹ FJ 3.º de la STSJ de Madrid 1217/1999, de 22 de noviembre (RJCA 1999/3772).

²⁸² Entre otras las SSTSJ de Madrid 263/2000, de 21 de marzo (RJCA 2000/2146); 4/2000 de 5 de diciembre (RJCA 2001/225); de 27 de marzo de 2001 (RJCA 2001/732); 216/2003, de 17 de febrero (JUR 2004/45879) y 909/2003, de 26 de junio (JUR 2004/13541). Además del madrileño, otros TSJ asumen esta doctrina sobre la individualización del titular y la prohibición de autos colectivos: entre otros la STSJ de Extremadura 18/2013, de 24 de enero (JUR 2013/57386);

²⁸³ En relación con proscripción de las autorizaciones colectivas, debe traerse a colación el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. En el art. 102.2 de dicha norma se prevé que cuando la práctica del embargo implique el acceso «a cualquier lugar que dependa del consentimiento de su titular, y este no lo prestara, se solicitará del juzgado competente autorización para la entrada, solicitud que se efectuará, según las circunstancias concurrentes, con carácter individualizado o de forma conjunta para varios deudores, justificando la necesidad de la entrada en domicilio o lugar donde se encuentren los bienes». Como se ve, la norma regula específicamente la posible petición de entrada para proceder al embargo conjunto de varios deudores, lo cual puede chocar con los postulados jurisprudenciales que defienden que debida la ponderación de intereses confrontados exige el análisis individual de cada uno de ellos.

²⁸⁴ Entre otras, las SSTSJ de Madrid 444/2003, de 23 de abril (JUR 2004/215816) y, especialmente, la 674/2005 de 20 mayo (JUR 2005/162873), en un supuesto de una vivienda ocupada por un grupo de inmigrantes sin identificar. También la STSJ de Cataluña 971/2010, de 21 de diciembre (JUR 2011/150341).

circunstancias de hecho el órgano judicial podrá modular y adecuar los cánones de enjuiciamiento.

B. Sobre la legalidad de la decisión administrativa cuya ejecución requiere la autorización judicial de entrada.

Cuando se ha abordado la naturaleza y la función de la autorización judicial de entrada, se ha insistido en la estrecha vinculación entre ambas como pilares de la autorización judicial de entrada. Y se ha dicho que esta interrelación implica, entre otros, que el fin de la autorización venga constreñido por su naturaleza como resolución judicial no jurisdiccional, de modo que el papel que desempeña la jurisdicción contencioso-administrativa en este especial procedimiento sea exclusivamente el de garantizar apriorísticamente la incolumidad de un derecho.

De entre los extremos que se someten al juicio valorativo del órgano judicial, aquel que pivota sobre la legalidad de la previa decisión administrativa es el que más condicionado y constreñido está por la naturaleza de la resolución judicial autorizadora pues, como se ha ido desgranando anteriormente, en estos supuestos el juez vela por la legalidad de la entrada, no por la legalidad o la ejecutividad de la actuación administrativa²⁸⁵.

Ello, sin embargo, no implica que la legalidad de la previa actuación administrativa quede absolutamente vedada a la cognición del juez, ya que determinados vicios de legalidad, por su trascendencia, si son advertidos por el órgano judicial deben acarrear ineludiblemente como consecuencia la denegación de la autorización de entrada. Y es que —a pesar de que la legalidad de la actuación administrativa no es presupuesto que garantice la legalidad de la entrada—, ¿qué otro extremo podría suponer mayor conculcación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que aquella ejecución no amparada en un título ajustado a la legalidad?

Así lo entiende el Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos. En la sentencia 137/1985, de 17 de octubre, insistió ya en que la actuación del juez no es meramente automática «sin que se hallen ausentes determinadas posibilidades de formación de juicio por parte del titular del órgano jurisdiccional». Y, en el mismo pronunciamiento, señala que entre la causas o motivos que conducen a la valoración de la adecuación de la autorización se hallan las «irregularidades trascendentes observadas en las actuaciones» de la Administración²⁸⁶. Posteriormente, el concepto de *irregularidades trascendentes* fue acotándose progresivamente. Así, en la sentencia 144/1987, el Tribunal Constitucional añadió que, entre otros, lo que el órgano judicial

²⁸⁵ Así se afirma, entre otras, en la STC 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995/50), así como en los AATC 108/1997, de 21 de abril (RTC 1997/108); 178/2002, de 14 de octubre (RTC 2002/178).

²⁸⁶ FJ 5.º de la STC 137/1985, de 17 de octubre (RTC 1985/137).

«ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que *prima facie*, parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias»²⁸⁷.

La posterior jurisprudencia constitucional, que se ha mantenido entre las líneas fijadas por las dos sentencias aludidas, se ha referido también a la «apariencia de legalidad del acto»²⁸⁸ o a la necesidad de que el acto «aparezca fundando en derecho»²⁸⁹. Y, entre los pronunciamientos de nuestros TSJ, se usan términos tales como el control de la «legalidad extrínseca» o «condiciones extrínsecas de legalidad» del acto administrativo²⁹⁰.

En definitiva, el control de legalidad que se encomienda al juzgado de lo contencioso-administrativo en sede de autorización de entrada es un control atenuado, pues, en principio solo las irregularidades que se puedan apreciar *prima facie* y sin mayores esfuerzos cognitivos, es decir, las más trascendentes, serán las que podrán motivar la denegación de la autorización judicial de entrada. En este sentido, es claro que lo que se le encomienda esencialmente al órgano judicial es la evitación de que por medio de una actuación constitutiva de *vía de hecho* la Administración penetre en un espacio domiciliario o en propiedad privada, pues ello supondría una palmaria vulneración del derecho protegido por la autorización de entrada²⁹¹. Con la acotación del control de legalidad de la actuación administrativa, que en ningún caso podrá ser plenario, se preserva en cierto modo la presunción de legalidad de la actuación administrativa, como uno de los pilares de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración.

Con el fin de prevenir una futura *vía de hecho*, la valoración del juez pasa en primer lugar por la constatación de la existencia de una previa decisión administrativa, es decir, la comprobación de que existe un acto administrativo —con mayor o menor grado de formalización en función de la actividad administrativa en cuestión— que sirva de título ejecutivo y en el que se fundamente la ejecución administrativa²⁹². El acto deberá ser, además, ejecutivo, lo que principalmente comportará la comprobación en la medida de lo posible de que este no es objeto de suspensión e, igualmente, la supervisión de su

²⁸⁷ STC 144/1987, de 23 de septiembre, FJ 2.º (RTC 1987/144). La cursiva es mía.

²⁸⁸ ATC 85/1992, de 30 de marzo, FJ (RTC 1992/85).

²⁸⁹ Así en la STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3.º (RTC 1992/76).

²⁹⁰ Entre otras en las SSTSJ de Madrid 590/2002 de 27 de mayo, FJ 2.º (JUR 2002/240216); 1640/2011, de 3 de noviembre, FJ 4.º (JUR 2012/203184); STSJ de Valencia 555/2011, de 5 de julio, FJ 4.º (JUR 2011/423042); STSJ de Navarra 242/2010, de 17 de mayo (JUR 2010/298619) o la STSJ de Cataluña 1195/2010, de 29 de octubre (JUR 2011/90975).

²⁹¹ Por todos, el ATC 198/1991, de 1 de julio, FJ 3.º (RTC 1991/1988), en el que así de claramente se dice: «basta con que el Juez examine si *prima facie* el acto administrativo es regular; o dicho con otras palabras, que el Juez excluya, a la vista de las formalidades previsibles de todo acto administrativo, la existencia de una *vía de hecho*».

²⁹² Sobre la necesidad de que exista un título en el que se fundamente la entrada véanse las SSTSJ del País Vasco 372/2010, de 26 de mayo (JUR 2010/414161) y 430/2011, de 10 de junio (JUR 2011/299679) que razonan sobre unas inspecciones motivadas por una denuncia como «título» suficiente para fundamentar la entrada domiciliaria.

notificación —cuando su ejecutividad quede sometida a la notificación—, todo ello al margen de su firmeza²⁹³. Se dirige también directamente a la proscripción de las vías de hecho el control judicial sobre la competencia de la autoridad de la que proviene la decisión a ejecutar, para evitar aquello que la doctrina francesa llama como *manque de droit*²⁹⁴.

Ahora bien, si estos son los fundamentos en los que se sustenta el control de legalidad desde la perspectiva constitucional, lo cierto es que la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia ha ido paulatinamente ampliando los elementos constituyentes de la legalidad administrativa sobre los que recae su cognición, aunque ciertamente todos ellos son elementos cuya valoración puede (y debe) realizarse *prima facie* y que, en mayor o menor medida, pueden llegar a conducir a la vía de hecho²⁹⁵.

Así, de entrada, debe ponerse de manifiesto que algunos Tribunales entienden que tal control de la legalidad se extiende a los vicios de nulidad de pleno derecho. Así se pronuncian algunos tribunales, invocando la STSJ de Navarra de 19 de junio de 2007, en la que declara que «la extensión del control judicial en este proceso judicial consiste en verificar si concurren las condiciones extrínsecas de legalidad del acto administrativo

²⁹³ Al respecto, me remito a la jurisprudencia citada a lo largo del análisis tanto de la STC 160/1991, como especialmente de la STC 199/1998, en los epígrafes II.1.A y II.1.C de este capítulo, en la que se insiste en el hecho de que la firmeza del acto es un elemento intrascendente en orden a la autorización de entrada y la relevancia recae en la constatación de que el acto es ejecutivo; salvo, claro está, que la firmeza sea requisito de su ejecutividad. En este mismo sentido, la STSJ de Madrid 817/2012, de 31 de octubre (JUR 2013/4377) o la STSJ de Valencia 555/2011, de 5 de julio (JUR 2011/423042).

²⁹⁴ En la STSJ de Valencia 2227/2011, de 30 de septiembre (JUR 2012\21962) se deniega la autorización porque el Ayuntamiento carecía de competencia para dictar el acto cuya ejecución exigía la autorización de entrada.

²⁹⁵ Entra aquí en juego la indeterminación del concepto de vía de hecho, con unos límites difusos que solo las circunstancias concomitantes en cada supuesto permiten determinar su concurrencia. Partiendo de la doble tipología de vías de hecho entre las que distinguen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, en este marco, interesarán aquellas vías de hecho que se derivan de la «inexistencia o irregularidad sustancial del acto de cobertura», pues aquellas derivadas del «exceso en la propia actividad de ejecución en sí misma considerada» no pueden ser valoradas por el órgano judicial que se encarga de realizar un control apriorístico, es decir, previo a la ejecución administrativa. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, vol. I, 2004, p. 817.

Y, como define el Tribunal Supremo en el FJ 2.º sentencia de 22 septiembre 2003 (RJ 2003/6433) siguiendo la distinción de los autores aludidos, la inexistencia o irregularidad sustancial del acto de cobertura se aprecia «cuando la actuación administrativa carece de resolución previa que le sirva de fundamento jurídico, [lo cual] se encuentra prohibido con rotundidad en el art. 93 de la LRJ-PAC. Y a dicha falta de acto previo son asimilables aquellos casos en los que, existiendo tal acto, éste se ve afectado de una irregularidad sustancial, que permite hablar de acto nulo de pleno derecho o, incluso, inexistente viéndose privado de la presunción de validez que predica de todo acto administrativo el art. 57.1 LRJ-PAC».

objeto de ejecución, lo que es equiparable a la *inexistencia de un vicio de nulidad de pleno derecho* en el mismo, o a que la Administración pretenda actuar en *vía de hecho*»²⁹⁶.

Junto a lo anterior, es preciso destacar que el control sobre la legalidad de la actuación administrativa no solo se traslada a la fase declarativa, sino también a la ejecutiva. Es decir, no solo se controla la legalidad del acto administrativo que resuelve el proceso declarativo, sino también la de la decisión por la que se acuerda la ejecución forzosa²⁹⁷. De hecho, en la sentencia 137/1995, de 17 de octubre, el Tribunal Constitucional ya insistió en que «toda ejecución supone la realización de un derecho previamente declarado en un acto, el cual a su vez ha de tener constancia formal inequívoca, certeza de su contenido y de destinatario, que dispense de la necesidad de una previa interpretación de su alcance y de su extensión y que permita su realización inmediata, integrando lo que en suma se conoce como un “título ejecutivo”. Se exige que el obligado haya conocido el acto mediante su formal notificación, y dispuesto del tiempo suficiente para el cumplimiento voluntario, que no ha realizado, siéndole concedida incluso una nueva oportunidad antes de la adopción de medidas de compulsión dentro de la vía de apremio»²⁹⁸.

²⁹⁶ Así se cita la jurisprudencia del TSJ navarro, en las SSTSJ de Madrid 10038/2011, de 1 de febrero (JUR 2011/147835); 1478/2011, de 6 octubre (JUR 2011/4323309); 640/2011, de 3 noviembre JUR 2012/203184; El TSJ de Cataluña también habla de vicios de nulidad de pleno derecho en la sentencia 1195/2010, de 29 de octubre (JUR 2011/90975); y, por supuesto, el TSJ Navarra, entre otras, en la sentencia 242/2010, de 17 de mayo (JUR 2010/298619).

²⁹⁷ Acertadamente insistente en este extremo es el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Madrid 470/2005, de 17 de noviembre (RJCA 2005/1060), en cuyo FJ 3.º, entre otros, el juzgador valora lo siguiente: «En la práctica es muy corriente encontrar solicitudes de entrada en domicilio que se efectúan a partir del acto que ordena, ej. acto que acuerda la demolición, el desalojo... sin haberse dictado acto que disponga la ejecución forzosa, ej. acto que acuerda la ejecución forzosa del acto que declaró el desalojo, la demolición... Ello entendemos no es correcto y no puede ser amparado. En la medida que la autorización de entrada lo es para la ejecución forzosa del acto administrativo es preciso no sólo el acto que ordena (art. 93.1 LRJ-PAC: “Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico”), sino también que se haya dictado el acto que acuerde la ejecución forzosa del anterior (Art.95 LRJ-PAC: “Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, ...”), y ello como dice el precepto “previo apercibimiento” (...). En el mismo sentido, la STSJ de Madrid 285/2012, de 1 de marzo, FJ 2.º (JUR 2012/204651).

²⁹⁸ FJ 5.º de la STC 137/1985, de 17 de octubre (RTC 1985/137). En el mismo sentido, la STC 171/1997, de 14 de octubre (RTC 1997/171), en la que el Tribunal afirma en el FJ 2.º que «[l]a función que incumbe al Juez de Instrucción en la ejecución administrativa, como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), no debe, en modo alguno, reducirse a la de un simple automatismo formal, que dejase desprovista aquella función garantizadora de todo *análisis valorativo tanto sobre el acto administrativo de cobertura, como sobre el mismo procedimiento de ejecución forzosa* que exige la entrada domiciliaria, así como acerca de la eventual afectación de otros derechos fundamentales y libertades públicas derivada de la ejecutoriedad del acto administrativo».

De este modo, los extremos sobre los que recae el control del juez no serán pocos, entre los que destacan los siguientes. Por un lado, la constatación de que no existen *irregularidades trascendentes* de carácter procedimental, que la jurisprudencia anuda a vicios sustanciales en la notificación del acto²⁹⁹, así como en el apercibimiento previo³⁰⁰ e incluso a la producción de indefensión a lo largo del procedimiento³⁰¹; elementos que en muchas ocasiones estarán íntimamente relacionados, pues la falta de notificación o la

²⁹⁹ Entre otras, en las SSTSJ de Extremadura 17/2004, de 24 de febrero (RJCA 2004/301) y 238/2012, de 13 de noviembre (JUR 2012/401300), al constar la falta de notificación del acto, el TSJ revoca los autos de entrada concedidos por el juez *a quo*. En la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de enero de 2003 (JUR 2003/127620), el TSJ revoca el auto por el que se autorizó la entrada, porque la notificación se realizó por la vía edictal, estimando el TSJ que en ese supuesto dicha vía *subsidiaria* de notificación no correspondía. En igual sentido, la STSJ de Valencia 987/2008, de 14 de octubre (recurso JUR 2009/26616). También la STSJ de Canarias 23/2011, de 17 de febrero (JUR 2011/380784). Repara sobremanera en la importancia de la notificación del acto a ejecutar la STSJ de Madrid 419/2010, de 8 de abril (JUR 2010/204564).

³⁰⁰ Por ejemplo, en la STSJ de Cantabria, de 22 de marzo de 2002 (JUR 2002/163053), el TSJ estima correcta la denegación de al autorización de entrada ante la «ausencia de un elemento esencial en todo procedimiento de ejecución, como son las correspondientes providencias de apremio de las deudas cuya ejecución trata de realizarse».

Cabe recordar además que la falta del apercibimiento previo constituye una vía de hecho que, como ya se ha dicho, es uno de los vicios que principalmente se encarga de controlar el órgano judicial. Sobre la consideración como vía de hecho de la falta del previo apercibimiento véase Javier BARCELONA LLOP, «Cauces de control jurisdiccional de la ejecución forzosa administrativa», en *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, coord. Por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, Vol. 2, Madrid, Civitas, 1993, pp. 1.584-1.592.

³⁰¹ En este sentido, ya se pronunció el TSJ de Madrid en la sentencia 1217/1999, de 22 de noviembre (RJCA 1999/3772), en la que se afirmaba que «función del Juez de instancia y la de este Tribunal, se extiende no sólo (...) a la competencia del órgano administrativo que dictó la Resolución y a la ausencia de indefensión por parte de los interesados, sino que muy especialmente se ha de realizar un juicio de proporcionalidad (...)». En el mismo sentido, entre otras, la STSJ de Cataluña 1045/2005, de 27 de septiembre (JT 2006/434); la STSJ de Madrid 173/2005, de 4 de febrero (JUR 2005/85769) y la STSJ de Extremadura 105/2009, de 15 de abril (JUR 2009/219597).

Ello no obstante, como ya se ha visto en el epígrafe de este capítulo dedicado al trámite de audiencia, en caso de haberse dado indefensión en el procedimiento administrativo, si el administrado participa posteriormente en el proceso judicial de autorización de entrada, dicha indefensión suele entenderse subsanada. Sirva aquí como ejemplo, además de los citados en la sede correspondiente, la STSJ de Cataluña 267/2006, de 16 de marzo, FJ 3.º (JUR 2006/255255) en la que se recurre en apelación el auto de autorización, entre otros motivos, porque los arrendatarios del inmueble no participaron como interesados en el procedimiento administrativo de restauración de la legalidad urbanística, entablado únicamente con el titular del inmueble. El TSJ desestima este motivo de apelación porque cuando se solicita la autorización el juez *a quo* da trámite a los arrendatarios, de modo que la presunta indefensión producida en la fase declarativa, se subsana en la ejecutiva por medio del procedimiento judicial de autorización de entrada.

Entre la doctrina, se refiere a la constatación de la no indefensión en la fase declarativa, Ángeles DE PALMA DEL TESO en el marco de las autorizaciones concedidas en el seno de un procedimiento de declaración de desamparo de menores, en el que las familias no colaboran con la administración y para la aprehensión del menor es necesaria autorización para penetrar en el domicilio. Ángeles DE PALMA DEL TESO, *Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2006, p. 312.

notificación defectuosa acarreará la indefensión del administrado³⁰². En el control sobre la notificación se pone en evidencia cómo los TSJ han ido ampliando el alcance del control judicial con respecto a las pautas establecidas por el TC que, por ejemplo, dijo en el auto 258/1990, que «la inexistencia de previa notificación de la Resolución administrativa y la no constatación por el órgano judicial de que se cumplían los requisitos para la ejecución forzosa, se trata de una argumentación plenamente irrelevante para la garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio»³⁰³.

Junto a lo anterior, también es preciso destacar la comprobación por parte del órgano judicial de que efectivamente la Administración ha intentado la ejecución y que esta ha fracasado, bien porque el interesado ha puesto de manifiesto su oposición, bien porque no existe consentimiento. La relevancia del enjuiciamiento de esta circunstancia radica en la configuración misma de los derechos a proteger pues, como se recordará, de consentir el administrado el acceso, decae la necesidad de autorización alguna; es decir, la autorización es solo exigible ante la oposición del administrado o en defecto de su consentimiento. Debe resaltarse que no solo frente a la oposición manifiesta, sino también en defecto del consentimiento se genera la necesidad de la autorización, lo cual trae causa de la dificultad en algunos supuestos de verificar cuál es la voluntad del administrado frente a la actividad ejecutiva. De este modo, la autorización de entrada no opera exclusivamente de forma subsidiaria al consentimiento, ya que, como bien entiende el TC, si la negativa del titular fuera requisito inexcusable para solicitar la autorización y proceder a la ejecución, en muchos supuestos la actividad administrativa quedaría paralizada³⁰⁴.

³⁰² Como ejemplo de ello, véase el ATSJ de Madrid 167/2009, de 26 de junio, FJ 3.º *in fine* (JUR 2009/352371), en la que el Tribunal se pronuncia en los siguientes términos, que no puedo más que transcribir por su lucidez: «No nos corresponde en este momento analizar si en este caso tales notificaciones edictales fueron o no correctamente realizadas, pero el hecho mismo de que *todas las actuaciones procedimentales se hayan notificado al interesado por edictos* y el hecho, también constatado en el expediente, de que éste no haya formulado alegaciones ni al pliego de cargos ni a la propuesta de resolución, pudiera hacer surgir la duda sobre la correcta práctica de tales notificaciones y, con ello, sobre el adecuado respeto del principio de *contradicción y de audiencia* en el procedimiento que ha concluido con el acto para cuya ejecución se solicita el sacrificio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Y es esta *duda razonable sobre la apariencia de legalidad formal en la tramitación de dicho procedimiento* la que nos impide, en este caso, otorgar la autorización solicitada, pues su otorgamiento antes de dictarse sentencia, en la que pueda ser analizada con plenitud dicha cuestión, supondría, en el criterio de la Sala, un sacrificio desproporcionado del derecho a la inviolabilidad del domicilio del Sr. (...). Procede, por tanto, denegar la autorización de entrada domiciliaria solicitada». La cursiva es mía.

³⁰³ FJ 2.d) del ATC 258/1990, de 18 de junio (RTC 1990/258).

³⁰⁴ En el FJ 6.º del auto 129/1990, de 26 de marzo (RTC 1990/129), el Tribunal Constitucional se pronunció en los siguientes términos: «Sostener, como hace el demandante de amparo, que el requerimiento y la negativa del interesado son condición necesaria de la eficacia habilitante de la resolución judicial y de su mismo pronunciamiento sería tanto como mantener que el auto de entrada y registro sólo surte tales efectos, y únicamente puede ser dictado contra el consentimiento del interesado, pero no en defecto del mismo. (...) esta interpretación (...) podría comprometer indefinidamente la actuación de la Inspección de los Tributos en aquellos casos, por otra parte nada difíciles de imaginar, en

De este modo, el control del juez no consiste tanto en constatar la oposición del administrado sino, como se ha dicho, en la comprobación de que la ejecución se ha intentado y fracasado. Es decir, ello implica la exigencia a la Administración de que, de un modo u otro, procure conocer cuál es la actitud del administrado ante la ejecución —recabar su consentimiento³⁰⁵— lo que normalmente llevará a cabo por los cauces de notificación y apercibimiento previo, de modo que indirectamente se conectará con la constatación de estos extremos³⁰⁶. Así lo entiende la jurisprudencia de los TSJ, que no dudan en denegar la autorización solicitada cuando la Administración no acredita la oposición, pero también cuando de las circunstancias de hecho no se desprende la imposibilidad o dificultad de obtener el consentimiento del administrado, es decir, la constatación de que se solicita la autorización en defecto de consentimiento³⁰⁷. A *sensu*

que no pudiera requerirse expresamente al interesado y no pudiera tenerse constancia de su negativa por causas incluso imputables a su conducta».

³⁰⁵ En este sentido la STSJ de Cataluña 1136/2004, de 24 de noviembre (JUR 2005/68626), en la que se hace un breve recordatorio de la doctrina constitucional sobre la exigencia de la oposición o falta de consentimiento en materia de autorización y sus matices, tras lo cual el Tribunal catalán concluye del siguiente modo (FJ 3.º *in fine*): «De las anteriores argumentaciones cabe colegir la exigencia, con carácter general y no sin excepciones, *del previo requerimiento al interesado a los efectos de que preste su consentimiento o autorización a la entrada en el domicilio*, como *requisito procedimental* de la autorización judicial solicitada, en concordancia con el principio de proporcionalidad que debe regir al efecto, siempre ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso».

³⁰⁶ Buen ejemplo de la conexión de la constatación de la oposición y la notificación es la STSJ de Valencia 354/2001, de 1 de marzo (JUR 2002/2193), en la que el Tribunal se pronuncia en los siguientes términos en el FJ 1.º *in fine*: «(...) esta Sala entiende, tras examinar el expediente administrativo presentado por la Administración al solicitar la autorización judicial, *que no se recabó antes del consentimiento del afectado* para llevarlo a efecto, esto es del titular posesorio del domicilio cuyo desahucio se decreto, *lo que exigiría la notificación de un acto administrativo*. (identificado con la solicitud de consentimiento) en el modo prescrito por la Ley de Procedimiento Administrativo común, lo que conlleva a estimar el recurso, ya que ciertamente el artículo 96.3 LPAC, presenta la autorización judicial como una medida de autoridad *supletoria de la falta de consentimiento del afectado y que presupone necesariamente dicha ausencia*, (“en su defecto”), siguiendo respecto de la entrada en domicilio para la ejecución forzosa de los actos administrativos, el mismo esquema que se desprende del artículo 18.2 CE». La cursiva es mía. Como se ve, el TSJ fundamentó en la ausencia de constatación de la oposición o defecto de consentimiento la revocación de la autorización concedida.

³⁰⁷ En este sentido, véase la STSJ de Madrid 2096/2008, de 5 de diciembre, FJ 6.º (RJCA 2009/319), en la que no se concede la autorización a una finca rústica al no constar que en ningún momento el titular se haya opuesto a la misma, ni justificar la Administración el defecto de consentimiento o la imposibilidad de obtenerlo. En igual sentido y contexto la STSJ de Madrid 1394/2008, de 30 de septiembre (JUR 2009/53466). Igualmente, la STSJ de Extremadura 72/2002, de 30 de octubre (RJCA 2000/2540), en la que la denegación de la autorización es confirmada por el TSJ extremeño, al considerarse que no se acreditan por la Administración las razones que llevan a solicitar la autorización si haberse previamente requerido a los afectados por la entrada. También la STSJ de Andalucía de 26 de julio de 2000 (JUR 2001/754136), en la que se deniega la autorización porque «no puede deducirse la negativa de (...) a la entrada en su domicilio. En efecto, de dicha diligencia en la que se hace constar que la persona que atiende al Recaudador ejecutivo: “Se halla haciendo unos trabajos de colaboración, no es de la empresa y en estos momentos no hay nadie que pueda autorizar la entrada en el domicilio (sic)”, no puede deducirse una negativa a la entrada en el domicilio ya que la persona que atiende al Recaudador no es ni representante ni empleado de la mercantil en cuyo local se pretendía

contrario, si la Administración prueba la imposibilidad de obtener el consentimiento del administrado, la autorización será habitualmente concedida³⁰⁸.

Ello no obstante, debe recordarse de nuevo que en determinados supuestos, principalmente de inspección aunque también puede darse en otros contextos³⁰⁹, se excepcionará la concurrencia de la oposición y de la falta de consentimiento y, así, del intento de ejecución, para que no se frustre la finalidad de la actuación administrativa cuando se acredite el riesgo de oposición³¹⁰.

Por último, es menester hacer hincapié en el esfuerzo de nuestros TSJ en constreñir el enjuiciamiento de legalidad a su mera apariencia, es decir, en limitarlo en un enjuiciamiento *prima facie* —aunque como se verá a continuación, existen algunas excepciones a ello. En este sentido, la jurisprudencia de los TSJ es clara, por un lado, al rechazar frontalmente aquellos motivos de recurso atinentes a cuestiones de legalidad para impugnar las autorizaciones concedidas por los juzgados de lo contencioso-administrativo³¹¹. Por otro lado, la jurisprudencia también da cuenta de algunos supuestos en los que la autorización fue denegada en instancia por motivos de fondo y

entrar, no pudiendo, en consecuencia, ni autorizar ni impedir la entrada en un local de cuya guarda no era responsable». En el mismo tono, la STSJ de Andalucía 169/2006, de 20 de marzo (RJCA 2006/304), poniendo en relación este extremo con la importancia de las comunicaciones y notificaciones con el administrado como medio para constatar su actitud frente a la ejecución administrativa, cuando se afirma que «[l]os actos de comunicación no son simples actuaciones formularias que hay que realizar de cualquier manera. Las notificaciones son instrumentales del derecho de defensa y, como tales, han de ser escrupulosamente intentadas y practicadas» (FJ 2.º).

³⁰⁸ El TSJ de Cataluña estima en la sentencia 48/2007, de 19 de enero (JUR 2007/245480), que queda acreditada la imposibilidad de obtener el consentimiento a la entrada al probar la Administración la notificación infructuosa del acto y su publicación posterior en un boletín oficial.

³⁰⁹ Así, por ejemplo, en la STSJ de Murcia 996/2006, de 19 de diciembre (JUR 2007/180200). Se trata de un supuesto de autorización solicitada por la Tesorería General de la Seguridad Social para realizar el embargo de unos bienes muebles situados en un local titularidad del administrado, que el juzgado denegó. El TSJ argumenta que la denegación de la autorización basada en la no acreditación de la oposición del titular, no se ajusta a los parámetros de la legislación —que no exige de forma expresa la oposición—, pero sobre todo al hecho de que «la Tesorería General de la Seguridad Social tenía suficientes motivos para pedir *ad cautelam* la autorización de entrada denegada, habida cuenta que el titular del negocio El Desván había impedido el embargo de bienes muebles intentado mediante una promesa de pago que luego incumplió; máxime teniendo en cuenta que no es difícil pensar dada la naturaleza de dichos bienes que el deudor pueda desprenderse de ellos para evitar que sean embargados».

³¹⁰ Sobre las especialidades de la autorización en sede de inspección entorno a la oposición, me remito al epígrafe VI.2.B del capítulo segundo.

³¹¹ Entre otras, la STSJ de Cataluña 612/2011, de 15 de julio, FJ 3.º (JUR\2011\338560) rechaza expresamente entrar en cuestiones atinentes al fondo, tal como el argumento de que «el suelo del lugar en el que se encuentra instalado el remolque sobre el que versa la resolución recurrida tenga la consideración dominio público y defender que la ejecución del acto administrativo en el que se sustenta la petición de autorización de entrada esconce un desahucio administrativo», lo cual va más allá del juicio *prima facie* al que está constreñido el juez, como recuerda el TSJ catalán. En sentido análogo las SSTSJ de Valencia 323/2012, de de junio (JUR 2013\27194) y 358/2012, de 25 de junio (JUR 2012/358989); la STSJ de Andalucía (Granada)748/2010, de 8 de noviembre (JUR 2011/123113)

que, en cambio, es concedida por el tribunal superior de turno que entiende que la denegación se basó en un análisis de la legalidad administrativa y, por lo tanto, más allá de lo que le compete en este contexto al órgano judicial³¹².

C. Sobre la proporcionalidad.

Si tuviera que establecerse una gradación o jerarquía entre los elementos que se someten a cognición del órgano judicial encargado de conocer de la autorización de entrada, sin duda ocuparía el primer lugar el juicio de proporcionalidad que le es encomendado. Lo anterior se explica fácilmente si se tiene en cuenta que lo que se pretende con la intervención judicial es la ponderación de intereses contrapuestos, ponderación que se asienta esencialmente sobre el aludido juicio de proporcionalidad.

Se recordará que la pionera STC 22/1984 refirió únicamente que el juez estaba al cargo de constatar la «necesidad justificada de la penetración en el domicilio de una persona»³¹³. En la posterior sentencia 144/1987, el Tribunal Constitucional ya perfiló de una forma más certera al juicio de proporcionalidad al establecer que por medio de la autorización el juez «actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental

³¹² Véase, por ejemplo, la STSJ de Cantabria 86/2007, de 9 de febrero (JUR 2007/218275), en la que se resuelve el recurso frente a la decisión de la juzgadora *a quo* por la que se denegó la autorización de entrada para acceder a una granja con el fin de sacrificar unos animales, porque en atención a unas pruebas sanitarias se apreció que «no [se] desprende riesgo de transmisión de la enfermedad». Ante ello, el TSJ cántabro estima el recurso y autoriza la entrada, en tanto que la denegación de la juzgadora incurre en un exceso de sus funciones al entrar en el fondo del asunto, cuando «[e]s clara la doctrina constitucional sobre el limitado alcance del control judicial sobre la autorización debatida, criterio asumido por la doctrina».

Junto a la anterior, puede resaltarse la STSJ de Cataluña 365/2006, de 6 abril (JT 2007/24), en la que se resuelve el recurso frente a la autorización denegada a la inspección de tributos, ante las dudas de que la infracción perseguida por la Administración no fuera constitutiva de delito. El TSJ catalán, en cambio, argumenta, entre otros, lo siguiente en el FJ 4.º para conceder la autorización a la Agencia Tributaria: «(...) el Auto apelado parece trascender el mero examen de apariencia de legalidad, desde el punto de vista procedimental y competencial del órgano que adopta el acto cuya ejecución se impetra, para pasar a verificar consideraciones de carácter jurídico penal, aunque no obstante de manera genérica, sin concretar los posibles tipos penales aplicables. Entiende la Sala, que en casos como el que nos ocupa, *no corresponde al Juez Contencioso-Administrativo verificar tal tipo de consideraciones, ajenas a lo que constituye la esencia de control desde la perspectiva constitucional de la inviolabilidad del domicilio*, ya que cuando como afirma la Administración en su escrito de apelación, de lo que se trata en definitiva, es de posibilitar la ejecución forzosa de un acto administrativo consistente en la autorización administrativa de entrada dictada por el Delegado especial de la AEAT en Cataluña, tendente precisamente a hacer eficaz la actuación inspectora». La cursiva es mía.

En idéntico sentido, la STSJ de Cataluña 619/2004, de 16 de septiembre, FJ 2.º (JUR 2004/287273), del mismo TSJ catalán la sentencia 779/2011, de 18 de octubre (JUR 2012/108571), especialmente interesante por el repaso jurisprudencial en materia de autorización, así como por el torno al reprender el enjuiciamiento de fondo realizado por el juez de instancia. Véase también, entre otras, la STSJ de Valencia 1457/2008, de 24 de septiembre, FJ 7.º (JUR 2009/66721), que se comentan más adelante en el texto.

³¹³ FJ 3.º *in fine* de la STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984/22).

a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es *que requiere efectivamente la entrada* en él la ejecución de un acto (...) garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca *sin más limitaciones* de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean *estrictamente indispensables* para ejecutar la resolución administrativa»³¹⁴.

La valoración de la necesidad de la entrada, así como la garantía de que esta produzca las menores restricciones posibles, se conectan directamente o constituyen el fundamento del referido juicio de proporcionalidad. La doctrina constitucional entiende que el mencionado juicio de proporcionalidad se basa en el llamado «triple test», pues consiste en la verificación de tres extremos. Por un lado, le corresponde al juez confirmar la adecuación o idoneidad de la entrada, en el sentido de que la misma sea susceptible de alcanzar el fin perseguido; se trata del llamado *juicio de idoneidad*. Por otro lado, debe juzgar si la entrada es efectivamente necesaria e indispensable para que el objeto perseguido por la Administración se alcance; es decir, si no existe otra medida menos restrictiva del derecho fundamental o más moderada que sirva al mismo propósito con idéntica eficacia; el llamado *juicio de necesidad*. Y, por último, debe realizarse el *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, es decir constatar que «la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto»³¹⁵. Por medio de este control de proporcionalidad se persigue, en definitiva, borrar cualquier traza de arbitrariedad asociada a la entrada como medida restrictiva o afectiva de un derecho.

Sin duda, es en el juicio de proporcionalidad donde más margen se le otorga al juzgador para valorar la adecuación de la entrada y mayor es el alcance de su cognición, de modo que sustancialmente el juicio de proporcionalidad es el que determina que la intervención judicial no sea un mero automatismo o una actuación mecánica. En incluso algunos tribunales refuerzan los postulados constitucionales sumando al triple test de proporcionalidad la doctrina alemana del éxito previsible, según la cual deberá denegarse la autorización cundo «cuando sea posible prever su escaso éxito»³¹⁶.

³¹⁴ STC 144/1987, de 23 septiembre, FJ .º 3 (RTC 1987/144), principio que sin excepción se ha ido recogiendo en los posteriores pronunciamientos constitucionales relativos a la inviolabilidad del domicilio y la autorización de entrada. La cursiva es mía.

³¹⁵ Sobre el juicio de proporcionalidad y el triple test, véase, por todas, la STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3.º (RTC 2006/89), de la cual se ha extraído el fragmento transcrito. Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en relación con el derecho a la propiedad privada, véase la STC 48/2005, de 3 de marzo. FJ 7.º (RTC 2005/48).

³¹⁶ El primer pronunciamiento en el que se da cuenta de ello es la STSJ de Valencia 1711/2009, de 1 de diciembre (JUR 2010/93859), junto con las más recientes del mismo órgano judicial: 1138/2012, de 29 de septiembre (JUR 2013/18802) o 1205/2012, de 9 de noviembre (JUR 2013/22532). Se suma a esta doctrina el TSJ de Extremadura en sus recientes sentencias 18/2013, de 24 de enero (JUR 2013/57386) y 53/2013, de 19 de marzo (JUR 2013/139309). Es preciso notar que, a pesar de la mención expresa al éxito previsible, no se recurre a este en ninguna ocasión para denegar la autorización solicitada.

Lo cierto es que será habitual encontrar entre la jurisprudencia pronunciamientos que incidan en la necesidad de que se incorpore el debido juicio de proporcionalidad, ante la ausencia del cual deberá revocarse el auto que conceda o deniegue la autorización³¹⁷. Así como pronunciamientos en sentido contrario, en tanto que se denegó en instancia la autorización por considerarse la entrada desproporcionada, pero en segunda instancia se concedió la misma por considerarse que se ajusta a los cánones de proporcionalidad³¹⁸.

Sin embargo, en este contexto es necesario dar cuenta de una serie de pronunciamientos, circunscritos al ámbito de la actuación inspectora de la Administración y provenientes todos ellos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en los que el juicio de proporcionalidad exigible en el procedimiento de autorización de entrada es entendido en un sentido ciertamente peculiar, en tanto que a través del mismo se amplía considerablemente el margen de cognición del juez más allá de lo que parece exigirse desde la jurisprudencia constitucional. En concreto, se trata de resoluciones en las que se estima la procedencia de la denegación de la autorización de entrada, en tanto que un plan de inspección³¹⁹, una denuncia³²⁰, o «la ausencia de datos objetivos indiciarios de cualquier ilícito en la solicitud»³²¹, no suponen fundamento suficiente para que la Administración proceda a realizar, ya no una entrada, sino una inspección al no acreditarse de un modo objetivo la necesidad de la misma. El TSJ Catalán estima así que «únicamente cuando se persiga, en un supuesto concreto, un presunto ilícito, que ha de quedar detallado, cabrá la solicitud (arts. 546, 573 y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), debiendo haber indicios de la comisión del ilícito que se persigue y los ha de haber también de obtener mediante la entrada y registro el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa»³²².

En estos supuestos, como se observará, el Tribunal catalán no enjuicia la proporcionalidad de la entrada con el fin perseguido, es decir, la proporcionalidad del

³¹⁷ Entre otras, la STSJ del País Vasco 693/2005, de 14 de octubre, FJ 9.º (JUR 2006/59488), la STSJ de Cataluña 313/2012, de 22 de marzo (JT 2012/442).

³¹⁸ En este sentido la STSJ de Cantabria de 6 de abril de 2001 (RJCA 2001/637), en la que el TSJ considera que la entrada en domicilio es apropiada para proceder al embargo de un camión, mientras que el juez a quo consideró dicha entrada desproporcionada. Al margen de la consideración sobre la proporcionalidad, parece dudoso que un camión se hallara en el domicilio del administrado; en todo caso, parece más probable que se hallara en propiedad privada, circunstancia esta que podría atenuar la exigencia de enjuiciamiento de la proporcionalidad de la entrada.

³¹⁹ En este sentido las SSTSJ de Cataluña 526/2007, de 14 de mayo (JUR 2007/269381); 939/2007, de 27 de septiembre (JT 2008/252) y 1009/2007, de 11 octubre (JT 2008/263).

³²⁰ STSJ de Cataluña 92/2007, de 1 de febrero (JT 2008/302). En contra, las SSTSJ del País Vasco 372/2010, de 26 de mayo (JUR 2010/414161) y 430/2011, de 10 de junio (JUR 2011/299679) que razonan sobre unas inspecciones motivadas por una denuncia como «título» suficiente para fundamentar la entrada domiciliaria en materia de urbanismo. Nótese que no se trata de inspecciones tributarias.

³²¹ STSJ de Cataluña 1296/2007, de 13 diciembre (JUR 2008/71977).

³²² Se cita el FJ 2.º de la STSJ de Cataluña 1071/2012, de 8 de noviembre (JUR 2013\19298).

acceso al domicilio o a la propiedad privada para la obtención de datos, documentos, etc. Por el contrario, su enjuiciamiento recae sobre la proporcionalidad de la inspección en sí misma considerada en relación con los indicios de comisión de una infracción de que dispone la Administración. Ello, sin duda, no forma parte del enjuiciamiento de proporcionalidad de la entrada, sino que se trata del enjuiciamiento de proporcionalidad de la decisión administrativa previa, cuestión esta atinente a su legalidad y, por lo tanto, en principio excluida del ámbito de cognición del juez en el procedimiento de autorización de entrada.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no repara en esfuerzos para fundamentar que el juicio de proporcionalidad se realice en este sentido acudiendo tanto a la jurisprudencia del TEDH, como a la del Tribunal Constitucional —especialmente a la sentencia 50/1995, de 23 de febrero, circunscrita al ámbito de la inspección—, así como a la jurisprudencia constitucional sobre las entradas y registros acordados en el marco penal³²³. Y, esencialmente, en la analogía que el TC predicó entre las inspecciones tributarias y las pesquisas del ámbito penal, se apoya dicho juicio de proporcionalidad. En cierto sentido, pues, el hecho de que se trate de actuaciones inspectoras —las cuales pueden y suelen desembocar en un procedimiento sancionador— ampara que el juicio de proporcionalidad recaiga sobre la decisión administrativa y no sobre la entrada *stricto sensu*. En resumidas cuentas, el Tribunal catalán entiende que ello justifica que, en último término, se enjuicie la legalidad administrativa.

No puede decirse que de este modo no se contribuya a una mayor garantía del derecho afectado por la actuación inspectora, pero ciertamente se sobrepasan los límites impuestos a la cognición del juez en el ámbito de los procedimientos de autorización de entrada, pues se deja vacía de contenido la máxima según la cual la intervención judicial no es la de juez *de la legalidad y de la ejecutividad administrativa*, sino *de la legalidad de la entrada*, como en tantas ocasiones ha reiterado el Tribunal Constitucional³²⁴. Ello crea una distancia insalvable entre los enjuiciamientos realizados por el resto de TSJ en materia de inspección que no entienden en este sentido el juicio de proporcionalidad, así como con el resto de supuestos en los que la actividad ejecutiva de la Administración se manifiesta en otros ámbitos de actuación distintos a la inspección, y que no por ello dejan de ser menos incisivos respecto del derecho afectado por la entrada administrativa.

Frente a la postura mantenida por el TSJ de Cataluña, pueden destacarse algunos pronunciamientos de otros tribunales superiores de justicia en los que se pone de

³²³ Véase el FJ 6.º de la STSJ de Cataluña 1009/2007, de 11 octubre (JT 2008/263) o el FJ 3.º de la más reciente sentencia 523/2012, de 14 de mayo, (JUR 2012\223982); o el FJ 1071/2012, de 8 de noviembre (JUR 2013/19298).

³²⁴ Entre otras, en la misma STC 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995/50), así como en los AATC 108/1997, de 21 de abril (RTC 1997/108); 178/2002, de 14 de octubre (RTC 2002/178).

manifiesto la acotación del juicio de proporcionalidad correspondiente al juez en materia de autorización de entrada debe ser ajeno a dichos juicios de legalidad³²⁵.

Así, por ejemplo, la STSJ de Valencia 1457/2008 de 24 septiembre, que resuelve un recurso contra la denegación de la entrada, también en el ámbito de una inspección tributaria. En este supuesto, el juzgador *a quo* valoró que la mera denuncia no era fundamento suficiente para la realización de la inspección, pues la denuncia provenía de un antiguo trabajador de la empresa a investigar, lo que entiende que comporta la «falta de rigor en la causa que justifique la entrada solicitada». El TSJ estima, en cambio, que la entrada sí es proporcional pues «[e]l tipo de relación que mantenga el denunciante con la empresa denunciada es un *elemento ajeno a la labor fiscalizadora que corresponde al juez en este ámbito*. Una vez que la Administración Tributaria, conforme al mandato que contiene la normativa tributaria en orden a la lucha contra el fraude fiscal, ha considerado que existen indicios suficientes de veracidad en los hechos imputados, *la labor del juez se limita al control de la legalidad de la entrada domiciliaria*, como excepción a la inviolabilidad, comprobando la necesidad real de la misma para el desarrollo de la función pública que la justifica y a la adopción de las medidas necesarias para garantizar el menor menoscabo a la inviolabilidad del domicilio»³²⁶.

Incluso algún pronunciamiento del mismo Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se defiende el juicio de proporcionalidad de la entrada al margen del de la legalidad administrativa. Con meridiana claridad se pone de manifiesto en la sentencia 619/2004, de 16 septiembre, en la que el Tribunal catalán afirmó que «el control de la proporcionalidad de la medida de entrada en el piso para la ejecución forzosa de la orden de suspensión provisional e inmediata de las obras en curso, no puede alcanzar la “proporcionalidad” de la orden de suspensión en sí misma, cuestión que pertenece al examen de su legalidad, el cual, como queda dicho, es ajeno al presente procedimiento. El control de la proporcionalidad en esta sede, se refiere a la conveniencia de la entrada en el piso para la ejecución forzosa (al no haberse cumplido voluntariamente) de la orden de suspensión de las obras»³²⁷.

Todo ello, como se ha dicho, contribuye a que se generen amplias disparidades en el enjuiciamiento de la proporcionalidad de la entrada tanto en función del Tribunal que conozca de ello, como en función de la actividad administrativa en cuestión. De extenderse esta tendencia —hasta ahora solamente observada en la jurisprudencia del TSJ de Cataluña y circunscrita al ámbito de la inspección— sin duda el perfil de la actual autorización judicial de entrada y del papel que desempeña en el contexto de la actividad administrativa sería otro distinto. El hecho de que el alcance del control judicial recaiga con mayor intensidad sobre elementos conectados de forma directa con

³²⁵ Además de las sentencias que se citan en el texto a continuación, puede verse la STSJ de Cantabria 86/2007, de 9 de febrero (JUR 2007/218275), entre otras.

³²⁶ STSJ de Valencia 1457/2008, de 24 de septiembre, FJ 7.º (JUR 2009/66721).

³²⁷ STSJ de Cataluña 619/2004, de 16 de septiembre, FJ 2.º (JUR 2004/287273).

la legalidad de la actuación administrativa, apreciando además lo que no constituye más que el margen de discrecionalidad del que dispone la Administración, supondría un punto de inflexión en la conceptualización de esta institución que exigiría, en mi opinión, una nueva y profunda reflexión sobre la misma.

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

El objeto del Capítulo que aquí concluye ha sido el de exponer el régimen que ordena la autorización de entrada como resolución judicial, con especial atención a las cuestiones competenciales y procesales, así como en relación con el alcance del control judicial ejercido a su través. Se completa así el estudio del régimen de disciplina de la autorización judicial de entrada en el marco jurídico administrativo realizado en los Capítulos precedentes.

No es mi pretensión aquí volver sobre los anteriores extremos, pues cada uno de ellos ya ha quedado detallado en su oportuno momento. Sin embargo, no puede dejar de resaltarse a modo conclusivo que, si bien esta autorización contencioso-administrativa es ya una institución consolidada en el escenario jurídico administrativo —y recurrente, como muestra una abundante jurisprudencia—, cuya naturaleza y finalidad tienen unos contornos bien definidos, son todavía muchos los claroscuros que la rodean y que se ponen de manifiesto en la disparidad de criterios en su ordenación que arrojan los pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia. Desde la determinación de los derechos tutelados por la resolución judicial, pasando por la elección del juez competente, hasta la concreción del alcance del control judicial, son cuestiones sobre las que existen disparidades jurisprudenciales.

Es claro que ello es consecuencia de un régimen legal exiguo, si no inexistente, al que los órganos judiciales han respondido en atención a criterios fijados por una jurisprudencia constitucional a veces un tanto ambigua o genérica, pero a la cual en ningún caso compete dilucidar cuestiones de legalidad ordinaria. Todo ello exige que el legislador repiense no la institución en sí —bien acogida por la Administración y la jurisprudencia, así como por el legislador mismo con la incorporación de nuevas especies de autorizaciones contencioso-administrativas, que se estudian en la Segunda Parte de este trabajo—, sino su regulación positiva en nuestro marco jurídico. Sería pues, a mi juicio, del todo conveniente que el legislador tomara cartas en el asunto y, nunca mejor dicho, ordenara el régimen de esta institución. De ahí que, al final del trabajo, en la Tercera Parte, se dediquen unas breves consideraciones a modo de propuesta de regulación de la autorización contencioso-administrativa.

SEGUNDA PARTE

OTRAS AUTORIZACIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS

La jurisdicción contencioso-administrativa ha visto en tiempos recientes cómo su ámbito de actuación se ha ido expandiendo con la asunción del ejercicio de funciones no revisoras de la legalidad administrativa, ampliándose el haz de las competencias de sus órganos con encomiendas de tutela y protección de determinados derechos de los ciudadanos frente al ejercicio del poder público. Inauguraron este nuevo haz competencial —recuérdese que primero la competencia fue asumida por el orden penal en virtud del anterior art. 87.2 de la LOPJ— el primigenio art. 8.5 de la LRJCA (actual 8.6), al atribuir a los juzgados de lo contencioso-administrativo la función de autorizar entradas en domicilios y en propiedad privada. Posteriores modificaciones de la LRJCA lo han engrosado, al reconocer a los jueces de lo contencioso administrativo la función de autorizar o ratificar la adopción de determinadas medidas sanitarias, según el art. 8.6, párrafo segundo. Asimismo, la legislación sectorial también ha contribuido a la dilatación de las funciones de la jurisdicción contencioso-administrativa en sede de autorización, con la atribución a sus órganos de la competencia para autorizar determinadas inspecciones acordadas por la Comisión Nacional de la Competencia (art. 40 de la Ley de Defensa de la Competencia, trasladadas art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA); y para autorizar la comunicación de datos personales y el cierre de páginas web o la retirada de contenidos de las mismas, en el contexto del procedimiento administrativo para la protección de la propiedad intelectual (DF 43.^a de la Ley de Economía Sostenible, trasladados a los arts. 9.2 y 122.bis de la LRJCA).

El estrecho vínculo de unión de todas las anteriores atribuciones competenciales de la jurisdicción contencioso-administrativa se enclava en el ejercicio de lo que la se conviene en llamar una función judicial no jurisdiccional, done el juez no revisa con carácter principal la legalidad de la actuación administrativa —y ni mucho menos se pronuncia al respecto—, sino que pondera y cohonesto intereses contrapuestos con la finalidad primordial de velar por los derechos del administrado frente al ejercicio de las potestades administrativas. Este es pues el tronco común que aúna todos los supuestos de autorización contencioso-administrativa que acoge la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que son en definitiva distintas especies de un mismo género.

No obstante, a pesar que de todas las autorizaciones mentadas comparten un tronco común esencial que describe su naturaleza más primaria, existen también determinados rasgos que las distinguen sobremanera. Diferencias que estriban esencialmente en el marco de la actuación administrativa al que se asocia la autorización, de un lado y, del otro, en los derechos tutelados por la resolución judicial. En cuanto al marco al que se vinculan las autorizaciones referidas, como se verá, estas autorizaciones no se imponen de forma genérica como en el caso de la autorización de entrada para la ejecución forzosa de actos administrativos, sino que cada una de ellas se asocia a un determinado ámbito de actuación administrativa, bien sea en atención a su finalidad, como las medidas sanitarias dirigidas a la tutela de la salud pública; al marco de actividad, como las inspecciones en materia de defensa de la competencia; o en atención a un específico procedimiento, como el de salvaguarda de los derechos de autor. Asimismo, estas autorizaciones irán todas ellas encaminadas a la tutela de distintos derechos fundamentales, bien por imperativo constitucional, bien porque el legislador juzga que en determinados contextos merecen una protección especial y reforzada. Junto a los anteriores, existe un tercer elemento, de carácter un tanto más abstracto, que contribuye también a distinguir las autorizaciones contencioso-administrativas y, en concreto, a diferenciar el resto de supuestos autorizadores de la autorización judicial de entrada. Esta esencial distinción radica en el hecho de que en el resto autorizaciones aquello que se somete al cedazo judicial es la decisión administrativa considerada en sí misma y no al entrada, que en suma se trata de un elemento instrumental de la ejecución administrativa. Ello condicionará el alcance del control y función del juez contencioso-administrativo, redundando como se verá en un mayor margen de cognición.

En fin, sin más preámbulos, los tres capítulos que integran esta Segunda Parte se dedican, el primero, al estudio de las autorizaciones concedidas para la adopción de «medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental», previstas en el artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA. El segundo, a las autorizaciones concedidas para «la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia», recogidas en el artículo 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA. Y, el tercero, a las autorizaciones judiciales que la LRJCA acoge en los arts. 9.2 y 122 bis en el marco de procedimientos de salvaguarda de la propiedad intelectual. En gran medida, en cada uno de los aludidos capítulos se sigue el mismo esquema que en relación con la autorización de entrada —bienes tutelados, actividad administrativa implicada y aspectos de orden competencial, procesal y relativos al alcance control judicial. Las remisiones a lo estudiado en relación con la autorización de entrada serán inevitables y constantes, pero lo que pretende destacarse de aquí en adelante son aquellos rasgos que identifican y singularizan a estas otras especies de autorizaciones contencioso-administrativas. Algunas, como la autorización de las inspecciones en materia de defensa de la competencia, comparten muchos rasgos con la de entrada; en

cambio, la autorización o ratificación de medidas sanitarias y, en especial, las autorizaciones del procedimiento de salvaguarda de los derechos de autor, son especialmente particulares.

CAPÍTULO QUINTO

LA AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS SANITARIAS

Desde el año 2000, en virtud del artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA, los juzgados de lo contencioso administrativo tienen encomendada la función de autorizar o ratificar «las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental». Un rápido repaso de la legislación en materia de protección de la salud pública —que es mucha y abarca muchos ámbitos— pone de manifiesto el amplio catálogo de facultades del que se apodera a la Administración para servir a la protección de este bien jurídico, así como la contundencia de algunas de ellas. La importancia de esta materia en nuestro tiempo, en el que la llamada sociedad del riesgo¹ exige un activo papel de los poderes públicos para la protección de la salud colectiva, justifica el alcance de dichas medidas. Ahora bien, en ningún caso se trata de un apoderamiento en blanco o absoluto, sino que se articula un conjunto de cautelas en rededor. Entre dichas cautelas destaca la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual persigue el fin primordial de tutelar la libertad y otros derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la acción del poder público. El juez está llamado de nuevo en este supuesto a cohonestar el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva de la administración y la consecución del interés general, con los derechos de los administrados.

I. ORIGEN DEL PRECEPTO Y ENCAJE EN LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA.

El segundo párrafo del artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa obra por mor del apartado primero de la disposición final decimocuarta de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que lo añadió sumando a las

¹ Se atribuye a Ulrich BECK la acuñación del concepto de «sociedad del riesgo» cuando en 1986, tras la catástrofe acontecida en Chernóbil, publicó *Risikogesellschaft (La sociedad del riesgo)*, obra en la que describe y analiza una realidad social profundamente transformada por los desarrollos y avances científicos y tecnológicos acontecidos en la segunda mitad del s. XX. Desde entonces, Beck ha ido actualizando su obra. La última reedición en español es *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Barcelona, Paidós, 2008. Es debido señalar que entre nuestra doctrina José ESTEVE PARDO ha dedicado especial atención al Derecho en el marco de la sociedad del riesgo, en obras como: *El desconcierto de Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009 o *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Barcelona, Ariel, 1999.

competencias de los jueces de lo contencioso-administrativo la de autorizar o ratificar determinadas medidas adoptadas por las autoridades sanitarias. El tenor literal del artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA es el que sigue:

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las *medidas* que las autoridades sanitarias consideren *urgentes y necesarias* para la *salud pública* e impliquen *privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental*.

El marco conceptual en el que encaja esta previsión competencial no se halla sin embargo en la LEC del año 2000 —que sirvió a los meros efectos de instrumento para operar la correspondiente modificación de la LRJCA²—, sino en la legislación en materia de salud pública que se encarga de regular las medidas de las que dispone la Administración para su protección en virtud del mandato previsto en el artículo 43.2 de la Carta Magna —organización y tutela de la salud pública³.

La regulación de la actuación administrativa en el ámbito de la salud pública se sustenta esencialmente en tres pilares legislativos: (a) la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de de Salud Pública (LOMESP); (b) la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), y (c) la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP) —las dos últimas de carácter básico. Junto a estas normas centrales, debe también tenerse en cuenta un amplio cuadro legislativo que alcanza desde la regulación de la seguridad alimentaria o la sanidad animal, hasta la protección de los consumidores y usuarios, toda ella legislación que también prevé la intervención de los poderes públicos para la protección de la salud colectiva⁴. Es preciso igualmente

² Si bien el marco conceptual de la modificación operada por la LEC en la LRJCA encaja en la legislación en materia de protección de la salud pública, la previsión de la intervención judicial autorizando medidas sanitarias se conecta en cierto modo con la LEC si se tiene en cuenta que incorporó el actual art. 763 que regula el proceso judicial para los internamientos forzados por motivo de trastornos psíquicos, derogando los anteriores arts. 211 y ss. del CC que hasta entonces se ocupaban de la materia.

³ Junto al texto constitucional es de obligada referencia la legislación internacional en materia de protección de la salud pública, así como la normativa europea, de la cual se irá dando cuenta a lo largo de estas páginas. Baste por ahora mencionar el art. 152, dedicado a la salud pública, o el art. 153, dedicado a la protección de los consumidores, del Tratado de la Unión Europea.

⁴ Entre otras, pueden citarse: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en cuyo artículo 9.2.a) se prevé que «se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas» aquellas «intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento»; la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de Sanidad Vegetal, en tanto que también contempla como uno de sus objetivos la prevención de «los riesgos que para la salud de las personas y animales y contra el medio ambiente puedan derivarse del uso de los productos fitosanitarios» [art. 1.2.d)]; la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal que incluye como finalidades perseguidas la «[l]a protección de la salud humana y animal mediante la prevención, lucha, control y, en su caso, erradicación de las enfermedades de los animales susceptibles de ser transmitidas a la especie humana o que impliquen riesgos sanitarios que comprometan la salud de los consumidores» o «[l]a prevención de los riesgos para la salud humana

traer a colación toda la legislación autonómica que, siguiendo las pautas marcadas por la LOMESP y las dos normas básicas mencionadas, regula la protección de la salud pública en el marco de las competencias autonómicas⁵. Procede prestar atención, aun someramente, a los pilares legislativos aludidos en materia de salud colectiva, en especial a la normativa orgánica y a la básica.

La Ley orgánica de Medidas Especiales en materia de Salud Pública recoge en su breve articulado un catálogo de medidas ciertamente contundentes que las autoridades sanitarias podrán adoptar «cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad» (art. 1 de la LOMESP). Entre estas se incluyen: (a) la adopción de «medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad» (art. 2 LOMESP); (b) la adopción de «medidas preventivas» así como «de control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible» (art. 3 de la LOMESP); (c) centralizar el suministro de medicamentos o «condicionar su prescripción» (art. 4 de la LOMESP). El rango orgánico de la norma se justifica en la afectación que puede llegar a suponer la puesta en práctica de las medidas previstas —por ejemplo, las hospitalizaciones o los tratamientos forzosos— en el ámbito nuclear de algunos de los derechos fundamentales recogidos en la CE —como la libertad deambulatoria o el derecho a la integridad física.

Por su parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad recoge el conjunto de actuaciones que la Administración puede adoptar para la consecución de los fines que la Ley le encomienda. Merece aquí ser destacado, por su posible incidencia en la libertad

derivados del consumo de productos alimenticios de origen animal (...)» [art. 1.2.d) y .e), respectivamente]; la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios; la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, en cuyo art. 20 se prevé que la Administración adopte, ante alimentos o piensos que puedan suponer un riesgo grave para la salud pública, las «medidas de emergencia» «que estime convenientes».

También conviene tener en cuenta en este listado el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Interesa resaltar, entre otros, el art. 15.1 de la norma, en el que se establece que «[a]nte situaciones de riesgo para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, las Administraciones públicas competentes podrán adoptar las medidas que resulten necesarias y proporcionadas para la desaparición del riesgo, incluida la intervención directa sobre las cosas y la compulsión directa sobre las personas (...)». Se trata, a mi entender, de un supuesto igualmente dirigido a la protección de la salud pública.

⁵ Entre otras, pueden citarse: la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de salud pública de Andalucía; la Ley 7/2011, de 23 de marzo, de salud pública de Extremadura; la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de salud pública de las Islas Baleares; la Ley 10/2010, de 27 de septiembre, de salud pública y seguridad alimentaria de Castilla y León; la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública de Cataluña; la Ley 4/2005, de 17 de junio, de salud pública de la Comunidad Valenciana.

y otros derechos fundamentales, el apoderamiento general a favor de la Administración realizado en el artículo 25.4, según el cual «[c]uando la actividad desarrollada tenga una repercusión excepcional y negativa en la salud de los ciudadanos, las Administraciones públicas, a través de sus órganos competentes podrán decretar la *intervención administrativa pertinente*, con el objeto de eliminar aquélla. La intervención sanitaria no tendrá más objetivo que la eliminación de los riesgos para la salud colectiva y cesará tan pronto como aquéllos queden excluidos». Son igualmente destacables las medidas, aquí descritas con un mayor grado de concreción, previstas en el artículo 26.1 de la misma Ley, según el cual ante la existencia o sospecha razonable de «de un riesgo inminente y extraordinario para la salud», las autoridades sanitarias «adoptarán las *medidas preventivas que estimen pertinentes*, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierre de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas».

De otro lado, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública prevé en su art. 54 que las autoridades sanitarias competentes, sin perjuicio de lo establecido en la LOMESP y la LGS, recurran a la adopción de «medidas especiales y cautelares» tales como la «inmovilización y (...) decomiso de productos y sustancias», la «intervención de medios materiales o personales», el «cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias», la «suspensión del ejercicio de actividades» y hasta a la adopción de «[c]ualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente». Para ello, la LGSP exige que concurren motivos «de extraordinaria gravedad o urgencia», por lo que la adopción de dichas medidas será en todo caso «con carácter excepcional».

Como se ve, tanto la LOMESP como los artículos destacados de la LGS y la LGSP dan cuenta, con mayor o menor precisión, de los distintos tipos de medidas ablativas que las autoridades sanitarias podrán acordar. La transcripción de algunos de los artículos de estas normas responde, de un lado, a la voluntad de resaltar la magnitud o alcance del contenido de dichas medidas, susceptibles de invadir lo más esencial de la esfera de derechos de los ciudadanos. Del otro, a la intención de destacar que ninguna de las normas mencionadas alude a la intervención judicial en caso de afectación de determinados derechos. Estos dos extremos han sido puestos de manifiesto ya por la doctrina que se ha ocupado de estudiar la actuación administrativa en materia de salud pública, criticando especialmente el olvido por parte del legislador de prever la intervención judicial cuando fuese necesaria, en concreto en los supuestos de que la medida restringiera el derecho a la libertad⁶, pero también deben tenerse en cuenta el

⁶ En este sentido, entre otros, Edorta COBREROS MENDAZONA, *Los Tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, pp. 363-367; César CIERCO SEIRA, *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Granada, Comares, 2006, p. 208. Crítica que debe también dirigirse a la LGSP aprobada en 2011, en la que tampoco se hace alusión alguna a la intervención judicial frente a las medidas previstas, algunas de ellas susceptibles de afectar también derechos fundamentales.

derecho a la intimidad corporal, a la integridad física o a la inviolabilidad del domicilio, entre otros. La cita a los derechos fundamentales anteriores no es casual sino deliberada, puesto que la limitación de los mismos exige en determinados supuestos la llamada «reserva judicial». No es necesario insistir en ello cuando se trata del domicilio inviolable, puesto que la literalidad del art. 18.2 así lo establece —en los términos que ya se han visto—, de modo que el imperativo constitucional rige aun a falta de previsión legal. Sin embargo, en el resto de supuestos, si bien la mediación del órgano judicial no es impuesta por la letra de la Constitución de forma expresa, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene entendiendo que dicha intervención judicial es necesaria a resultas de la relevancia del contenido de los mismos y su conexión con la dignidad humana⁷.

En el marco legislativo de garantía de la salud pública, el aludido vacío legislativo ha sido solventado mediante dos normas. De un lado, dicha laguna ha sido cubierta con la modificación operada por la LEC en el art. 8.6 de la LRJCA, añadiendo su actual segundo párrafo, que confiere a los juzgados de lo contencioso-administrativo la competencia para autorizar o ratificar la adopción de determinadas medidas sanitarias con el fin de proteger la libertad y otros derechos fundamentales de los ciudadanos. Del otro, por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, que prevé que las intervenciones clínicas necesarias para la protección de la salud colectiva realizadas a falta del consentimiento del paciente «se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas» [art. 9.2.a)]⁸. El precepto en concreto pretende resolver la problemática situación generada con los internamientos hospitalarios forzosos para la aplicación de tratamientos obligatorios en supuestos en que se entiende que ello es necesario para la protección de la salud pública y no concurre el consentimiento de los afectados, dado el impacto de dicha medida en bienes jurídicos tan importantes como la libertad o el derecho a la integridad física. No obstante, el precepto no llegó a cubrir algunos de los aspectos elementales sobre dicha intervención judicial como el orden jurisdiccional competente para ello. No obstante, debe

⁷ A todo ello me referiré con mayor detalle en breve, cuando aborde los derechos fundamentales susceptibles de ser afectados en la adopción de medidas sanitarias. Por el momento, sirva citar, a modo de anticipo, que la doctrina constitucional establece que la libertad individual, la integridad física y la intimidad corporal de las personas solo pueden ser legítimamente restringidas si media una decisión judicial que así lo estime, a pesar de que la Constitución nada diga al respecto.

⁸ Junto a la anterior previsión, la Ley de autonomía del paciente recoge una nueva intervención judicial para el supuesto de las altas forzosas (art. 21.2), sin que se designe qué jurisdicción es la competente. En algún caso la jurisprudencia ha entendido que compete a la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud del art. 8.6.2 de la LRJCA. En este sentido, véase a la STSJ de la Rioja 164/2009, de 20 de mayo (JUR 2009/292004), que se comenta más adelante en el texto.

entenderse que a la luz del actual art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA dicha competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa⁹.

Así, ambos preceptos operan de forma complementaria —aunque sin duda el art. 8.6 de la LRJCA tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que el art. 9.2.a) de la Ley 41/2002— viniendo a cubrir el vacío legislativo que denunciaba la doctrina frente a la afectación de derechos fundamentales respecto de los cuales el TC exigía la ya mencionada reserva judicial. Tengo para mí, no obstante, que la decisión de dar cabida en el marco normativo a la autorización judicial de la adopción de ciertas medidas sanitarias no responde solo a la voluntad de cubrir el aludido vacío legislativo y dar respuesta a las alertas doctrinales frente al mismo, sino también a una coyuntura socio-sanitaria muy particular acontecida a finales de la década de los 90 que sirvió de acicate definitivo¹⁰. Me refiero a la «crisis» sanitaria provocada por la encefalopatía espongiforme bovina, conocida por lo común como enfermedad de las vacas locas¹¹.

⁹ En el mismo sentido, Juan María PEMÁN GAVÍN, «Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre», en *Revista del poder judicial*, núm. 74, 2004, p. 119.

No obstante, es preciso destacar que antes de que se recogiera la autorización de medidas sanitarias en el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa, COBREROS MENDEZONA planteaba la posibilidad de que otros órdenes jurisdiccionales asumieran esta tarea. Así, este autor abogó en su trabajo de tesis doctoral (publicado en 1988) por el traslado de dicha competencia a los jueces de instrucción —argumentando entre otros que es el juez encargado de otros supuestos de privación de libertad (penas de prisión, *habeas corpus*), además de que siempre se podía acudir al juez penal de guardia— o a los jueces de instancia —discurriendo, entre otros, que la jurisdicción civil es también la encargada de los internamientos de enfermos mentales, así como la jurisdicción abocada a la tutela y protección de las personas. Edorta COBREROS MENDEZONA, *Los Tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, pp. 366-367. Tampoco tras la aprobación de la LRJCA, la creación de los juzgados de lo contencioso-administrativo y la asunción de la competencia para autorizar entradas en domicilio, este autor ha defendido la posibilidad de que sean estos los competentes, argumentando que dicho juez es «un juez “de papeles”» y que «la categoría de la ejecutividad de los actos administrativos y la elaboración sobre las medidas cautelares, realizada en el ámbito del Derecho Administrativo, no [está] adaptada para estos supuestos». Véase la transcripción del debate posterior a una de las ponencias contenidas en la obra editada por Isabel DE LA MATA BARRANCO, *Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios (Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios celebrada en Madrid el día 24 de junio de 1999)*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 269.

¹⁰ Y que vino posteriormente seguida de otras crisis como el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS), el virus de la gripe aviaria (H5N1), la gripe A (H1N1), o la más reciente causada por las infecciones de bacteria *escherichia coli*, también conocida como crisis del pepino.

¹¹ El primer caso de la enfermedad en el ganado se sitúa en Reino Unido, en febrero de 1985. En 1987 la encefalopatía espongiforme bovina (EEB) se declarada oficialmente como enfermedad. A partir de ese momento, en dicho país empiezan a tomarse medidas para el control de la enfermedad entre ganado bovino, que progresivamente se extienden a otros países europeos. En 1995 muere en Reino Unido la primera persona por la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob, resultado de la transmisión de la EEB. El primer caso de la EEB es detectado en reses españolas en el año 2000. El Ministerio de Sanidad confirma la primera muerte en España por el mal de las vacas locas en el año 2005. Hasta el año 2009 se confirmaron cuatro casos más. No obstante, es difícil establecer cuántas personas han fallecido a causa de

Probablemente la subrepticia modificación de la LRJCA mediante la aprobación de la LEC vino también en parte impulsada ante la alarma que dicha enfermedad provocó en la sociedad y que, por extensión despertó la conciencia del legislador. Siendo ello solo una intuición¹², cabe en todo caso felicitarse por la toma de postura del legislador interviniendo en este concreto ámbito de actuación de los poderes públicos pues, como ya se destacó, la dureza de algunas de las medidas previstas por la legislación exigen que la mayor cautela sea asumida para tutelar los posibles derechos restringidos, sin por ello menguar la eficacia de la actuación administrativa y la efectiva protección de la salud de todos; finalidad perfectamente avocada a cumplir la autorización o ratificación judicial prevista por el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA.

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS: LOS RASGOS IDENTIFICATIVOS DE LA AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN JUDICIAL.

El objeto de este epígrafe es analizar los elementos identificativos de la intervención de los juzgados de lo contencioso-administrativo en el marco de la adopción de medidas para la protección de la salud pública. Dichos elementos son, de un lado, los bienes jurídicos tutelados por el juez y, del otro, la actividad administrativa sujeta a la participación judicial. Ello servirá a la definición de este tipo de autorizaciones, y a su vez a su distinción del resto de supuestos autorizadores y, en especial, de la autorización judicial de entrada, de la que difiere sustancialmente a pesar de compartir rasgos identificativos esenciales.

1. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL JUEZ DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FRENTE A LAS MEDIDAS SANITARIAS: LA LIBERTAD Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La protección de la salud pública se erige como uno de los fines encomendados a los poderes públicos, según el tenor literal del art. 43.2 de la CE¹³, que lo consagra como principio rector de la política social y económica. La importancia de la tutela de la salud colectiva es palmaria, siendo además uno de los elementos vinculados al orden público.

esta dolencia puesto que, oficialmente, los casos de Creutzfeldt-Jakob sólo se confirman tras la autopsia, cuando se extrae una muestra del cerebro dañado.

¹² El proyecto de LEC presentado en el Congreso de los Diputados incluía ya la modificación del art. 8.6 de la LRJCA con la propuesta de adición del mencionado segundo párrafo, con idéntica redacción a la actual (BOCG de 13 de noviembre de 1998, Seria A, núm. 147-1, p. 167). Pasa dicha modificación absolutamente inadvertida a lo largo de toda la tramitación parlamentaria, sin que pueda deducirse de los diarios de sesiones el ánimo del legislador con la incorporación de esta nueva competencia al orden contencioso-administrativo.

¹³ Recordemos que según dicho precepto «[c]ompete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto».

Según CIERCO SEIRA, de la importancia de la salud pública se derivan una pluralidad de funciones, de entre las cuales es merecido destacar dos por su relevancia en el asunto que nos ocupa. De un lado, la concepción de la salud pública como título que justifica la intervención de la Administración y, del otro, la habilitación de la consecución de su protección como límite de los derechos y libertades de los ciudadanos¹⁴. En suma, la intervención administrativa y su injerencia en la esfera de derechos protegidos constitucionalmente están justificadas en tanto que la tutela de la salud colectiva es un fin reconocido en el art. 43.2 de la CE. En este sentido, recuérdese lo que afirmó ya el TC en la fundamental sentencia 22/1984, de 17 de febrero, donde sostiene que el sacrificio de un derecho fundamental solo es pertinente cuando «los fines sociales [perseguidos por la Administración Pública] constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad [resulte] de la propia Constitución»¹⁵. Así, y como advierte el mencionado autor, el hecho de que nuestra norma fundamental no recoja en ningún supuesto de forma explícita que la salud pública constituye un límite a los derechos y libertades fundamentales¹⁶, ello no impide que efectivamente así sea en tanto que aun fundamentales estos derechos no son absolutos. Sin embargo, para ello será necesario que el ordenamiento jurídico articule oportunamente las debidas garantías para la intervención administrativa.

En este contexto, y teniendo en cuenta el alcance de algunas de las medidas destinadas a la salvaguarda de la salud pública, se explica la incorporación por parte del legislador de la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias. Y es que si bien es

¹⁴ César CIERCO SEIRA, *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Granada, Comares, 2006, pp. 19-24.

¹⁵ Véase el FJ 3.º de la STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984/22).

¹⁶ Por el contrario, algunos instrumentos internacionales tienen en cuenta la protección de la salud colectiva como supuesto habilitante para la injerencia de los Poderes públicos en determinados y muy sensibles derechos fundamentales. Así, en el CEDH se prevé que en pos de la protección de la salud pública se limite el derecho a la vida privada y familiar, que incluye el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones (art. 8.2 del CEDH), a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9.2 del CEDH), a la libertad de expresión (art. 10.2 del CEDH), a la libertad de reunión y de asociación (art. 11.2 del CEDH) y a la libertad de circulación (art. 2.3 del Protocolo núm. 4 de 16 de noviembre de 1963). Lo mismo puede decirse del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (en adelante, PIDCP), en el que se establece que por motivos de salud pública podrán ser restringidos el derecho a la libre circulación (art. 12.3), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18.3), la libertad de expresión (art. 19.3), el derecho de reunión (art. 21) y el derecho de asociación (art. 22).

Aun sin incidencia en el escenario jurídico español, cabe citar otros instrumentos internacionales que conciben de igual modo la protección de la salud colectiva como límite a derechos y libertades fundamentales. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) —más conocida como Pacto de San José— recoge en su articulado que la libertad de conciencia y de religión (art. 12.3), la libertad de pensamiento y expresión (art. 13.2), el derecho de reunión (art. 15), la libertad de asociación (art. 16.2) y el derecho de circulación y residencia (art. 22.3) podrán ser limitados por motivos de salud pública. También la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos —o Carta de Banjul— justifica la restricción basada en la salud pública del derecho de reunión (art. 11) y la libertad de circulación (art. 12.2).

entendible que la tutela de la salud pública justifique la injerencia en la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos, no lo es menos que mediante la articulación de mecanismos como la intervención judicial, supletorios al imprescindible sometimiento al principio de legalidad, se añada un matiz de legitimación nada desdeñable a la intervención administrativa; matiz que en ocasiones no solo será de legitimación *lato sensu*, sino de estricta legitimidad jurídica y ajuste al marco constitucional.

La anterior idea debe precisarse, tal y como lo hace el art. 8.6 párrafo segundo de la LRJCA, puesto que no todas las medidas dirigidas a la protección de la salud pública deberán someterse al cedazo judicial. El legislador ha estimado que sea así solo en relación con aquellas medidas que se impongan en contextos de urgencia y necesidad —lo cual nos remite al concepto de medidas cautelares o de policía, tal como se estudiará más adelante— y, lo que nos interesa ahora, cuando lo que se afecte sea un valor o interés superior como son los derechos fundamentales. El objeto pues de la intervención del órgano judicial es la tutela del derecho a la libertad y otros derechos fundamentales, no cualquier derecho o interés afectado por la medida¹⁷. La autorización judicial está abocada así en este marco a proteger el amplio catálogo de derechos fundamentales que recoge la CE —todos los comprendidos entre el art. 15 y 29 de la CE—, destacando así ante todo un generoso espíritu garantista del legislador en esta arena.

Espíritu garantista que, en ocasiones, va incluso más allá de las cautelas impuestas por el texto de la Constitución y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al establecer los límites de los derechos fundamentales. Como se verá, solo algunos de los derechos susceptibles de ser restringidos por la adopción de medidas sanitarias exigen la participación judicial para que la intervención administrativa sea constitucionalmente legítima —a saber, la inviolabilidad domicilio, la libertad individual, la integridad física y la intimidad corporal—, de modo que el art. 8.6, párrafo segundo, viene a imponer la autorización o ratificación judicial como mecanismo de garantía de los derechos fundamentales incluso en supuestos en los que la reserva judicial no ha sido contemplada ni por la Constitución ni por su supremo intérprete.

Centrándonos ya en los derechos protegidos por el artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA, no hay duda de que, aun siendo la referencia a los derechos fundamentales en general, se pretende la protección de aquellos derechos fundamentales de la personalidad estrechamente vinculados con la dignidad humana. Destaca entre estos la

¹⁷ La autorización de medidas sanitarias se distingue, junto con la autorización de las inspecciones acordadas por la Comisión Nacional de la Competencia —que también abarca cualquier derecho fundamental—, del resto de supuestos de intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa en sede de autorización, ya que estos se dirigen a la tutela de derechos concretos: bien la inviolabilidad del domicilio y la propiedad privada, en el caso de la autorización judicial de entrada del art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA; bien la libertad informática y la libertad de expresión e información en el caso de las autorizaciones para el cierre de páginas web del art. 122 bis de la LRJCA.

libertad, que se menciona de forma expresa y copulativa al resto de derechos fundamentales, a cuya salvaguarda se dirige principalmente el precepto. Sin embargo, junto a la libertad, otros muchos derechos fundamentales son susceptibles de verse restringidos por la ejecución de medidas sanitarias. Así, por ejemplo, el derecho a la integridad física y moral (art. 15.1 de la CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1 de la CE), la libertad de expresión e información [art. 20.1.a) y d)], la libertad religiosa y de culto (art. 16 de la CE) o, incluso, la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 de la CE). La anterior enumeración no pretende ser exhaustiva o una lista cerrada de derechos fundamentales que pueden verse restringidos por la adopción de medidas sanitarias, pero sí comprende aquellos con los que pueden colidir las medidas sanitarias más comunes y habituales¹⁸. Se realiza por ello a continuación un breve análisis del contenido y configuración de los anteriores derechos fundamentales ante la adopción de medidas dirigidas a proteger la salud pública y a la luz de la regulación del art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA.

A. La libertad individual.

La alusión expresa en el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA a la libertad podría interpretarse en un sentido amplio, entendiéndose que se refiere a la libre autodeterminación del individuo recogida en el art. 1.1 de la CE, o al art. 10.1 de la misma norma que consagra expresamente el principio del libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, difícilmente puede vincularse la garantía judicial prevista en el precepto de la LRJCA a la libertad entendida como valor superior o principio orientador del ordenamiento jurídico, sino que dicha referencia debe vincularse a las distintas concreciones de este valor superior o principio a lo largo del catálogo de derechos fundamentales, en esencia a los derechos configurados como libertades.

De entre estos derechos configurados como libertades, destaca la libertad individual recogida en el art. 17.1 de la CE, que el TC interpreta como «[l]a libertad de orientar la propia acción o, más sencillamente, la libertad física (...). Con ello se hace referencia a la libertad deambulatoria o de movimiento»¹⁹. Libertad física o deambulatoria que

¹⁸ No se incluye en el análisis, por ejemplo, el derecho de huelga del art. 28.2 de la CE, que podría verse restringido en algún supuesto como, por ejemplo, en relación con el personal de los centros hospitalarios al que se impusiera la obligación de acudir a sus puestos de trabajo más allá de los servicios mínimos, si de ello dependiera la salvaguarda de la salud pública; lo mismo en relación con el personal de los servicios de limpieza municipales, cuando a resultas del ejercicio del derecho de huelga la situación de suciedad generase un riesgo para la salud pública. Tampoco se recoge el derecho a la educación del art. 27 de la CE, que también podría verse restringido si se tomasen medidas que impidieran a los niños y niñas acudir a los centros educativos si ello pudiere repercutir en la propagación de enfermedades contagiosas. En fin, lo que se quiere poner de manifiesto es que la mayoría de derechos comprendidos en el Título I, Capítulo II, Sección I de la CE podrían verse limitados por la adopción de medidas destinadas a la tutela de la salubridad colectiva.

¹⁹ Según Luís María Díez PICAZO, este y no más es el contenido que protege el artículo 17 mediante el derecho fundamental a la libertad personal. Extender su contenido hasta entenderlo en el más amplio de los sentidos como «libertad», sería según este autor confundirlo con el libre desarrollo de

será coartada con la adopción de las más contundentes medidas sanitarias. En este sentido, baste recordar el art. 2 de la LOMESP, que prevé la posibilidad de adoptar medidas de «tratamiento» y «hospitalización», o el art. 3 de la misma norma que con el fin de controlar enfermedades transmisibles recoge la facultad de «adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible», entre las que caben medidas de cuarentena, aislamiento, así como el internamiento o la ya mencionada hospitalización obligatoria²⁰. Junto a los anteriores preceptos, debe de nuevo traerse a colación el art. 9.2.a) de la Ley de Autonomía del Paciente, que recoge también el internamiento forzoso por motivos de salud pública.

La constitucionalidad de dichas medidas viene apoyada en el rango orgánico de la LOMESP, reforzada por el art. 5.1.e) del CEDH —entre otras normas internacionales que orientan la interpretación de la CE ex art. 10.2—, que prevé que el derecho a la libertad pueda ser restringido en supuestos de personas que puedan transmitir enfermedades contagiosas²¹. Sin embargo, no debe olvidarse que la jurisprudencia constitucional recuerda constantemente que la participación judicial es garantía ineludible para la afectación del mencionado derecho²². Si bien es cierto que dicho requisito se erige en torno a otro tipo de limitaciones, generalmente en el marco del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, es sin duda en la tutela del derecho a la

la personalidad al que alude el art. 10.1 CE. Este matiz no deja de ser relevante en tanto que el rango de protección otorgado al art. 10 no es el de derecho fundamental. LuíS María Díez PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 261 y ss. No obstante, no faltan autores que entienden que el contenido del derecho a la libertad del artículo 17 es más amplio, y definiendo que la libertad personal se refiere también a «la libertad de conducta, la posibilidad de orientar la propia conducta en todas las esferas posibles de convivencia humana de acuerdo con la voluntad que cada uno libremente se ha formado». Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 300.

²⁰ Sobre la hospitalización o internamientos forzosos véase: Edorta COBREROS MENDEZONA, *Los Tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1988; César CIERCO SEIRA, *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Granada, Comares, 2006, pp. 217-224.

²¹ El art. 5 del CEDH recoge el derecho a la libertad y a la seguridad, y entre los supuestos en los que se legitima la privación o restricción de la libertad se halla el siguiente: «Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo» [art. 5.1.e)]. El TEDH se ha ocupado en la sentencia *Enhorn contra Suecia*, de 25 de enero de 2005, de elucidar el alcance de esta restricción al derecho a la libertad. A estudiado dicho pronunciamiento César CIERCO SEIRA, «Derecho a la libertad personal y protección de la salud pública: el internamiento forzoso por razón de enfermedad contagiosa. Reflexiones a propósito de la STEDH de 25 de enero de 2005, *Enhorn contra Suecia*», en la obra colectiva dirigida por LuíS MARTÍN REBOLLO, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 1, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008.

²² Al respecto, véase Juan Antonio LASCUAÍN SÁNCHEZ, «El derecho a la libertad», en la obra colectiva dirigida por María Emilia CASAS BAHAMONDE y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *Comentarios a la Constitución Española*, XXX Aniversario, Las Rozas, Fundación Wolters Kluwer, 2008, pp. 371 y ss.

libertad donde más destaca el acierto del legislador en la incorporación de esta garantía o reserva judicial en el contexto de la protección de la salud pública (ajeno al Derecho penal), ámbito en el que la doctrina reclamaba desde hace tiempo la postivación de la intervención judicial²³.

Actualmente, el tenor literal del art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA con su mención expresa a la «libertad» —junto al resto de derechos fundamentales—, así como el art. 9.2.a) de la Ley de Autonomía del Paciente —según el cual deberá trasladarse de forma inmediata a la autoridad judicial cualquier intervención clínica no consentida realizada para la tutela de la salud pública «siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas»— no dejan lugar a dudas de la necesidad de la participación judicial en caso de afectación del derecho a la libertad física y deambulatoria en el marco de tutela de la salud pública. Así, las intervenciones terapéuticas forzosas a las que se asocie un internamiento exigen la intervención judicial en tanto que límite a dicha libertad (junto a otros derechos, en especial el de la integridad física)²⁴. Igualmente, queda fuera de toda duda que medidas de internamiento, aislamiento, cuarentena o cualesquiera otras que cercenen la libertad individual sin estar estrictamente asociadas a un tratamiento terapéutico, también quedan sometidas a la mediación del órgano judicial en orden a la salvaguarda de dicho derecho.

B. La libertad de circulación y residencia.

Otra de las manifestaciones de la libertad como valor superior y principio orientador del ordenamiento jurídico y en estrecha conexión con el derecho a la libertad individual, es la libertad de circulación y residencia reconocida en el art. 19 de la CE, que igualmente puede verse restringida por medidas de cuarentena, aislamiento, etc. que de forma individual o colectiva impidan la entrada o salida de determinadas zonas²⁵. Al hilo de este discurso, es merecido tener en cuenta también la normativa europea al

²³ En especial merecen ser destacadas las consideraciones de Edorta COBREROS MENDEZONA quien sin ambages declaraba que «resulta constitucionalmente inadmisibile (...) que una persona pueda estar internada contra su voluntad en un centro hospitalario o similar sin algún tipo de intervención judicial al respecto», de modo que concluía que «aunque nuestra legislación no prevea expresamente el procedimiento de intervención judicial, ésta deberá producirse». Edorta COBREROS MENDEZONA, *Los Tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, pp. 364 y ss. Las citas pertenecen a las pp. 365 y 366.

²⁴ Sirva de ejemplo la STSJ de Madrid 48/2001, de 13 de noviembre (RJCA 2002/479), sobre la hospitalización y tratamiento forzosos de una persona afectada por tuberculosis. El motivo de la impugnación y el razonamiento del TSJ se centra en el cauce procedimental para acordar dicho internamiento y tratamiento, proponiendo por analogía la aplicación del art. 763 de la LEC, en tanto que medida de «limitación o privación del derecho a la libertad de una persona». Más adelante volveré sobre este pronunciamiento.

²⁵ Se refiere a la posible afectación de este derecho: Antonio NARVÁEZ RODRÍGUEZ «La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009, p. 84.

respecto —que establece de forma explícita que la salud pública constituye un límite a la libertad de circulación y residencia²⁶—, así como la normativa estatal en materia de inmigración —pienso, por ejemplo, en las medidas susceptibles de adoptarse en los pasos fronterizos, sobre todo aeropuertos, sobre personas que incumplan o no acrediten cumplir requisitos relativos a condiciones de salud impuestos por la normativa de aplicación²⁷. En cada caso deberá estarse a las condiciones en que se tomen dichas medidas, en especial a la concurrencia de urgencia para la protección de la salud pública, para que su adopción pueda subsumirse bajo el supuesto descrito por el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA; así como a la condición de nacionales o extranjeras de las personas afectadas y, en este último caso, a la legalidad de su situación en el territorio —asuntos en los que no se entra aquí, por escapar del objeto de este trabajo.

C. El derecho de reunión y manifestación.

Con cierta ligazón con el derecho a la libertad física o deambulatoria, puede traerse a colación el derecho de reunión y manifestación del art. 21 de la CE. Estos derechos podrían verse restringidos con motivo de la adopción de medidas sanitarias que resulten en el impedimento de la celebración de reuniones y manifestaciones en lugares públicos, por considerarse, por ejemplo, que ello podría favorecer el contagio y transmisión de una enfermedad²⁸. En relación con el derecho de reunión y manifestación, recuérdese que la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, en su artículo 10, prevé que si la «autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o

²⁶ Véase la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, en cuyo artículo 1 se proclama como uno de los objetivos de la norma el de regular y establecer en qué supuestos la salud pública será motivo para limitar dichos derechos (arts. 27 y ss.). En especial, interesa resaltar el art. 29, en el cual se prevé que «[l]as únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial epidémico (...), así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales».

²⁷ Por ejemplo, el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España establece que para la entrada en el territorio español podrá someterse a las personas «a un reconocimiento médico por parte de los servicios sanitarios españoles competentes, para acreditar que no padecen ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves» (art. 10). La norma reglamentaria mencionada apoya el ejercicio de tal facultad en «lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005» [art. 23.1.a)]. Téngase en cuenta que la Ley de extranjería nada prevé al respecto, de modo que el anclaje directo en el que se sustenta dicha previsión reglamentaria ablativa es instrumento internacional mencionado —aprobado en el marco de la OMS y que entró en vigor el 15 de junio de 2007—, además de la LOMESP, la LGS y la LGSP con carácter general.

²⁸ En el mismo sentido, Antonio NARVÁEZ RODRÍGUEZ, «La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009, p. 87.

manifestación», sin necesidad de solicitar el auxilio judicial. Auxilio que deberá considerarse sin embargo necesario en virtud del art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA, si dicha medida se toma con el objeto de tutelar la salud pública en contextos de urgencia y necesidad.

D. El derecho a la integridad física y moral.

No hay duda de que la integridad física y moral es uno de los bienes jurídicos más vulnerables frente a la adopción de medidas sanitarias. Piénsese, por ejemplo, en la imposición de tratamientos médico-sanitarios como las vacunaciones forzosas²⁹. El Tribunal Constitucional entiende que «mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento»³⁰. Defiende además el TC que el derecho a la integridad física «resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los demás variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional»³¹. Para que dicho derecho pueda ser limitado legítimamente, la jurisprudencia constitucional exige: la imprescindible habilitación legal, que dicha afectación responda a un fin constitucionalmente legítimo, que la intervención sea proporcional y llevada a cabo por personal sanitario, y que en ningún caso pueda considerarse trato inhumano y degradante o suponer un riesgo grave para la salud. Y, junto a los anteriores requisitos, a falta de consentimiento de la persona afectada, el Tribunal impone también la necesidad de mediar una resolución judicial que autorice la restricción de dicho derecho; resolución que en todo caso deberá estar motivada³². Así pues, la autorización o ratificación prevista en el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA viene a positivizar esta reserva judicial establecida por la jurisprudencia constitucional en el marco de la adopción de medidas sanitarias en contextos de urgencia y necesidad, de modo que nada se añade a lo que el Tribunal deduce directamente de la Constitución.

E. El derecho a la intimidad corporal y a la protección de datos de carácter personal.

²⁹ Sirva de ejemplo el auto en el que se autoriza una vacunación forzosa en un caso de brote de sarampión en Granada bajo el amparo del art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA: AJCA de Granada 362/2010, de 24 de noviembre (RJCA 2010/841). Al respecto, cabe decir que finalmente la medida no se impuso forzosamente puesto que una vez obtenida la autorización la mayoría de los menores ya habían sido vacunados y la Junta de Andalucía consideró que la situación ya no revestía de urgencia y necesidad.

³⁰ STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2.º (RTC 1996/207)

³¹ STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8.º (RTC 1990/120).

³² Entre otras, pueden verse al respecto las SSTC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7); 215/1994, de 14 de julio (RTC 1994/215); 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996/207); ATC 57/2007, de 26 de febrero (RTC 2007/57).

Junto a los anteriores derechos, también el derecho a la intimidad —entendido aquí en sentido lato— puede ser susceptible de vulnerarse por medio de la adopción de una medida de carácter sanitario³³. En este contexto, son dos las vertientes o manifestaciones de este derecho que pueden llegar a conculcarse. De un lado, la llamada intimidad corporal y, del otro, el derecho a la protección de datos de carácter personal, también conocido como derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática.

Una de las múltiples manifestaciones del derecho a la intimidad personal del art. 18.1 de la CE es el que se conoce como derecho a la intimidad corporal. Según el TC, el derecho a la intimidad corporal protege «frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo *sentimiento de pudor* queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad». Entiende además el Tribunal que «el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el *recato corporal*»³⁴. Como aprecia ETXEBERRIA GURIDI, la interpretación del TC del contenido del derecho a la intimidad corporal es restrictiva, a lo que se añade la dificultad de definir conceptos como «sentimiento de pudor» o «recato corporal»³⁵. No obstante, la jurisprudencia del TC no duda en contemplar la necesaria intervención judicial, a pesar de que la letra de la Constitución no lo exija, cuando dicha intimidad corporal sea restringida coactivamente³⁶. Reserva judicial que una vez más el art. 8.6 de la LRJCA positiviza en el marco de la adopción de medidas sanitarias urgentes y necesarias para la salvaguarda de la salud colectiva.

Por su parte, el art. 18.4 de la CE³⁷ recoge lo que la jurisprudencia constitucional conviene en llamar «libertad informática» y que se define como «el derecho a la libertad

³³ Piensa en la afectación del derecho a la intimidad, José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «El control jurisdiccional de las medidas urgentes y necesarias para la salud pública», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 478, marzo de 2001, p. 3.

³⁴ STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7.º (RTC 1989/37); también en las SSTC 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio (RTC 1990/137), y 57/1994, de 28 de febrero (RTC 1994\57).

³⁵ José Francisco ETXEBERRIA GURIDI, «La intervención médica en las diligencias procesales de investigación», en la obra colectiva editada por Isabel DE LA MATA BARRANCO, *Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios (Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos voluntarios involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios celebrada en Madrid el día 24 de junio de 1999)*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 136-137.

³⁶ Además de las ya mencionadas, en la misma STC 37/1989, de 15 de febrero (RTC 1989/37) el Tribunal aprecia que «[t]al afectación del ámbito de la intimidad, es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno» (FJ 7.º).

³⁷ Dispone el artículo 18.4 CE que «la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos»³⁸; derecho que trasciende del ámbito de la intimidad y vida privada tutelada en el art. 18.1, puesto que «la garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada “libertad informática” es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (“habeas data”) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención»³⁹.

El derecho a la libertad informática queda regulado en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que erige un marco de tutela especial para los datos personales de mayor sensibilidad, esto es, los llamados datos sanitarios⁴⁰. Así, en el art. 7.3 de la LOPD se establece que «[l]os datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la *salud* y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, *así lo disponga una ley* o el afectado consienta expresamente». No pasa tampoco inadvertida la importancia de los datos relativos a la salud en la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, que establece en su art. 7.1 que «[t]oda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley». No obstante, la LOPD recoge algunos supuestos en los que se matizan o explicitan los requisitos establecidos con carácter general en relación con los datos de salud (art. 7.6, art. 8, art. 22.3), de entre los que es merecido destacar el art. 11.2. En dicho precepto se prevén los supuestos en los que la cesión de datos estará autorizada a falta del consentimiento expreso del titular. Entre estos, debe destacarse el de su apartado f), según el cual el consentimiento podrá omitirse «[c]uando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una *urgencia* que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica». Por su parte, la Ley 41/2002 dedica especial atención a la historia clínica regulando los usos que podrán hacerse de esta en el artículo 16, en cuyo apartado tercero se recogen distintos supuestos de acceso a la historia clínica, entre los cuales interesa el de «prevención de un riesgo o peligro grave de la salud de la población», para lo cual «las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud

³⁸ Así, desde la STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6.º (RTC 1993/254).

³⁹ Entre otras, así en las SSTC 11/1998, de 13 de enero, F 5.º (RTC 1998/11), y 94/1998, de 4 de mayo, F 4.º (RTC 1998/94).

⁴⁰ No solo la LOPD repara en la especial sensibilidad de los datos sanitarios; así también la LRJAPyPAC, en cuyo art. 37.6.b) remite el «acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes» a la legislación especial.

pública»⁴¹. Los únicos requisitos que impone la norma son, además de la concurrencia del fin descrito, el sometimiento al secreto del profesional sanitario o persona que acceda a la historia, así como la debida motivación de la Administración que solicita el acceso a dichos datos⁴².

Como se ve, en ningún caso la normativa aplicable impone la autorización judicial, sino la necesaria habilitación legal para acceder a datos relativos a la salud de los ciudadanos sin su consentimiento; habilitación que recoge el art. 16 de la Ley de Autonomía del Paciente. Así, el párrafo segundo del art. 8.6 de la LRJCA, interpretado en un sentido amplio de acogimiento de otros derechos fundamentales junto a la libertad, añade un grado de protección a esta información personal tan sensible, en el marco de la adopción de medidas para la tutela de la salud pública en contextos de necesidad y urgencia, al imponer la autorización o ratificación judicial⁴³.

F. La libertad de expresión e información.

Es posible también plantearse que determinadas medidas dirigidas a la protección y tutela de la salud colectiva afecten a la libertad de expresión e información⁴⁴. No es extraño que en casos de crisis sanitarias la Administración pretenda controlar la información que se difunda en medios de comunicación, con el fin de evitar falsedades, incorrección en los datos, la creación de alarmas sociales infundadas, etc.⁴⁵; así como

⁴¹ El apartado 3 del artículo 16 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica fue modificado por la DF 3.ª de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

⁴² Sobre la protección de los datos relativos a la salud de las personas, puede verse: Jesús RUBÍ NAVARRETE, «El tratamiento de los datos de salud y la legislación sobre protección de datos», en la obra colectiva dirigida por José GUERRERO NAVARRO, *Salud pública y Derecho administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 205-231; y la monografía de Unai ABERASTURI GORRIÑO, *Los principios de protección de datos aplicados en la sanidad*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2011.

⁴³ En materia de transmisión de datos personales de carácter sanitario, véanse las SSTSJ de Castilla-La Mancha 194/2006, de 13 de noviembre (JUR 2006/293219) y 150/2006, de 25 de septiembre (JUR 2006/268817), que resuelven en apelación sendos recursos interpuestos contra las autorizaciones concedidas por el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Cuenca para que la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil comunicara datos personales relativos a la salud de determinadas personas a la Jefatura provincial de tráfico de Cuenca y a la Escuela de tráfico y Registro de conductores de la Guardia Civil, con el fin —según se deduce de la resoluciones citadas— de que se privara de la facultad de conducir vehículos a motor a dichas personas con motivos fundados en su salud. El TSJ de Castilla-La Mancha desestima ambos recursos. El caso que estas resoluciones plantean me parece, no obstante, no encajar en el supuesto recogido por el art. 8.6.2 de la LRJCA. Aunque se justifique su aplicación en la protección del derecho a la intimidad de los afectados, resulta difícil interpretar que el objeto de la medida sea la protección de la salud pública —acaso la seguridad de la circulación vial—, y especialmente que esta se encuadre en un contexto de urgencia.

⁴⁴ Antonio NARVÁEZ RODRÍGUEZ, «La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009, pp. 84 y 85.

⁴⁵ En este contexto, recuérdese que el art. 6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y

imponiendo el secreto a aquellos que dispongan de información sensible en estos supuestos. Dándose el caso y cumpliéndose los requisitos del art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA, procedería la intervención judicial para ponderar la adecuación de la medida puesto que podría llegar a suponer una limitación o restricción de la libertad de expresión e información⁴⁶.

G. La libertad religiosa y de culto.

Otro tanto puede decirse de la libertad religiosa y de culto, que en ocasiones podrá verse restringida a resultas de la aplicación de determinados tratamientos médicos⁴⁷. En estos supuestos —principalmente suscitados en torno a la Comunidad de los testigos de Jehová, que se niegan a las transfusiones sanguíneas—, la jurisprudencia se ha ocupado de resolver el conflicto entre el derecho a la vida y el derecho a la salud, de un lado y, del otro, la libertad religiosa y la libre autodeterminación del individuo. En este ámbito, nuestra jurisprudencia parece haber ido evolucionando desde una postura según la cual en todo caso prevalecía el derecho a la vida y la salud frente a la libertad religiosa⁴⁸; hasta un parecer más templado en el que la libertad religiosa y la libre autodeterminación del paciente priman sobre el derecho a la vida, especialmente cuando de la no aplicación del tratamiento no se derivan peligros para la salud de este, pero también en supuestos en los que aun existiendo el riesgo, este no trasciende del paciente en sí; esto es, cuando no se vulneran derechos de terceros, ni se lesiona la salud pública u otros bienes que exigen especial protección⁴⁹,⁵⁰. No obstante, la

documentación clínica establece lo siguiente: «Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley».

⁴⁶ Tanto el CEDH (art. 10.2) como el PIDCP (art. 19.3) prevén que la libertad de expresión pueda ser limitada por motivos de salud colectiva.

⁴⁷ Piensa también en la posible afectación del derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 de la CE), Gonzalo ARRUEGO RODRÍGUEZ, «Sobre el marco constitucional de la asistencia sanitaria no consentida en el ordenamiento jurídico español», en *Derecho y Salud*, vol. 15, núm. 1, 2007, pp. 117-136; y también en «La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 82, 2008, pp. 53-82.

⁴⁸ A modo de ejemplo sirva el ATC 369/1984, de 20 de junio (RTC 1984/369) —que declara la inadmisión de un recurso de amparo interpuesto por vulneración de la tutela judicial efectiva producida por la inadmisión de las querellas por responsabilidad penal de un Magistrado-Juez que autorizó una transfusión sanguínea a una persona Testigo de Jehová que finalmente falleció—, en la que el Tribunal afirmó que «el derecho garantizado a la libertad religiosa por el art. 16.1 de la Constitución tiene como límite la salud de las personas, según dicho art. 3, y en pro de ella actuó el Magistrado-Juez, otorgando autorización para las transfusiones sanguíneas» (FJ 3.º).

⁴⁹ Sobre el contenido del derecho a la libertad religiosa es merecido transcribir parte de la STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000/141), por la claridad de la argumentación del Tribunal. En concreto, se afirma lo siguiente: «La libertad de creencias, sea cual sea su naturaleza, religiosa o secular, representa el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmune a la coacción estatal garantizado por el art. 16 CE, «sin más limitación, en sus manifestaciones, que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Ampara, pues, un “agere licere” consistente, por lo que ahora importa, en profesar las creencias que se desee y conducirse de acuerdo con ellas, así

jurisprudencia no es unánime y sigue oscilando entre los dos extremos, sin que tampoco haya unanimidad al respecto entre la doctrina⁵¹. En este contexto debe tenerse en cuenta, además, el destacado papel que va adquiriendo la legislación; en concreto me refiero a la Ley de autonomía del paciente, en cuyo art. 2.4 reconoce que «[t]odo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley», así como el art. 11 de la misma norma en el que se regula el llamado «testamento vital».

Al margen de las consideraciones anteriores sobre la libertad religiosa, importa destacar aquí que en el marco de la tutela de la salud pública, la protección de este bien jurídico colectivo primará sobre el ejercicio individual de la libertad religiosa y de culto, según se estableció ya en el art. 3.1 de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa⁵². Así pues, la medida sanitaria podrá ser impuesta forzosamente ante la negativa del ciudadano, además ahora con una garantía expresamente impuesta por la legislación ordinaria mediante la intervención judicial prevista por el art. 8.6 de la

como mantenerlas frente a terceros y poder hacer proselitismo de las mismas. (...) Cuando el art. 16.1 CE se invoca para el amparo de la propia conducta, sin incidencia directa sobre la ajena, la libertad de creencias dispensa una protección plena que únicamente vendrá delimitada por la coexistencia de dicha libertad con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.» (FJ 4.º).

⁵⁰ En este sentido al STC 154/2002, de 18 de julio (RTC 2002/154), que gira en torno a la muerte de un menor testigo de Jehová al no haber sido transfundido a tiempo dada la oposición del menor y la pasividad de los padres para convencerle. En dicho pronunciamiento el TC postula *obiter dictum* la prevalencia de la libertad religiosa, de modo que no puede forzarse un tratamiento médico contra la voluntad de un paciente si solo su salud resulta afectada por ello; pero a su vez entiende que «la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual la vida es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional”» (FJ 12.º).

⁵¹ Sobre este particular, pueden verse entre otros los siguientes trabajos: destaca por la recopilación jurisprudencial realizada por los autores el de Francisco SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Jesús PUNZÓN MORALEDA, «La responsabilidad médica y la problemática del consentimiento informado en la jurisprudencia española. Especial atención a su problemática en referencia a los Testigos de Jehová», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 45, 2008, pp. 89-129; se centran en la polémica cuestión de la asunción de los costes derivados de tratamientos médicos en centros privados M.ª Lourdes LABACA ZABALA, Jaione ARIETA-ARAUNABEÑA ALZAGA y Blanca GAMBOA URIBARREN, «Transfusiones de sangre y Testigos de Jehová: posición de los tribunales en relación con el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados en centros sanitarios privados», en *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, núm. 6, 2008; José Luis PÉREZ TRIVIÑO, «Testigos de Jehová: entre la autonomía del paciente y el paternalismo justificado», en *InDret*, núm. 2, 2010, que defiende la posición paternalista de la Administración y los profesionales sanitarios; Ana VALERO HEREDIA, «Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 de julio en el Caso de los Testigos de Jehová», en *Parlamento y Constitución*, núm. 6, 2002, pp. 273-307.

⁵² El tenor literal del precepto es el siguiente: «El ejercicio de los derechos dimanantes de la Libertad Religiosa y de Culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la *salud* y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

LRJCA, cuando concurrieran los requisitos expresados en dicho precepto, puesto que el interés general de tutela de la salubridad colectiva prevalece.

2. EL OBJETO DE LA AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN JUDICIAL: LAS MEDIDAS SANITARIAS Y SUS CARACTERÍSTICAS COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

Cabe empezar este epígrafe recordando de nuevo que el artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA somete a autorización o ratificación judicial «las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental». A la luz del tenor literal del precepto, el primer rasgo destacable de las medidas sanitarias es el carácter totalmente indeterminado de su contenido. A pesar del cúmulo de características que la Ley les anuda —se refiere la Administración de la que provienen, «autoridades sanitarias»; el fin que persiguen, la protección de «la salud pública»; el contexto en el que se adoptan, de urgencia y necesidad; y, el principal requisito para que se sometan a autorización, que supongan «la privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental»—, la sustancia de dichas medidas queda indefinida. Así, aun aportándose criterios de descripción de las mismas, la concreción de su contenido exige la remisión a la legislación en materia de protección de salud pública referida anteriormente para hacer posible su integración —esencialmente la LOMESP, la LGS y la LGSP⁵³.

Junto a la indeterminación de su contenido, uno de los principales elementos distintivos de las medidas sanitarias es que suponen una restricción o privación de derechos fundamentales. Sin embargo, este no es tanto un elemento definidor de las medidas sanitarias, sino de la intervención judicial puesto que constituye su propósito: la tutela de dichos derechos y libertades fundamentales. Por ello, procede en este epígrafe centrarnos en los elementos que definen las medidas propiamente dichas y de los que se deriva, en fin, su naturaleza jurídica. Poco cabe decir en cuanto a la referencia a las «autoridades sanitarias» como Administración que impone la medida. El concepto, a mi juicio, debe entenderse en el más extenso de sus sentidos con el fin de no dejar fuera del amparo judicial ninguna medida por el hecho de haber sido adoptada por una autoridad que no pueda en sentido estricto considerarse sanitaria⁵⁴. Sin embargo, sí es

⁵³ Así lo observa NARVÁEZ RODRÍGUEZ, que afirma que el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA «se configura como una verdadera norma en blanco que requiere del complemento correspondiente para su plena integración en este extremo». Antonio NARVÁEZ RODRÍGUEZ, «La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009.

⁵⁴ Si bien es cierto que tanto la LOMESP, como la LGS se refieren a las «autoridades sanitarias» cuando regulan las medidas susceptibles de adoptarse en casos extraordinarios de riesgo para la salud pública, es de destacar que la LGSP, en su art. 54.1 se refiere a «la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias». Sobre los distintos títulos competenciales ajenos a la sanidad *stricto sensu* en los que se apoyan las posibles actuaciones en materia de tutela de la salubridad pública —y, por lo tanto, las diversas autoridades no sanitarias que pueden incidir en este ámbito—, véase César CIERCO SEIRA, *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Granada, Comares, 2006, pp. 118 y ss. En especial, el caso de que un derecho fundamental sea

preciso reparar en el elemento atributivo que las adjetiva como «urgentes y necesarias» para la protección de la salud colectiva.

Como señala la doctrina, la urgencia y la necesidad ponen de manifiesto que las medidas sanitarias a las que alude la Ley de la jurisdicción son en todo caso medidas excepcionales⁵⁵, las cuales se activarán en contextos que se definen como extraordinarios por el mismo hecho de poner en jaque la salud colectiva. En la mente del legislador rondarían probablemente las llamadas situaciones de crisis o alertas sanitarias, a las que ya se ha aludido al referir el origen del precepto.

Todo ello, trasladado al marco de potestad de autotutela ejecutiva administrativa —que en todo caso amparará la ejecución de la medida— nos remite derechamente al concepto de coacción directa. Sin extenderme en el contenido de los conceptos de urgencia y necesidad (que son objeto de estudio en otro lugar⁵⁶), procede destacar que la caracterización en el art. 8.6 de la LRJCA de las medidas sanitarias como urgentes y necesarias condicionará sobremanera los supuestos en los que la intervención judicial será preceptiva. Así, en buena parte de las ocasiones, las medidas sanitarias sometidas al control judicial responderán al concepto de medidas cautelares o de policía, o como la doctrina más acreditada en esta materia conviene en llamarlas «medidas preventivas de choque»⁵⁷, encauzadas por la coacción directa y dirigidas a hacer frente de forma inmediata a una situación que se estima amenazante para el orden público sanitario. Así, la medida no irá precedida ni de procedimiento ni de decisión administrativa formalizada, sino que operará —en virtud en todo caso de norma legal, y con carácter orgánico si se afectan derechos fundamentales— como pura fuerza ejecutiva que se activa en contextos de urgencia y necesidad, lo cual constituye uno de los elementos definitorios de la coacción directa⁵⁸. Este extremo adquiere absoluta relevancia en

afectado por una medida de tutela de la salud pública dictada por una autoridad no estrictamente sanitaria puede darse en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, puesto que el cierre de empresas e instalaciones es una facultad ampliamente extendida en los distintos ámbitos de la organización administrativa.

⁵⁵ Insiste en el «carácter excepcional» que implica la adopción de estas medidas César CIERCO SEIRA, *op. cit.*, pp. 194 y ss. Como señala el autor, tanto el art. 26.1 de la LGS exige un «riesgo inminente y extraordinario para la salud», como el artículo 1 de la LOMESP que se refiere a «razones sanitarias de necesidad», a lo cual se suma ahora la previsión del artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA, que se refiere a «medidas urgentes y necesarias». Todo ello refuerza el carácter excepcional de estas medidas y, en consecuencia, de los supuestos en los que se exigirá la autorización o ratificación del juez de lo contencioso-administrativo en materia de salud pública, cuyo control se extenderá también a la concurrencia de esta excepcionalidad.

⁵⁶ Me remito al Capítulo III, en el que se estudian las llamadas medidas cautelares o de policía, así como la coacción directa.

⁵⁷ César CIERCO SEIRA, «Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres», en *RAP*, 2008, núm. 175, en especial la p. 57.

⁵⁸ De nuevo me remito al Capítulo III, en el que se analiza la coacción directa. Sirva recordar, no obstante, la definición aportada por Iñaki AGIRREAZKUENAGA, según la cual por coacción directa se entiende «el empleo de la fuerza en el desarrollo de funciones administrativas, motivada por una situación de urgencia, que legitima la acción inmediata con fundamento en una decisión no

relación con el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA en tanto que la urgencia justificará que la participación judicial pueda articularse no solo a modo de autorización previa, sino como ratificación posterior —ello constituye otro de los rasgos distintivos de la intervención judicial en materia de medidas de protección de la salud pública frente al resto de supuestos autorizadores de la jurisdicción contencioso-administrativa, configurados como mecanismos de tutela apriorística. Asimismo, su relevancia se deriva del hecho de que, mientras que este complemento circunstancial referido a la urgencia y la necesidad será una constante consustancial a las medidas sanitarias sometidas a autorización, en el resto de supuestos autorizadores de la LRJCA, la urgencia y la necesidad no constituyen en ningún caso requisito para la intervención judicial⁵⁹.

La calificación de las medidas sanitarias sometidas a la mediación judicial como urgentes y necesarias, y su estrecha conexión con la coacción directa, no excluye empero que otro tipo de actuaciones administrativas ejecutivas encajen en el marco de aplicación del art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA⁶⁰. En concreto pienso en las resoluciones administrativas en forma de orden⁶¹, dictadas tras el correspondiente procedimiento y llevadas al plano material vía ejecución forzosa, y que se tomen en contextos que puedan también llegar a calificarse de necesidad y urgencia. Pienso también en aquellas medidas que se adopten antes del inicio del procedimiento o durante su tramitación —pero en todo caso vinculadas a este—, como medidas provisionalísimas o provisionales (art. 72 de la LRJAPyPAC), a pesar de que en gran número de ocasiones se ejecutan por la vía de la coacción directa⁶².

procedimentalizada, la cual, en todo caso, se encuentra sometida al principio de legalidad y guiada por los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad». Iñaki AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, Madrid, Civitas-HAEE/IVAP, 1990, p. 423

⁵⁹ Por el contrario, la concurrencia de un estado de necesidad enervará en ocasiones la necesidad de recurrir al auxilio judicial previo en el caso de domicilio inviolable. Por ejemplo, según prevé el art. 21.3 de la LOPSC.

⁶⁰ La urgencia y necesidad sí excluyen, en cambio, las sanciones que puedan imponerse en materia de salud pública, que en ningún caso podrán recibir la consideración de medidas «urgentes y necesarias» del párrafo segundo del artículo 8.6 de la LRJCA. No reviste una sanción dichos caracteres. Acaso, la ejecución de las sanciones dirigidas a la preservación de la salud pública podría someterse a autorización judicial cuando la misma implicara la entrada en un domicilio o restantes espacios de acceso dependiente del consentimiento del titular, es decir, en virtud párrafo primero del artículo 8.6 de la LRJCA, pero no en virtud de su párrafo segundo

⁶¹ En el marco de la teoría de la actividad administrativa limitativa de derechos elaborada por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, los autores definen la orden como «el acto administrativo típico de imposición de deberes de hacer, de no hacer, o de padecer»; en la mayoría de supuestos, como advierten los autores, la orden que impone un deber supondrá a su vez la limitación de derechos. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II (duodécima edición), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, p. 132.

⁶² César CIERCO SEIRA, *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Granada, Comares, 2006, p. 197.

Por ejemplo, las medidas que se adopten con carácter cautelar en virtud de la realización de una inspección —previstas, por ejemplo, en el artículo 31.2 de la LGS— o durante la tramitación de un procedimiento sancionador, sobre las cuales puede lanzarse apriorísticamente la consideración de su naturaleza urgente y necesaria. Así pues, si estas reúnen los requisitos de urgencia y necesidad referidos

La importancia de la urgencia y la necesidad en la caracterización de las medidas sanitarias no debe llevarnos a pensar que la intervención del juez de lo contencioso-administrativo se excluye cuando falten dichos requisitos y que, por lo tanto, aquellas medidas sanitarias que no revistan los caracteres de urgencia y necesidad, a pesar de afectar un derecho fundamental, podrán ser llevadas a cabo por la Administración sin el concurso previo o posterior del juez —siempre, claro está, que el derecho fundamental afectado no sea la inviolabilidad del domicilio o cualquier otro cuya interpretación constitucional exija la participación judicial para la afectación del mismo. La anterior conclusión es errónea, puesto que no tiene en cuenta los títulos legales que habilitan el uso de medidas sanitarias que nos ocupan. Y es que la legislación de aplicación prevé de forma expresa que las intervenciones sanitarias ablativas en cuestión se activen únicamente en contextos de urgencia y necesidad⁶³. En otras palabras, la legislación anuda *per se* a la excepcionalidad aquellas medidas dirigidas a la tutela de la salud pública susceptibles de vulnerar derechos fundamentales que, en consecuencia, no podrán activarse fuera de los contextos de urgencia o necesidad. Así pues, la intervención judicial *ex art.* 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA encaja en este sentido sin fisuras con la configuración legal de las potestades administrativas susceptibles de colisionar con derechos fundamentales en el marco de tutela de la salud pública.

III. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL POR LA QUE SE AUTORIZA O RATIFICA LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA SANITARIA.

Vistos los derechos protegidos por el juez y las características más destacadas de las medidas sanitarias, corresponde ahora el estudio de los extremos relativos a la autorización judicial atinentes a su naturaleza como resolución judicial. De un lado, se atenderá a los criterios que orientan el enjuiciamiento del juez; del otro, a la articulación de la intervención judicial a modo de autorización o ratificación; en tercer lugar, al encauzamiento procedimental de este especial proceso; en cuarto lugar, se abordarán algunos elementos de carácter competencial; y, por último, se analizará la

en el artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA, deberán someterse al enjuiciamiento del juez de lo contencioso-administrativo, en caso de que sean susceptibles de vulnerar la libertad u otro derecho fundamental.

⁶³ Así la LOMESP, que en su artículo 1 establece que «las autoridades sanitarias (...) podrán (...) adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de *urgencia* o *necesidad*». El art. 26 de la LGS, se refiere a situaciones de «riesgo *inminente* y *extraordinario* para la salud». Igualmente, el art. 54 de la LGSP se refiere a las medidas que se adopten «con carácter *excepcional* y cuando así lo requieran motivos de *extraordinaria gravedad* o *urgencia*». A pesar de que la terminología no es totalmente coincidente, me parece acertado entender que en todas las normas referidas, así como en el art. 6.8, párrafo segundo, de la LRJCA el legislador se refiere a las ya aludidas situaciones extraordinarias o excepcionales. Las aludidas disparidades léxicas no deben pues suponer en ningún caso que la adopción de una medida sanitaria, si afecta a un derecho fundamental, quede al margen de la participación del juez. El anterior razonamiento responde en concreto a la literalidad del art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA que exige que las medidas sean «urgentes y necesarias» copulativamente, mientras que la LOMESP habla de «urgencia o necesidad» de forma alternativa.

naturaleza de la resolución judicial y su encaje en el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva de la administración.

1. CRITERIOS DE ENJUICIAMIENTO A LOS QUE SE SOMETE LA MEDIDA PARA SER AUTORIZADA O RATIFICADA.

Uno de los elementos más indefinidos en la regulación de la participación judicial en sede autorizadora es el relativo a los criterios que deben guiar al juez en el ejercicio de esta peculiar función judicial. Dicha indefinición se mantiene e incluso acrecienta cuando se trata de la autorización o ratificación de medidas sanitarias. La legislación guarda absoluto silencio al respecto; no existe una jurisprudencia constitucional a la par que la construida a partir la sentencia 22/1984 para la autorización de entrada y que sirva de orientación en materia de medidas sanitarias; ni tampoco se cuenta con jurisprudencia de los TSJ que opere de anclaje, dada su escasez en este contexto. No obstante, de la poca jurisprudencia existente se desprende que los criterios que nuestros juzgados y tribunales toman en consideración para autorizar o ratificar medidas sanitarias se inspiran en parte en las pautas generales aplicadas en el marco de la autorización judicial de entrada. El traslado de los criterios establecidos para las autorizaciones de entrada es del todo lógico, teniendo en cuenta que en la autorización o ratificación de medidas sanitarias el juez está llamado a cumplir una función idéntica: proteger determinados derechos frente al ejercicio del poder público, al amparo del art. 117.4 de la CE⁶⁴. De ahí que se diga que el órgano judicial ejerce una función judicial no jurisdiccional, puesto que no le compete juzgar ni ejecutar lo juzgado, sino exclusivamente garantizar la incolumidad de un derecho.

A pesar del tronco común que la autorización medidas sanitarias comparte con la autorización de entrada, existe una relevante diferencia entre ambos tipos de autorizaciones que se conectará con las facultades de enjuiciamiento del juez. Como intentaré explicar a continuación, ello resulta en un mayor alcance del control de proporcionalidad ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa en el marco de la autorización o ratificación de medidas sanitarias.

La aludida diferencia, esencial, entre la autorización de entrada y la autorización de medidas sanitarias radica en el «objeto» de la autorización; esto es, en aquello que el juez autoriza. Así, cuando se trata de la autorización judicial de entrada, lo que se autoriza es el ingreso, la penetración, el acceso o, como su nombre indica, la entrada por parte de la Administración en un determinado espacio. El juez autoriza así un elemento instrumental de la ejecución administrativa. En cambio, en el caso de la autorización de medidas sanitarias, lo que el juez de lo contencioso-administrativo autoriza o ratifica es la medida sanitaria en sí. Aunque esta distinción pueda parecer una

⁶⁴ Según el art. 117.4 de la CE: «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior [juzgar y ejecutar lo juzgado] y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho».

cuestión formal o incluso meramente léxica, su trascendencia es cardinal puesto que condiciona sobremanera el juicio de proporcionalidad que se encomienda al órgano judicial en sede autorizadora.

Mientras que en una autorización de entrada el juez se ciñe a ponderar la proporcionalidad de la entrada en un espacio para la consecución de la ejecución administrativa, sin que se considere frontalmente si la decisión administrativa ejecutiva a la que se asocia la entrada es proporcional al fin público correspondiente; tratándose de medidas sanitarias, el objeto de la intervención del juez de lo contencioso-administrativo es en cambio la ponderación directa de la proporcionalidad de la medida y su contenido para la consecución del fin último de tutela de la salud pública. Así, por ejemplo, cuando el juez de lo contencioso-administrativo autoriza la entrada en un local para ejecutar una orden de derribo, no enjuicia la proporcionalidad de la orden de derribo para la consecución de la restauración de la legalidad. Ciñe su enjuiciamiento a la proporcionalidad de la entrada para la consecución del derribo. Abusando del ejemplo, si la orden de derribo, en cambio, respondiera a una medida sanitaria, el mismo juez de lo contencioso-administrativo ponderaría la proporcionalidad de dicho derribo a la consecución del fin último de protección de la salud pública.

Esta distinta configuración de las autorizaciones judiciales se debe a de distintos factores. De un lado, al nivel de concreción del interés público en juego. Así, en el caso de la autorización de medidas sanitarias se cohonestán los derechos fundamentales del ciudadano con la consecución de un interés público concreto: la salud colectiva. Por el contrario, en la autorización judicial de entrada aquello que se pondera es, con carácter abstracto, la consecución del interés general —cualquiera sea el que se persigue con el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva— frente al derecho del administrado. De otro lado, la aludida diferencia entre los dos tipos de autorización se debe a la configuración de los derechos protegidos o, mejor dicho, de la específica configuración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho a la propiedad privada. A resultas de su proyección en un determinado espacio físico y de la facultad de exclusión que les es concedida a los titulares respecto del espacio en cuestión, la configuración legal de la participación del juez de lo contencioso-administrativo se articula a modo de autorización de entrada. En cambio, en el marco del resto de derechos fundamentales, dicha manifestación de la facultad de exclusión no se proyecta en un espacio físico, de modo que difícilmente la intervención judicial podría articularse como una autorización de entrada, sino que se configura como una autorización de la actividad administrativa ejecutiva en sí.

La relevancia de esta distinción revierte, como se ha avanzado, en la distinta configuración de las potestades de fiscalización del juez. Ello resulta, a mi entender, en un mayor alcance del margen de enjuiciamiento a favor del órgano judicial en el supuesto de autorizaciones o ratificaciones de medidas sanitarias, puesto que el control de proporcionalidad se dirige a la medida y su contenido de forma directa; esto es, se

controla la proporcionalidad de la ejecución administrativa y no solo de una parte instrumental de la misma —como lo es la mera entrada. Así, en el marco de la autorización de medidas sanitarias el juez goza en virtud del principio de proporcionalidad de un amplio margen de cognición sobre la decisión discrecional de la Administración. A ello me refiero con más detalle a continuación, en el estudio del principio de proporcionalidad.

Junto al control de proporcionalidad, la jurisprudencia establece que en sede de autorización le compete al órgano judicial fiscalizar la apariencia de legalidad de la actuación administrativa, así como la individualización del titular del derecho afectado. Los anteriores criterios de enjuiciamiento, establecidos jurisprudencialmente en relación con la autorización judicial de entrada, se enmarcan a continuación en el contexto de la autorización y ratificación de medidas sanitarias.

A. El control de la apariencia de legalidad de la medida sanitaria.

En sede autorizadora, el objeto exclusivo de la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa es la tutela de los derechos fundamentales de los administrados susceptibles de ser restringidos por la actuación administrativa. Se trata, como se ha dicho, de una resolución judicial no jurisdiccional dictada al amparo del art. 117.4 de la CE. La finalidad a la que se dirige la intervención judicial limita así la actuación del juez, que no estará abocada al control de la legalidad de la actuación administrativa, sino a la tutela de los derechos aludidos. No obstante, no todos los requisitos de legalidad quedan fuera del ámbito de cognición del órgano judicial, el cual tendrá en cuenta que la medida revista la llamada «apariencia de legalidad», que esencialmente se concreta en la exclusión de cualquier vía de hecho. Sin extenderme en lo relativo a este peculiar control atenuado de la legalidad de la actuación administrativa, que ya se explica en capítulos precedentes, sí conviene ver las particularidades que puede presentar en el supuesto de la autorización y ratificación previstas en el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA.

En el marco de las medidas sanitarias la exclusión de cualquier vía de hecho cobra suma relevancia teniendo en cuenta, como se ha visto, que en la mayoría de ocasiones la ejecución procederá por la vía de la coacción directa. En estos supuestos, pues, será imprescindible que el control judicial recaiga no ya sobre la debida formalización de la decisión administrativa, sino sobre el necesario acompañamiento legal que exige la adopción de estas medidas y su atribución competencial. Además, no solo será imprescindible la aludida cobertura formal por una norma con rango de ley, sino que está deberá ser de naturaleza orgánica, cuando las medidas sanitarias referidas en el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA impliquen una restricción o limitación frontal de derechos de carácter fundamental. Como ya se ha visto, otorga esta cobertura orgánica la LOMESP, sobre la cual se apoya el resto de legislación en materia de protección de la salud colectiva que prevé medidas de este calibre. De este modo el órgano judicial, en

su tarea autorizadora o ratificadora, descartará que la Administración incurra en una vía de hecho al adoptar medidas sanitarias no previstas por la legislación, lo cual constituiría una absoluta *manque de droit* o, mejor dicho, *sortie des pouvoirs*⁶⁵. Asimismo, la competencia del órgano que adopte la medida será un elemento determinante sobre los que recaerá el control del juez.

En relación con lo anterior, interesa traer a colación la abstracción realizada por COBREROS MENDAZONA sobre los requisitos que deben cumplir las normas que establezcan la obligatoriedad de tratamientos médicos o sanitarios, que en gran medida pueden extenderse a todas las medidas sanitarias que nos atañen. El autor se refiere de un lado a los requisitos formales; esto es, el rango de ley y carácter orgánico de la norma en cuestión. Del otro, a los requisitos materiales. Y, en último lugar, se ocupa de las garantías jurídicas que amparan al administrado frente a dichas medidas, entre las que relaciona las normas de procedimiento, el sistema de recursos y la autorización judicial⁶⁶. De las reflexiones del mencionado autor, me parece de suma aplicabilidad y debida traslación al marco del control que ejercerá la jurisdicción contencioso-administrativa, lo relativo a los requisitos materiales y que en suma se concretan en la constatación de la concurrencia del supuesto de hecho habilitante para la posible implementación de las medidas. De la conjunción de la normativa reguladora del sector y del art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA, dicho supuesto de hecho se sintetiza en dos extremos. De un lado, la concurrencia de la urgencia y la necesidad; y, del otro, la concurrencia de un riesgo para la salud pública. Como dice COBREROS MENDAZONA, la importancia de estos elementos radica en evitar que se abuse de la cobertura jurídica que ofrece el marco normativo de tutela de la salud pública para estos supuestos excepcionales, y que se disponga «cualesquiera tratamientos sanitarios obligatorios, con al simple invocación del riesgo para la salud pública y de la necesidad de la medida a adoptar»⁶⁷.

Sin entrar en la compleja delimitación de los conceptos de urgencia, necesidad y riesgo para la salud pública, es menester reflexionar sobre el alcance del control que la jurisdicción contencioso-administrativa ejercerá sobre este extremo para autorizar o ratificar las medidas sanitarias. A pesar de tratarse de un elemento relativo a la legalidad de la actuación administrativa, en ningún caso puede quedarle al juez totalmente vedado analizar la concurrencia del supuesto habilitante. Teniendo en cuenta que se tratan de conceptos jurídicos indeterminados, en caso de que el juez constate que la realidad fáctica no encaja en la zona de certeza positiva ni en la de incertidumbre, es

⁶⁵ Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I (decimoquinta edición), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, p. 512.

⁶⁶ Edorta COBREROS MENDAZONA, *Los Tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, pp. 360-367.

⁶⁷ Edorta COBREROS MENDAZONA, *Los Tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p. 363.

decir, cuando se halla en la zona de certeza negativa del concepto jurídico indeterminado y, por lo tanto, está excluida la concurrencia de la situación excepcional, en ningún caso deberá concederse la autorización o la ratificación solicitada. Esta valoración encaja, por demás, en el concepto de control de legalidad atenuado o de la apariencia de legalidad de la actuación administrativa, y así con la naturaleza propia de esta intervención judicial como resolución judicial no jurisdiccional. Ante la escasa jurisprudencia en esta materia⁶⁸, acompañan a este razonamiento aquellas resoluciones dictadas en sede revisora en la que se anula la adopción de medidas fuera del contexto de urgencia, necesidad y peligro para la salud pública, y también en el marco de reclamaciones de responsabilidad patrimonial⁶⁹.

⁶⁸ Valga citar la interesante STSJ de Madrid 1328/2001, de 5 de diciembre (RJCA 2002/392), sobre una autopsia “forzosa”. En concreto, el TSJ resuelve el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y por un paciente que se sospecha que padece la enfermedad de las vacas locas frente al auto por el que se ratificó la resolución del Director General de Salud Pública de la Comunidad de Madrid que ordenaba la realización de la autopsia al mencionado enfermo tras su muerte. El juez de instancia «ratifica» la orden que impone la autopsia en virtud del art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA —debería ser una autorización, porque la medida no había sido ejecutada— en atención a tres argumentos que pueden resumirse del siguiente modo. De un lado, estima que con la autopsia se afecta el derecho a la intimidad familiar. Del otro, que la medida debe autorizarse o ratificarse con carácter urgente pues el fallecimiento puede producirse en cualquier momento. Y, por último, entiende que es necesaria para la salud pública en tanto que permitirá confirmar el diagnóstico de una enfermedad «emergente y transmisible». El TSJ de Madrid, por el contrario, estima que no se cumple ninguno de los requisitos que recoge el párrafo segundo del art. 8.6 de la LRJCA. En primer lugar, argumenta que la autopsia no encaja con el tipo de medidas susceptibles de ampararse bajo el precepto de la LRJCA y, con alusión a la LOMESP, destaca que todas ellas son medidas dirigidas a personas vivas —a mi entender, no obstante, el carácter abierto e indeterminado de algunas previsiones de la LOMESP no excluye la adopción de medidas sanitarias susceptibles de practicarse en cadáveres. En segundo lugar, el Tribunal razona en consecuencia que la autopsia no puede subsumirse bajo la LOMESP y bajo el art. 8.6.2 de la LRJCA al no afectar derecho fundamental alguno, puesto que se dirige a una persona ya fallecida, y que el precepto no está diseñado para la tutela de los derechos de terceros ajenos a la medida. En tercer lugar, estima que la medida no va dirigida a la tutela de la salud pública, sino únicamente a la confirmación y caracterización de la enfermedad, lo cual no entraña riesgo o peligro de dicho bien jurídico. Junto a lo anterior, el TSJ se sirve para fundamentar la revocación del auto de instancia de la legislación en materia de autopsias clínicas, que en ningún caso prevé la participación judicial para imponer dicha práctica en caso de oposición. Es decir, la autopsia podrá realizarse ante la oposición del paciente o de sus familiares, si existe la orden administrativa correspondiente (véase el art. 5.3 del Real decreto 2230/1982, de 18 de junio, sobre autopsias clínicas).

Otro buen ejemplo de la importancia del control de los conceptos de urgencia, necesidad y salud pública por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa en orden a determinar la aplicabilidad del art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA es la STSJ de La Rioja 164/2009, de 20 de mayo (JUR 2009/292004), sobre un alta forzosa. En dicho caso, no obstante, el TSJ estima que es de aplicación el mencionado precepto. En epígrafes posteriores se comenta este pronunciamiento con mayor detenimiento, por su relevancia en orden a la determinación de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, a lo cual me remito.

⁶⁹ Entre otras, puede citarse las STSJ de Andalucía (Sevilla) de 24 de enero de 2008 (JUR 2009/84661); de 4 de enero de 2006 (RJCA 2006/266), dictadas en el marco de la impugnación de la retirada de aceite de orujo por considerar que constituía un riesgo para la salud pública, pero que a criterio del TSJ dicho riesgo inminente y extraordinario exigido por la normativa para acudir a la adopción de dicha medida era inexistente. En el mismo sentido también en relación con partidas de

B. El principio de proporcionalidad.

En el marco de la ejecución de medidas sanitarias, una de las claves en el proceso de fiscalización del órgano judicial reside en el principio de proporcionalidad. Principio de proporcionalidad que, por su parte, la legislación en materia de medidas sanitarias se encarga de recoger sin falta⁷⁰.

Dicho control de proporcionalidad consiste en el conocido «triple test». Por un lado, le corresponde al juez confirmar la adecuación o idoneidad de la medida sanitaria, en el sentido de que la misma sea susceptible de alcanzar el fin perseguido de tutela de la salud colectiva; se trata del llamado *juicio de idoneidad*. Por otro lado, debe juzgar si la medida es efectivamente necesaria e indispensable para que el objeto perseguido por la Administración se alcance; es decir, si no existe otra medida menos restrictiva o más moderada que sirva al mismo propósito con idéntica eficacia; el llamado *juicio de necesidad*. Y, por último, debe realizarse el *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, es decir constatar que «la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto»⁷¹. Por medio de este control de proporcionalidad se persigue, en definitiva, borrar cualquier traza de arbitrariedad asociada a la ejecución de la medida sanitaria.

Es también en el juicio de proporcionalidad donde se constata con mayor intensidad que la función del juez de lo contencioso-administrativo consiste en autorizar o ratificar la medida en sí, a diferencia de lo que ocurre con las autorizaciones de entrada, como ya se ha explicado antes. Y es que el juicio de proporcionalidad exige que la cognición del juez entre en el análisis del contenido de la medida como instrumento de tutela de la salud pública y, en fin, que aquello que se autorice o ratifique sea dicha medida. Este aspecto puede resultar en ocasiones un tanto comprometido y en ningún caso baladí, si se tiene en cuenta que no son pocos los apoderamientos en blanco que la legislación realiza a favor de la Administración en este contexto, en tanto que la norma no determina el contenido de las medidas, sino únicamente su ordenación al fin de garantizar la salubridad pública⁷². El juicio de proporcionalidad deberá ser en estas ocasiones extremadamente escrupuloso dado el amplio margen de discrecionalidad que

aceite de orujo, la STSJ de Extremadura 366/2005, de 26 de abril (JUR 2005\119307). Sobre la nulidad de la retirada del mercado de unos productos cosméticos cuando no concurría un riesgo inminente y extraordinario para la salud pública, la STSJ de Madrid 458/2004, de 31 de mayo (RJCA 2004/605).

⁷⁰ Así el art. 28.c) de la LGS y el art. 54 *in fine* de la LGSP.

⁷¹ Sobre el juicio de proporcionalidad y el triple test, véase, por todas, la STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3.º (RTC 2006/89), de la cual se ha extraído el fragmento transcrito.

⁷² Por ejemplo: el art. 3 de la LOMESP se refiere a las «medidas oportunas» o «las que se consideren necesarias»; el art. 26.1 de la LGS se refiere a «las medidas preventivas que estimen pertinentes»; el art. 54.1 de la LGSP se refiere a «cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la Ley».

se concede a la Administración, pero sin duda, de apreciar el órgano judicial que no se supera el test proporcionalidad, la autorización o ratificación deberán denegarse. Se incide así de forma plena en uno de los elementos atinentes a la legalidad de la decisión administrativa, el cual permite la norma al configurarse la intervención del juez a modo de autorización o ratificación de la medida.

El juicio de proporcionalidad justificará además que, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, el juez module algunos extremos relativos a la ejecución la medida sanitaria; todo ello con el fin de que la actuación ejecutiva administrativa sea lo menos restrictiva posible de los derechos afectados. Así, el órgano judicial podrá pronunciarse sobre determinados extremos estrechamente conectados con el juicio de proporcionalidad. En el marco de las medidas sanitarias, entre estos extremos destaca la duración de la medida, por ejemplo, limitándola al tiempo estrictamente necesario o someténdola a un control periódico del que dará cuenta la autoridad que la impone. También el lugar o el espacio de ejecución de la medida, por ejemplo, si se trata de una hospitalización o internamiento o la limitación del acceso y circulación por una determinada zona o área que se considera de riesgo para la salud pública. Ello así cuando la petición de la Administración no resulte suficientemente concreta o excesiva, a juicio del órgano judicial.

La anterior aproximación a la aplicación del principio de proporcionalidad coincide además con aquella doctrina que postula que la resolución judicial autorizante debe contener estos extremos —temporales, espaciales e, incluso personales, en el sentido de determinar los agentes autorizados para ejecutar la medida— para que pueda cumplir su función de garantía de un derecho. Doctrina jurisprudencial erigida esencialmente en el marco de las autorizaciones de entrada para la realización de inspecciones, a modo y semejanza de la doctrina jurisprudencial penal para las entradas realizadas en el contexto de instrucción de sumarios⁷³; aunque también existe jurisprudencia en el marco de la ejecución de medidas sanitarias en este sentido⁷⁴. Lo anterior no implica, sin embargo, que el juez esté habilitado para suplantar a la Administración en el ejercicio de la potestad, ampliamente discrecional, de determinación del contenido de la medida. Si el juez considera que esta no es

⁷³ En el marco constitucional, es máximo exponente de esta postura la STC 50/1995, de 23 de febrero (herencia del duque de Hernani), en la que el Tribunal postula que el órgano judicial debe adoptar «medidas precautorias» para garantizar que la afectación del derecho no es más que la estrictamente necesaria y establece que «han de limitarse, entre otros extremos que no hacen al caso, el período de duración y el tiempo de la entrada, así como el número de personas que puedan acceder al domicilio, aun cuando no se identifiquen individualmente con carácter previo». Al respecto, véase el Capítulo IV, donde se aborda el contenido de la autorización.

⁷⁴ Sobre el poder del juez para incidir en elementos conectados con el control de proporcionalidad de la medida véase la STS de Madrid 48/2001, de 13 de noviembre (RJCA 2002/479), sobre el internamiento forzoso de una paciente con tuberculosis pulmonar. El TSJ revoca la autorización concedida en instancia por no determinar extremos como la duración de la medida o el lugar en el que se llevará a cabo el ingreso.

proporcional —que no es idónea, necesaria, ni proporcionada en sentido estricto al fin al que se dirige—, no podrá imponer una medida distinta o modificar sustancialmente la adoptada por la Administración, sino que deberá denegar la autorización o la ratificación solicitada con la debida motivación.

C. La individualización de los derechos afectados y de su titular.

Uno de los aspectos sobre los que recae con más intensidad el control del juez en el marco de las autorizaciones de entrada es la individualización del sujeto al que se dirige la ejecución administrativa. Es reiterada en este sentido la jurisprudencia que insiste en la necesidad de que la autorización sea individualizada; si la intervención del juez es en aras a la protección de los derechos del administrado, resulta imprescindible que dicho administrado sea individualizado en tanto que el derecho fundamental vulnerado es un derecho individual y personal, puesto que solo así se alcanza la finalidad tuitiva de la autorización. Este razonamiento es perfectamente trasladable al contexto de la adopción de las medidas sanitarias. Se entronca entonces la individualización del sujeto con la concreción de los derechos afectados, así como con la constatación de la oposición del titular a la ejecución de la medida.

Los elementos resaltados hasta ahora deben, sin embargo, matizarse en el marco de la adopción de medidas sanitarias urgentes y necesarias para la protección de la salubridad pública. Tres son los extremos a destacar: de un lado, es posible que la individualización de los sujetos afectados por determinadas medidas no sea posible. De otro lado, no en todas las ocasiones podrá constatarse la oposición del titular como presupuesto de la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, junto a los anteriores, en ocasiones pueden llegar a ser varios los derechos fundamentales afectados.

En lo relativo a la individualización de los ciudadanos cuyos derechos se restringen o limitan por la medida sanitaria, es preciso tener en mente las medidas que puedan dirigirse a una pluralidad indeterminada de sujetos como, por ejemplo, una orden de cuarentena dirigida al personal de un hospital, la imposición de un tratamiento a aquellas personas que hayan consumido un determinado producto, o el aislamiento o cuarentena de la población con mayor riesgo de contraer un virus pandémico. En estos casos, será extremadamente difícil la individualización de los sujetos afectados y, por extensión, la constatación de su actitud frente a la medida.

Planteada la posibilidad de que no pueda individualizarse a los sujetos afectados y, por tanto, que no conste su posición volitiva frente a la imposición de la medida, esto es, su oposición a la misma, cabe plantearse si es necesaria la intervención judicial autorizándola o ratificándola puesto que no hay resistencia que vencer. A mi entender, nada impide que la jurisdicción intervenga en este contexto aún faltando los dos elementos enunciados —y que tan en cuenta se tienen en el marco de las autorizaciones

de entrada. De un lado, porque el tenor literal del art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA no lo impide. Si nos fijamos en su redacción, en ningún caso se exige que concurra la oposición del administrado⁷⁵. Del otro porque, aun faltando la individualización de los sujetos afectados, el juicio de proporcionalidad ponderando la medida y el fin perseguido y valorando la consiguiente afectación de los derechos seguiría siendo posible aunque fuera en abstracto. En todo caso, de hallarse el órgano judicial ante esta circunstancia, la resolución deberá ir acompañada de la debida motivación en la que se justifique la adecuación de una autorización o ratificación colectiva dirigida a una pluralidad indeterminada de sujetos⁷⁶. En cambio, si la medida individualiza a los administrados afectados, el juez deberá en todo caso ajustar su juicio al autorizar o ratificar la medida a las circunstancias concretas de su destinatario y teniendo en cuenta su actitud frente a la ejecución administrativa, proporcionándose así una ponderación valorativa a todas luces más adecuada.

Por último, es preciso destacar también que las mencionadas medidas pueden ser susceptibles de colisionar con más de un derecho fundamental. Se me ocurre, por ejemplo, la imposición de un tratamiento médico al que se asocia el internamiento forzoso, que no solo restringiría la libertad deambulatoria de la persona a la que se dirija, sino también su integridad física. En estos supuestos, a mi entender, en el ejercicio de ponderación el órgano judicial debe reparar en la afectación de los diferentes derechos fundamentales. Así, retomando el ejemplo anterior, si la efectiva aplicación de un tratamiento médico no requiere el internamiento, la intervención del juez debe cumplir su función de tutela de los derechos fundamentales denegando la autorización para ello o, si fuere el caso, no ratificando la medida de reclusión, pero autorizando o ratificando el tratamiento terapéutico. En este contexto no pueden aplicarse aforismos como quien puede lo más, puede lo menos. Primero, porque difícilmente puede establecerse una gradación o categorización de los derechos fundamentales según su relevancia. Segundo, porque difícilmente se cumpliría la finalidad de la mediación judicial prevista en el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA si no se toma en consideración cada uno de los derechos fundamentales afectados de forma particular.

2. AUTORIZACIÓN PREVIA O RATIFICACIÓN POSTERIOR.

Uno de los rasgos distintivos de la intervención judicial en el marco de la ejecución coactiva de medidas sanitarias es la previsión de que esta se articule no solo a modo de

⁷⁵ Al contrario de lo que se desprende del párrafo primero del art. 8.6 de la LRJCA, que se refiere a las ejecuciones forzosas, por tanto, existiendo oposición del administrado; y de la dicción literal del párrafo tercero, referido a las autorizaciones en el marco de las inspecciones de la Comisión Nacional de la Competencia, en el que se exige la autorización cuando «requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición».

⁷⁶ Es inevitable conectar el anterior razonamiento con el art. 59.6 de la LRJAPyPAC que se refiere a este tipo de actos administrativos «generales» al hilo de la sustitución de la notificación por la publicación.

autorización, sino también a modo de ratificación. Es decir, dado que se parte de la existencia de una situación que reviste los caracteres de urgencia y necesidad, la participación del juez no solo puede ser apriorística por medio de una autorización que preceda el traslado al plano material de la medida; sino que se puede controlar su adecuación *a posteriori*, a través de la ratificación de la medida ya ejecutada.

Sin embargo, el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA no facilita ningún criterio distintivo para dilucidar cuándo la intervención judicial debe ser previa o posterior a la ejecución administrativa. Distinción que, sin pauta legal alguna, resulta difícil establecer cuando las medidas sometidas a autorización son en todo caso, no se olvide, «urgentes (...) para la salud pública». A falta de dicho criterio legal y de jurisprudencia que se pronuncie al respecto⁷⁷, creo acertado partir de la premisa de que la intervención apriorística del juez debe ser la regla general, admitiéndose únicamente como excepción la ratificación *a posteriori*. Lo anterior se justifica, a mi juicio, en el fin que persigue la participación de la jurisdicción: si lo pretendido es la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos a quienes se dirigen dichas medidas, es sustancial que la tutela judicial se anticipe a la ejecución administrativa para sea realmente eficaz, puesto que en su caso el órgano judicial podrá denegar la autorización y, en último término, evitar que la ejecución lesione el derecho afectado. Así pues, la intervención del juez de lo contencioso-administrativo *a posteriori* o a modo de ratificación debe restringirse a supuestos excepcionales.

Cuestión distinta es poder llegar a determinar en abstracto y sobre unos parámetros trasladables a cualquier contexto cuándo concurrirá dicha excepcionalidad. Sin duda, la urgencia sería el criterio que permitiría justificar la intervención judicial a modo de ratificación. Pero ya se ha visto que todas las medidas sometidas a la participación del juez de lo contencioso-administrativo son por definición urgentes. Procede pues exigir un plus a las condiciones de urgencia; esto es, la ratificación será procedente en aquellos casos en que la urgencia sea extraordinaria o excepcional, ante un riesgo para la salud pública que a su vez sea inminente⁷⁸. Dicha excepcionalidad o extraordinariedad de la urgencia e inminencia del riesgo concurrirán cuando la intervención previa del juez impida que la medida alcance su fin. Es decir, cuando la tutela judicial apriorística suponga una cortapisa real a la protección de la salud pública, corresponderá su

⁷⁷ Solo se ha localizado en las bases de datos consultadas una resolución en la que se haga referencia a la «ratificación» del órgano judicial. Se trata de la ya comentada STSJ de Madrid 1328/2001, de 5 de diciembre (RJCA 2002/392), sobre una autopsia “forzosa”, en la que se dice que el juzgado de lo contencioso-administrativo de turno ratificó una orden, que en aquel momento no había sido todavía ejecutada, por lo que la intervención judicial debería haber consistido en una autorización. En ningún caso, se ha hallado resolución alguna en la que se discorra sobre los supuestos en los que procede la ratificación en lugar de la autorización.

⁷⁸ Destaca la inminencia como criterio orientador de la intervención previa o posterior del juez en materia de internamientos forzosos, Edorta COBREROS MENDAZONA, *Los Tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p. 366.

ejecución y, después, la inmediata puesta en conocimiento del juez de lo contencioso-administrativo de la misma para someterla a su ratificación.

En este contexto en el que la urgencia y la inmediatez de la actuación administrativa, así como la disponibilidad del órgano judicial son tan relevantes, debe recordarse que en virtud del art. artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por Acuerdo de 15 de septiembre de 2005 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, los servicios de guardia asumen en funciones de sustitución la competencia para otorgar las autorizaciones previstas en el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA⁷⁹. Es decir, la disponibilidad del órgano judicial es en este sentido absoluta —aun con los límites implícitos en el ejercicio de los servicios de guardia—, lo cual redunda de nuevo en la excepcionalidad de las ratificaciones en sustitución de las autorizaciones judiciales previas.

3. APLICACIÓN DEL ART. 763 DE LA LEC PARA ENCAUZAR PROCEDIMENTALMENTE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL.

La LRJCA guarda absoluto silencio sobre el procedimiento a seguir por el órgano judicial para atender las peticiones de autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias^{80, 81}. Sin que ninguno de los cauces procedimentales previstos por la LRJCA o supletoriamente por la LEC encaje con las peculiaridades de estas autorizaciones, a la luz de la jurisprudencia podría decirse que las peticiones de la Administración se despachan por cualquiera de ellos⁸², aunque en términos reales se siga un encauzamiento procedimental *ad hoc*. Sin detenerme aquí en las anteriores consideraciones, que son objeto de estudio en otro lugar, interesa resaltar que lo

⁷⁹ Sobre la asunción de determinadas competencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo por los servicios de guardia, me remito al estudio que se hace de este extremo en el Capítulo IV. No obstante, creo conveniente resaltar aquí que la redacción inicial del precepto citado incluía únicamente las autorizaciones en materia sanitaria, obviando las autorizaciones de entrada del párrafo primero del art. 8.6 de la LRJCA, que se incorporaron a posteriori por modificación operada en el año 2008. Ello es muestra de la importancia que el CGPJ reputaba a la disponibilidad del juez en el supuesto de adopción de medidas sanitarias en materia de protección de la salud pública.

⁸⁰ Lo cierto es que la LRJCA no pauta un procedimiento para ninguno de los supuestos en los que la jurisdicción contencioso-administrativa interviene en sede de autorización, excepto para el caso de distintas actuaciones encuadradas en el procedimiento para a salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual que regula el art. 122.bis y que se estudia en otro lugar (*vid.* Capítulo VII)

⁸¹ Crítica el «extraordinario laconismo» del art. 8.6 de la LRJCA por su ausencia de indicaciones respecto del procedimiento a seguir José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «El control jurisdiccional de las medidas urgentes y necesarias para la salud pública», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 478, marzo, 2001, p. 3.

⁸² Así, en el marco de la adopción de medidas sanitarias, en las sentencias de los TSJ resolviendo los recursos interpuestos contra los autos de autorización o denegación de la misma, se da cuenta de que los juzgados de lo contencioso administrativo despachan la autorización como procedimiento ordinario, por ejemplo, en la STSJ de Madrid 1328/2001, de 5 de diciembre, sobre una autopsia forzosa (RJCA 2002/392); o como procedimiento especial, por ejemplo, en la STSJ de Extremadura 232/2008, de 14 de noviembre, sobre una persona con síndrome de Diógenes (RJCA 2009/145617).

procedimental cobra relevancia en el marco de la adopción de medidas sanitarias cuando se trata del internamiento u hospitalización forzosos⁸³. Ello se debe a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 48/2001, de 13 de noviembre⁸⁴, en la que se resuelve el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la autorización concedida para el internamiento de una paciente con tuberculosis pulmonar —una enfermedad altamente contagiosa. Los motivos en los que el Ministerio Fiscal apoya su recurso son la falta de realización de una serie de diligencias por parte del juzgado de lo contencioso, tales como la audiencia del interesado y la facilitación de la participación de letrado y procurador; así como la ausencia en el auto de medidas de control sobre el internamiento como su duración, o el lugar de realización (FJ 2.º). Es debido destacar que las alegaciones del Ministerio Fiscal se inspiran, ante el «vacío legal de carácter procedimental que resulta especialmente grave y preocupante» en materia de internamientos terapéuticos forzosos, en el art. 763 de la LEC, el cual ordena los extremos resaltados.

Como es sabido, en el inconstitucional pero no nulo artículo 763 de la LEC se regula el cauce procedimental para resolver sobre los «internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico»⁸⁵, previéndose entre otros aspectos la audiencia de la persona a

⁸³ Recuérdese que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente, prevé en su artículo 9.2.a) que por motivos de salud pública puedan forzosamente aplicarse tratamientos clínicos asociados a un internamiento, el cual deberá comunicarse a la autoridad judicial. Ya se ha visto que la doctrina atribuye esta función a la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud del párrafo segundo del art. 8.6 de la LRJCA. Al respecto: Juan María PEMÁN GAVÍN, «Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre», en *Revista del poder judicial*, núm. 74, 2004, pp. 118-119. Sin embargo, como advierte el autor, antes de que la LEC atribuyera esta competencia a los juzgados de lo contencioso-administrativo en materia de salud pública, la cuestión competencial no resultaba pacífica.

⁸⁴ STSJ de Madrid núm. 48/2001, de 13 de noviembre (RJCA 2002/479). Téngase en cuenta que la Sentencia se dictó antes de que se promulgara la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; pero después de que la LEC añadiera en el artículo 8.6, el segundo párrafo, precepto en el que el juez de lo contencioso fundamentó su competencia para autorizar el internamiento.

⁸⁵ Polémico, porque la constitucionalidad del art. 763 de la LEC (y de su antecedente, el art. 211 del CC) fue puesta en entredicho por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña mediante dos cuestiones de inconstitucionalidad, que el TC resolvió en un sentido de lo más peculiar, declarando que el precepto en cuestión es inconstitucional —puesto que debería ser una norma con rango orgánico la que se encargara de establecer cuándo procede la privación de libertad por internamiento forzoso—, pero no nulo a falta de previsión legal que cubra los internamientos no voluntarios, forzando así su validez para evitar una laguna legislativa (SSTC 131/2010 y 132/2010, de 2 de diciembre). El más reciente de los pronunciamientos del supremo intérprete de la Constitución en el que se pronuncia al respecto es la STC 141/2012, de 2 de julio, (RTC 2012/141), fruto de un recurso de amparo frente al auto que autorizaba un internamiento psiquiátrico.

Entre la doctrina, han tratado recientemente el alcance del art. 763 de la LEC en el ámbito de las prestaciones sociales residenciales, Antonio EZQUERRA HUERVA, «El estatuto jurídico de los usuarios de centros y establecimientos de servicios sociales», en la obra colectiva coordinada por dicho autor, *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 85-96. El autor pone de manifiesto que, de un modo similar al ámbito de tutela de la salud pública, algunos órganos judiciales acuden al art.

internar, asistida por abogado y procurador, así como la participación del Ministerio Fiscal, junto con otros extremos a contener por la resolución en orden a que el juez ejerza cierto control sobre la ejecución del internamiento⁸⁶. Atendiendo a los motivos

763 de la LEC para el internamiento forzoso de personas en centros residenciales, atendiendo a una interpretación flexible del concepto de «trastorno psíquico» que recoge el precepto. Otros, en cambio, postulan que la aplicación del art. 763 de la LEC debe limitarse a los supuestos de estricto trastorno psíquico, de modo que cualquier otro internamiento forzoso debe reconducirse a los procedimientos de incapacitación.

La aplicación del art. 763 de la LEC en el marco de la adopción de medidas sanitarias presenta, sin embargo, otro cariz puesto que ya existe una norma de rango orgánico que da cobertura a la limitación del derecho a la libertad, de modo con las debidas cautelas es legítimo plantear que el mencionado precepto opere únicamente como orientación procedimental para el despacho de dicha autorización.

⁸⁶ Para comodidad del lector, se transcribe el art. 763 de la LEC, sobre el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico: «1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley. 2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor. 3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley. En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación. 4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente».

No solo el legislador estatal regula los internamientos forzosos por trastorno psíquico. El legislador catalán se ocupa de ello también en los arts. 212-4 y ss. del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio), disciplinando los internamientos de personas «por razón de trastornos psíquicos o enfermedades que puedan afectar a su capacidad cognitiva», los cuales «requieren la autorización judicial previa si su situación no le permite decidir por sí misma». Preceptos

alegados por el recurrente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid entiende que la aplicación del art. 763 de la LEC es acertada «dada la analogía entre uno y otro internamiento», puesto que regula «una serie de garantías cuyo acogimiento en el presente caso resulta obligado» (FJ 3.º) y, en consecuencia, revoca el auto concedido retro trayéndose las actuaciones para que se encaucen debidamente.

Salvando las distancias que median entre ambos supuestos —en uno la intervención judicial pretende velar por la salud de la persona cuyo internamiento se efectúa; en el otro, ponderar la prevalencia del derecho fundamental a la libertad del administrado o de la salud colectiva— la doctrina acepta la aplicación del procedimiento previsto en la LEC para la adopción de medidas sanitarias consistentes en la hospitalización o el internamiento forzosos⁸⁷. La doctrina repara en otros extremos relativos a lo procedimental, como por ejemplo, la participación del Ministerio Fiscal⁸⁸ e incluso la intervención de expertos dada la complejidad técnica o científica de algunas de las situaciones ante las que se puede hallar el órgano judicial⁸⁹. Aspectos todos ellos que omite la legislación vigente y sobre los cuales tampoco ha tenido la oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia —a excepción de la mencionada STSJ de Madrid.

inconstitucionales, por los mismos motivos que el art. 763 de la LEC, además de por suponer a mi juicio una clara intromisión en las potestades del Estado en materia de legislación procesal puesto que no se observan las debidas «necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas» a las que alude el art. 149.1.6 de la CE. En este sentido, según el TC «tendrá legitimidad constitucional aquella normativa [procesal] autonómica que se halle justificada por la directa conexión entre lo que tiene de particular o peculiar el Derecho civil (...) y la especialidad procesal incorporada, que surge así como “necesaria” y encaminada, precisamente, a preservar y proteger, con el adecuado grado de intensidad y eficacia, el mencionado Derecho sustantivo y las particularidades que lo informan» [STC 47/2004, de 29 de marzo, FJ 6.º *in fine* (RTC 2004/47)].

⁸⁷ Así CIERCO SEIRA, aunque no sin las debidas reticencias, reparando en las diferencias entre los internamientos forzosos por motivo de salud pública y aquellos por motivos de trastornos psíquicos. El autor critica asimismo el «vacío injustificable» que comporta esta atribución competencial a los jueces de lo contencioso-administrativo sin que se prevea procedimiento alguno al respecto. César CIERCO SEIRA, *op. cit.*, pp. 215-217.

⁸⁸ Sobre el encauzamiento procedimental para la autorización o ratificación de las medidas sanitarias, véase José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «El control jurisdiccional de las medidas urgentes y necesarias para la salud pública», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 478, marzo de 2001, p. 4.

⁸⁹ A este respecto, resulta especialmente interesante el art. 63.2 del Anteproyecto de Ley de salud pública de Aragón, cuyo tenor literal considero oportuno reproducir por su singularidad —en ninguna otra normativa en esta materia existe disposición similar. Según dicho precepto, después de imponer la autorización judicial de conformidad con el art. 8.6 de la LRJCA establece en su apartado segundo que «[c]uando la Administración deba recabar autorización judicial, remitirá al órgano judicial, además del expediente que proceda, un informe explicativo del riesgo, de la medida adoptada o cuya ratificación se solicita y de los medios dispuestos para controlar su ejecución. Juntamente con el informe, se designará a un empleado de la Administración que, en calidad de experto, podrá comparecer de inmediato a petición judicial a los efectos de ilustrar y ofrecer al órgano judicial las explicaciones oportunas». Sin duda, los redactores de este anteproyecto tuvieron muy en cuenta los complejos supuestos de hecho ante los que puede hallarse el juez de lo contencioso-administrativo al cumplir la competencia que le otorga el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA.

Al margen ya de la aplicación analógica del art. 763 de la LEC postulada por el mencionado TSJ, es debido resaltar que el vacío legal en materia de internamientos forzosos sigue existiendo actualmente. Tampoco a raíz del art. 9.2.a) de la Ley de autonomía del paciente se estableció pauta alguna al regularse los internamientos terapéuticos forzosos, imponiéndose simplemente en dicho artículo el deber de comunicarlo al juez en el plazo de 24 horas. Ante el escenario descrito la aplicación *stricto sensu* por analogía del art. 763 de la LEC resulta forzada por las diferencias ya resaltadas entre los supuestos de hecho. Sin embargo, no creo forzado plantear que en la tramitación del procedimiento se tengan en cuenta los extremos que resaltó el Ministerio Fiscal y que el TSJ de Madrid juzgó de aplicación al supuesto enjuiciado. Esto es, la intervención del administrado afectado para la defensa de sus derechos, de un lado y, del otro, la determinación en la resolución de elementos de control y restricción sobre la medida en cuestión, si resultan necesarias. Y ello, no solo en relación con aquellas medidas consistentes en una hospitalización o internamiento, sino con cualesquiera medidas adoptadas por las autoridades sanitarias para la protección de la salud pública susceptibles de vulnerar la libertad u otro derecho fundamental, dada la incidencia de este tipo de actuaciones administrativas en ámbitos de la personalidad estrechamente vinculados con la dignidad humana.

Las anteriores diligencias procedimentales, por lo demás, no resultan extrañas actualmente en el contexto de la intervención en sede autorizadora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es debido tener en cuenta, de un lado, la abundante jurisprudencia que en el marco de las autorizaciones judiciales de entrada —donde los derechos afectados son el domicilio y la propiedad privada— exige la participación del administrado en el proceso judicial. Asimismo, de otro lado, es preciso traer a colación el actual art. 122 bis de la LRJCA —obstante en virtud de la conocida como Ley Sinder-Wert⁹⁰—, en el que se regulan las autorizaciones judiciales que puedan requerirse en los procedimientos de salvaguarda de la propiedad intelectual. Interesa resaltar el sencillo cauce procesal que se describe en el apartado 2 *in fine* del art. 122 bis, previsto para la ejecución forzosa de las resoluciones de la sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Entre otros el precepto fija que se celebrará una audiencia con la participación de la Administración, el Ministerio Fiscal y el administrado, por sí mismo o representado, en el plazo de dos días tras la recepción de la petición de la Administración; asimismo, establece que el auto se dictará en un plazo máximo de dos días tras la audiencia⁹¹.

⁹⁰ El art. 122 bis fue introducido por la DF 43.ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

⁹¹ El tenor literal del art. 122.bis.2 *in fine* es el siguiente: «En el plazo improrrogable de dos días siguientes a la recepción de la notificación de la resolución de la Comisión y poniendo de manifiesto el expediente, el Juzgado convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos y libertades afectados o a la persona que éstos designen como representante a una audiencia, en la que, de manera contradictoria, el Juzgado oír a todos los personados y resolverá en

Tras la incorporación del art. 122 bis en la LRJCA, incluido en el capítulo dedicado al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, parece más acertado postular la aplicación analógica de este precepto que la del art. 763 de la LEC. De un lado, porque el artículo 122 bis diseña un procedimiento para un supuesto análogo de intervención en sede de autorización —no revisora— de la jurisdicción contencioso-administrativa. De otro lado, porque incorpora la celebración de un trámite de audiencia con la debida la participación del administrado, así como la del Ministerio Fiscal, que velará «por el respeto (...) de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa», *ex* art. 3.3 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal⁹². Se construye un procedimiento con una audiencia contradictoria totalmente adecuada en el marco de adopción de medidas sanitarias pues tienen una especial incidencia en la esfera de derechos y libertades relativos a la personalidad y dignidad de los ciudadanos. Junto a los anteriores, también es preciso destacar la brevedad de los plazos previstos en el art. 122 bis que en buena medida se ajustarán a la urgencia de las situaciones que exigen la inmediata autorización y ratificación de las medidas sanitarias en cuestión. Por último, en lo relativo al control determinados elementos de la ejecución de la medida mediante el auto de autorización o ratificación, si bien el art. 122 bis.2 exige que «[l]a decisión que se adopte únicamente podrá autorizar o denegar la ejecución de la medida», dicha restricción debe interpretarse en el sentido que al órgano judicial no le corresponde enjuiciar la legalidad de la misma; lo cual no excluye, a mi entender, que el juez pueda pronunciarse sobre aspectos como la duración de la medida, la restricción de su ámbito de aplicación u otros extremos, si de ello depende la efectiva tutela de los derechos fundamentales afectados, según se ha visto anteriormente.

4. SUPUESTOS COMPETENCIALES CONFLICTIVOS.

Queda en último lugar centrar nuestra atención en lo competencial. No será habitual que se trasladen aquí las controversias suscitadas en relación a la competencia objetiva cuando la actuación administrativa para la cual se requiere la autorización ha sido recurrida y se solicita la suspensión de su ejecutividad, puesto que en el marco de las medidas sanitarias imperará la coacción directa, como ya se ha visto. No obstante, otros elementos de orden competencial pueden suscitarse en este contexto. De un lado, con relación a la determinación de la competencia territorial. Del otro, se plantea el posible encabalgamiento entre la autorización judicial de entrada y la autorización de las medidas sanitarias.

el plazo improrrogable de dos días mediante auto. La decisión que se adopte únicamente podrá autorizar o denegar la ejecución de la medida».

⁹² Aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre. Son también de aplicación los arts. 124 de la CE y 541 de la LOPJ que recogen su función de defensa «de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley»,

A. La determinación de la competencia territorial.

En relación con la autorización judicial de entrada, es una cuestión pacífica entre la jurisprudencia y la doctrina que la competencia recae en el juzgado de lo contencioso-administrativo en cuya circunscripción territorial radique el espacio en el que se pretenda el ingreso, ya sea domicilio ya sea propiedad privada, en virtud del art. 14.1 tercera de la LRJCA⁹³. Por el contrario, en el marco de la ejecución de medidas sanitarias, la aplicación de las reglas del art. 14 de la LRJCA podría no ser adecuada para resolver la multiplicidad de situaciones que pueden someterse a conocimiento del juez⁹⁴.

El art. 14.1 primera de la LRJCA establece que con carácter general será competente el órgano judicial «en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado». En principio, dicho precepto resulta de aplicación, ya que ninguno de los supuestos especiales que plantea el art. 14.1 encaja con las medidas sanitarias referidas en el art. 8.6 de la LRJCA. Sin embargo, dada la trascendencia de los derechos afectados por la actuación administrativa sanitaria y la urgencia que reviste su ejecución, en ocasiones el fuero debería ser el del domicilio de la persona afectada por la medida —lo cual, además, facilitaría la celebración del trámite de audiencia en el proceso— o, incluso, el del lugar en el que se pretenda la hospitalización o internamiento, si esa fuera la medida sanitaria a autorizar o ratificar por el juez. Esta atribución de la competencia territorial se defiende en todo caso con el fin de favorecer a la persona sometida a las medidas ablativas de la Administración. Junto a lo anterior, cabe tener también en cuenta el art. 14.2 de la misma norma, que prevé que cuando exista una pluralidad indeterminada de destinatarios —como puede muy bien suceder en este contexto— es competente el juez donde radique la sede del órgano del cual proviene el acto a ejecutar.

B. El encabalgamiento entre la autorización de medidas sanitarias y la autorización judicial de entrada.

A pesar de que la autorización judicial de entrada y la autorización de medidas sanitarias están pensadas y diseñadas para operar en distintos contextos, las muchas características que comparten pueden resultar en conflictos en cuanto a su aplicación como títulos competenciales para la intervención del juez de lo contencioso-administrativo. Se

⁹³ Según el precepto corresponde la competencia territorial a «al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción radiquen los inmuebles afectados cuando se impugnen planes de ordenación urbana y actuaciones urbanísticas, expropiatorias y, en general, las que comporten intervención administrativa en la propiedad privada».

⁹⁴ Así lo apunta José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «El control jurisdiccional de las medidas urgentes y necesarias para la salud pública», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 478, marzo de 2001, p. 4. Dicho autor entiende que tanto el órgano administrativo, como el domicilio del interesado e incluso el lugar en el que se pretende el internamiento pueden determinar la competencia territorial dadas las características de las medidas sanitarias.

abordan aquí dos de los aludidos supuestos conflictivos. De un lado, se plantea el posible solapamiento de las dos autorizaciones judiciales cuando está en juego el derecho a la inviolabilidad del domicilio, puesto que es objeto de tutela por ambas. Del otro, se suscita el interrogante de si toda medida sanitaria, a pesar de no restringir ningún derecho fundamental, debe someterse a la autorización judicial de entrada si se cumple el supuesto de hecho descrito por el art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA.

Si bien es cierto que la regulación de la autorización de medidas sanitarias contenida en el artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA no se refiere de forma explícita al derecho a la inviolabilidad del domicilio, este no puede más que entenderse también protegido por esta disposición al referirse expresamente a la «privación o restricción de la libertad o *de otro derecho fundamental*». A pesar de que el precepto esté principalmente orientado a la protección de la libertad personal o del derecho a la integridad física, lo cierto es que la inviolabilidad domiciliaria puede verse afectada por la adopción de medidas de este tipo. Se podrían poner como ejemplo los supuestos en los que las condiciones de insalubridad de la vivienda de un ciudadano —pongamos que a consecuencia del llamado síndrome de Diógenes— entrañen un riesgo para la salud del propio afectado como de toda una comunidad de vecinos, por lo que se haga necesario acceder al domicilio para su desinfección⁹⁵. O los casos de adopción de medidas de incautación o inmovilización de productos, de suspensión del ejercicio de actividades, o de cierre de una empresa o de sus instalaciones —previstas en el artículo 26.1 de la LGS y 54 de la LGSP—, en los que podría igualmente verse conculcado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la persona jurídica a la que se dirige la actuación administrativa o el derecho a la propiedad privada⁹⁶.

⁹⁵ La jurisprudencia consultada en la que se plantean este tipo de situaciones, opta por la aplicación del art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA de modo que se autoriza la entrada en un domicilio; no la ejecución de una medida sanitaria urgente y necesaria. Así en la STSJ de Extremadura 232/2008, de 14 de noviembre (JUR 2009/145617), en la STSJ de Andalucía 2213/2012, de 16 de julio (JUR 2012/324512) o en la STSJ de Madrid 1216/2010, de 17 de junio (JUR 2010/321334). En esta última, el Tribunal de Madrid resuelve un recurso de apelación contra el auto que autoriza la entrada en el domicilio de un administrado, solicitada por un consistorio local con el fin de efectuar la limpieza del domicilio ya que «existían claras razones higiénico-sanitarias que justificaban una actuación inmediata» (FJ 5.º). Tanto el TSJ, como el juez «a quo» —según se desprende de la sentencia— acudieron directamente al artículo 8.6, párrafo primero, de la LRJCA (entonces 8.5), sin plantearse en ningún momento que la intervención judicial hubiese podido también justificarse en el párrafo segundo.

⁹⁶ Sirvanos de ejemplo alguna jurisprudencia de los TSJ, en la que se enjuicia en sede de responsabilidad patrimonial la adecuación de la adopción de medidas urgentes y necesarias para la salud pública, cuya ejecución es susceptible de vulnerar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Cabe señalar, sin embargo, que en los respectivos antecedentes de hecho nada se dice ni sobre autorizaciones judiciales de entrada, ni sobre autorizaciones o ratificaciones judiciales. Así los siguientes pronunciamientos judiciales: STSJ de Madrid de 16 de diciembre de 2003 (JUR 2005/160738), en relación con la inmovilización cautelar y posterior destrucción de carne, pescado y otros productos alimenticios que se hallaban en las instalaciones de una sociedad mercantil; también la STSJ de Madrid núm. 253/2005, de 18 de marzo (RJCA 2005/1109), sobre el cierre cautelar y posterior suspensión del funcionamiento de un centro de medicina estética; la STSJ de Andalucía de 5 de enero de 2006 (RJCA 2006/256), que atañe a la inmovilización cautelar de aceite de orujo. En los tres supuestos, bien pudiera

Ante la adopción de este tipo de medidas, no es ocioso preguntarse cuál es el título competencial que habilita la intervención del juez de lo contencioso-administrativo, habida cuenta de que la legislación ofrece dos opciones: bien el artículo 8.6, apartado primero; bien el artículo 8.6, apartado segundo, de la LRJCA. Por un lado, en atención a la especialidad del fin perseguido —es decir, la protección de la salud pública— y el marco de la actividad administrativa en la que se inserta la medida —a saber, medidas de policía administrativa en materia sanitaria— la autorización o ratificación judicial deberá justificarse en el art. 8.6, apartado segundo, de la LRJCA. En cambio, por otro lado, en atención a la naturaleza de la actuación administrativa, si se considera que esta encaja en el concepto de ejecución forzosa, la intervención judicial podría justificarse en el apartado primero del artículo 8.6 de la misma Ley. La determinación de los criterios que justifican la intervención judicial en atención a uno u otro título competencial no es cuestión baladí, como se verá a continuación.

A mi entender, si la actuación administrativa en cuestión es susceptible de encajar indistintamente en cualquiera de los dos supuestos porque se afecta el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, debe prevalecer en todo caso la especificidad que implica el fin perseguido por la actuación administrativa y el marco en el que esta se insiere. Así pues, si se trata de una medida adoptada por las autoridades sanitarias, de carácter urgente y necesario —no se olvide— y encaminada a la tutela de la salud pública, el título competencial que legitima la intervención judicial para autorizar o ratificar la medida es el del artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA. Se excluye entonces, si se cumplen los anteriores extremos, la aplicación del art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA.

Dicha exclusión de la aplicación del art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA operará además en cualquier caso, al margen de cuál sea el derecho susceptible de ser restringido por la medida. Es decir, y respondiendo al segundo interrogante que se planteaba al principio, las medidas sanitarias urgentes y necesarias para la salud pública que no afecten a la libertad o ningún otro derecho fundamental no deberán someterse a la intervención judicial autorizadora, aún cuando su ejecución suponga una injerencia en los «restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular». La urgente y necesaria protección de la salud pública justifica, a mi entender, la adopción de medidas que puedan restringir el derecho a la propiedad privada u otros derechos de carácter patrimonial, sin que la Administración deba impetrar la autorización judicial de entrada recogida en el art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA⁹⁷. Además, es lógico

haber alegado la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, en lo cual no reparan ni los recurrentes ni tampoco el Tribunal al enjuiciar las demandas de responsabilidad. En todos los supuestos, las medidas se ejecutaron sin autorización alguna, tampoco la de entrada del art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA.

⁹⁷ Imagínese, por ejemplo, que se adopta una medida sanitaria urgente y necesaria cuya ejecución implica la destrucción de carne de vacuno sita en un matadero —que, sin más consideraciones, por sus características no pueda considerarse domicilio de una persona jurídica. En este caso, no corresponderá

presumir a la luz del ya aludido espíritu garantista del legislador plasmado en el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA que, si la voluntad del legislador hubiera sido la de tutelar en el marco de la adopción de medidas sanitarias otros derechos junto a los fundamentales —que se entiende que son los del Título I, Capítulo II, Sección 1.^a de la Constitución—, así lo hubiese hecho constar en dicho precepto.

Corresponderá en todo caso al órgano judicial, ante las circunstancias concretas de cada supuesto, sustentar su intervención en una u otra previsión competencial y adecuar a ella la valoración de la procedencia de la autorización. Como ya se ha dicho, el encaje en uno u otro precepto dependerá tanto de la finalidad de protección de la salud pública de la medida y de la concurrencia de los requisitos de urgencia y necesidad.

5. LA NATURALEZA DE LA AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS Y SU ENGARCE EN LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA.

Por último, procede detenernos en la naturaleza de la resolución dictada en virtud del art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA y su ensamblaje en la ejecución administrativa, así como su relevancia a efectos de legalidad y constitucionalidad de la medida sanitaria. A este respecto, si bien son aplicables con carácter general las consideraciones relativas a la autorización judicial de entrada, en ocasiones las especificidades asociadas a la mediación judicial en materia sanitaria comportaran diferencias de no poca trascendencia.

En primer lugar debe destacarse que la participación del juez en este marco consiste en el ejercicio de una función judicial no jurisdiccional, igual que en el supuesto de la autorización de entrada (art. 117.4 de la CE). El juez no ejerce control de legalidad ni función revisora alguna, sino que interviene en un ejercicio de ponderación entre el interés particular y el interés general —concretados respectivamente en la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de la salud pública— articulado por medio de la autorización o la ratificación. Esta categorización de la función del juez no obsta a que su conocimiento se dirija, como se ha visto anteriormente, al contenido de la medida en sí y la ponderación de la misma con la finalidad perseguida, para así ejercer el debido juicio de proporcionalidad. Se trata, en fin, de un mecanismo de ponderación o equilibrio de intereses⁹⁸.

autorización o ratificación judicial de la medida por no vulnerarse la libertad o derecho fundamental alguno. Y, esto es lo importante, tampoco será necesaria autorización judicial de entrada para acceder al espacio dependiente del consentimiento del titular, ya que prima la valoración de la naturaleza de la actuación administrativa como medida urgente y necesaria dirigida al fin de protección de la salud pública, por encima de su carácter ejecutivo, de modo que se excluye la posibilidad de aplicación del artículo 8.6, párrafo primero de la LRJCA.

⁹⁸ Podría parecer lo contrario a la luz del art. 51.3 de la Ley 7/2011, de 23 de marzo, de Salud Pública de Extremadura, según el cual: «La adopción de las medidas que en el ejercicio de su competencia adopte la autoridad sanitaria que impliquen privación o restricción de la libertad personal o de otro derecho fundamental será objeto de *fiscalización* por la jurisdicción contencioso-administrativa».

En segundo lugar, la resolución judicial encajará en la ejecución administrativa como un eslabón más, igual que en el supuesto de la autorización judicial. En ningún caso, la decisión del juez de lo contencioso-administrativo debe ser considerada como un título u orden judicial ejecutivo, papel que en cualquier caso desempeña la decisión administrativa. Esto es, la potestad de autotutela ejecutiva reside y permanece en manos de la Administración actuante, aunque es obvio que si se deniega la autorización la Administración deberá abstenerse de ejecutar y, en caso de que lo que se denegara fuera la ratificación, debería cesar en la ejecución.

Y ello porque, en tercer lugar, la consecuencia jurídica asociada a la falta de la intervención judicial en los supuestos en los que la norma lo exija será la ilegalidad de la ejecución administrativa. Así, si la medida sanitaria es ejecutada sin la intervención judicial cuando sea preceptiva según el tenor del artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA ello repercutirá en la legalidad de la ejecución, constitutiva entonces de una palmaria vía de hecho por carecer de un elemento esencial de la configuración legal del ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva.

Los anteriores razonamientos, además, no deben considerarse truncados por el hecho de que la intervención judicial se realice tras la ejecución de la medida sanitaria; es decir, cuando se articule a modo de ratificación. También en esta ocasión la participación del juez debe ser considerada como un elemento asociado a la ejecución administrativa que, de faltar, implicará la consiguiente vía de hecho. No será tampoco la resolución que deniegue la ratificación, la decisión judicial en la que proceda declarar la comisión de dicha vía de hecho o el cese de la medida, cuestiones ellas atinentes a la legalidad de la actuación administrativa y que no le corresponde despachar al juez de lo contencioso-administrativo cuando aquello que la Administración peticiona es una ratificación. No se me escapa que el anterior razonamiento, si bien correcto desde un punto de vista formal y congruente con la configuración de la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa construida por el art. 8.6 de la LRJCA, puede resultar en el plano material incómodo e incluso contrario al ánimo de la participación judicial, que no es más que proteger los derechos fundamentales del administrado frente al alcance e incidencia de alguna de dichas medidas. Administrado, sometido a una medida sanitaria ilegal por faltarle el componente judicial, que deberá recurrir a los distintos mecanismos que el ordenamiento jurídico articula frente a las vías de hecho. Ello no obstante, no es mi ánimo el de criticar la previsión de que la intervención judicial se articule a modo de ratificación, pues en más de una ocasión las circunstancias

mediante el *procedimiento para la protección de los derechos fundamentales* de la persona regulado en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». Creo oportuno interpretar la dicción literal del precepto en el sentido de remitirse a lo estipulado por el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA, y en lo relativo al procedimiento podría plantearse la aplicación de la tramitación procesal prevista para el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, especialmente a la luz de lo previsto en el art. 122 bis.2, como ya se ha visto.

pueden exigirlo. En todo caso, la rigidez de la configuración de la naturaleza de la intervención judicial y su imbricación en la ejecución administrativa, deben operar como acicate a la responsabilidad de las autoridades sanitarias en el marco de la ejecución de estas medidas ablativas, así como refuerzo de la idea ya expuesta de que la ratificación debe ser excepcional, frente a la autorización⁹⁹ —no solo por lo aquí expuesto, sino porque la idea misma de que la intervención judicial sea posterior a la ejecución administrativa se contradice con la voluntad de proteger cabalmente los derechos fundamentales.

Hasta aquí, estas consideraciones en nada divergen de las realizadas en relación con la autorización judicial de entrada, a las que me remito¹⁰⁰. Las distinciones se precipitan, en cambio, en orden a la determinación de si la falta de la intervención judicial autorizando o ratificando la ejecución administrativa constituirá la conculcación del derecho fundamental afectado por la medida en cuestión. Si bien en el marco de la autorización judicial de entrada es claro que a falta de autorización el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio habrá sido conculcado si la entrada no va acompañada del beneplácito judicial; no puede decirse lo mismo en todos los supuestos en los que se obvie la autorización o ratificación judicial de una medida sanitaria. A mi entender, la conculcación del derecho fundamental restringido solo se producirá si la intervención judicial viene impuesta bien por la norma constitucional bien por la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución. Se ha visto ya que la llamada reserva judicial solo se establece en relación con determinados derechos fundamentales susceptibles de ser afectados por medidas sanitarias; a saber, la libertad individual, la integridad física, la intimidad corporal y la inviolabilidad del domicilio. En el resto de supuestos la legislación de turno habilita la intervención del poder público en los derechos fundamentales sin que se exija o contemple la llamada reserva de jurisdicción. Lo que se quiere decir es que, en estos supuestos, la participación judicial que impone el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA es un elemento relativo a la legalidad de la ejecución administrativa, sin trascendencia constitucional¹⁰¹. Así, fuera de los supuestos

⁹⁹ Ello incluso en los supuestos en los que la norma no imponga la autorización, sino la ratificación. Como adivinará el lector, tengo en mente el art. 9.2.a) de la Ley de autonomía del paciente que estipula que las intervenciones clínicas que impliquen un internamiento obligatorio «se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas».

¹⁰⁰ *Vid.* el Capítulo IV.

¹⁰¹ Por poner un ejemplo, imagínese que la autoridad de turno prohíbe una reunión o manifestación por considerarse que ello supondría un riesgo para la salud pública, dada la aparición de una enfermedad contagiosa todavía no controlada susceptible de extenderse en caso de producirse una concentración tal de personas como la que acarrea una reunión o manifestación. Ya se ha visto que la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, en su artículo 10, prevé que si la «autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación», sin que la jurisprudencia del TC se haya pronunciado en el sentido de que junto a la decisión administrativa deba articularse una resolución judicial. En este supuesto, la ejecución de la orden en cuestión estaría viciada, por haber obviado la intervención establecida por el art. 8.6 de la LRJCA, pero considero que ello no llevaría aparejada la vulneración del derecho fundamental de reunión y manifestación.

de afectación de los derechos mencionados, la medida sanitaria que se ejecute sin el acompañamiento de la resolución judicial pertinente, si bien deberá considerarse viciada desde el plano de la legalidad, no podrá considerarse susceptible de conculcar el derecho fundamental restringido.

Discurrir en sentido contrario, podría incluso llevarnos a considerar que el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA es inconstitucional. Y ello porque, si asumimos que la ejecución sin autorización o ratificación judicial conculca aquellos derechos fundamentales, a su vez se presume que mediante una norma ordinaria como la LRJCA se ha incidido en el núcleo de dichos derechos fundamentales articulando un título —la participación judicial— que habilita su limitación en los supuestos que la legislación encargada de velar por la salud pública prevea la acción administrativa. De ahí que la exégesis del art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA deba ser serena, interpretándose la intervención judicial, allí donde ni el constituyente ni el TC la impongan, como una garantía asociada a la legalidad ordinaria, no al plano constitucional. La participación judicial se vincula así a la ejecución administrativa y a la potestad de autotutela, como elemento de ponderación de intereses y de garantía de los derechos de los administrados, pero en ningún caso como instrumento legal de regulación de los límites de los derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de un elemento de legalidad ordinaria orientado a reforzar su salvaguarda, en ningún caso de un instrumento que incide en la configuración, contenido o límites de los derechos fundamentales.

Expuesta la anterior argumentación, cabe apuntar que la anterior problemática se deriva a mi juicio de la asunción por parte de la LRJCA, una norma de carácter adjetivo —lo mismo que la LEC en el art. 763—, de funciones que corresponden en todo caso a la normativa sustantiva. En mi opinión, debe ser la norma especial la encargada de establecer los supuestos concretos en los que es preceptiva la participación judicial. No compete a la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa ocuparse de estos extremos, sino de atribuir a un determinado órgano judicial, de forma armonizada con la legislación sectorial, la correspondiente competencia para autorizar o ratificar medidas sanitarias allí donde la norma especial lo exija. Le compete también, regular los trámites del proceso para ello, el contenido mínimo de la decisión judicial resultante, los recursos disponibles frente a la misma, etc. —de lo cual poco hace—; sin que sea el instrumento adecuado para determinar en qué supuestos es preceptiva esta peculiar intervención judicial.

IV. UN SUPUESTO ADICIONAL DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL EN MATERIA SANITARIA: LAS ALTAS FORZOSAS.

Cuando se ha abordado el estudio del objeto de la autorización o ratificación prevista en el párrafo segundo del art. 8.6 de la LRJCA, se ha destacado la indeterminación de la norma y la necesidad de recurrir a la legislación sectorial para la integración el precepto. Dicha indeterminación, además, puede llegar a generar conflictos en torno a

la concreción de la jurisdicción competente, si a ello se añade una parca normativa sectorial que no duda en exigir el auxilio judicial para determinadas actuaciones de carácter médico sin tener en cuenta su encaje en la legislación procesal. Este es el caso de las altas forzosas que prevé el art. 21 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente. Interesa parar mientes en el apartado segundo de dicho precepto, según el cual «[e]n el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión».

Aunque las altas forzosas puedan parecer una cuestión esporádica, se trata de un problemática relativamente común en nuestros centros sanitarios¹⁰². Problemática que el art. 21 ha querido resolver incorporando la participación del juez, aun cuando esta nueva previsión no esté falta de controversia. Muestra de ello es la STSJ de La Rioja 164/2009, de 20 de mayo¹⁰³, dictada en relación con este asunto. Ante la negativa de una paciente a aceptar el alta médica y abandonar un centro hospitalario riojano, la Administración solicita autorización judicial de conformidad con el mencionado artículo 21.2 de la Ley 41/2002. Llegado el asunto al juzgado de lo contencioso-administrativo correspondiente, el juez declara la «falta de jurisdicción (...) por corresponder su conocimiento al orden jurisdiccional civil». Al resolver el recurso interpuesto por la Administración el TSJ estima, por el contrario, que el asunto entra dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa y la competencia corresponde a los juzgados de lo contencioso-administrativo en virtud del artículo 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA. El TSJ de La Rioja justifica dicha atribución competencial en la concurrencia de los requisitos exigidos por la LRJCA. De un lado, se restringe la libertad de la paciente al imponerle el alta en contra de su voluntad. Del otro, estima que la negativa al alta «supone la limitación para otros enfermos, por tanto, se ven afectados otros ciudadanos, posibles usuarios de la sanidad pública», concluyendo que «nos encontramos ante una medida adoptada por autoridad sanitaria, necesaria para la salud pública y que implica restricción de la libertad», justificando así la competencia del juzgado de lo contencioso-administrativo.

¹⁰² Desafortunadamente, no es una situación anómala que los pacientes se nieguen al alta —y sobretodo a su consecuencia más inmediata: el abandono del centro hospitalario—, a pesar de que en la jurisprudencia de los TSJ quede poco rastro de ello, seguramente a consecuencia de la falta de litigiosidad de los sujetos a los que se acaba dirigiendo el alta forzosa. El fenómeno apuntado responde a una problemática de carácter tanto económico, como social y sanitario, en el que se hallan mayoritariamente ancianos y personas que no disponen de suficiente acompañamiento o carecen de un entorno familiar de apoyo para ser atendidos en sus domicilios tras el alta, motivo por el que se oponen a abandonar los centros. Muestra de su relevancia social es que incluso la prensa se hace eco de esta situación (Diario ABC, de 22 de julio de 2007 en: http://www.abc.es/hemeroteca/historico-22-07-2007/abc/Nacional/okupas-en-el-hospital_16460878294.html).

¹⁰³ STSJ de La Rioja 164/2009, de 20 de mayo (JUR 2009/292004).

Salta a la vista lo forzado de la argumentación del TSJ de La Rioja para encajar la situación al supuesto de hecho descrito por el párrafo segundo del art. 8.6 de la LRJCA. De un lado, porque difícilmente un alta obligatoria puede considerarse como una medida dirigida a la protección de la salud pública. De otro lado, porque la LRJCA no solo califica las medidas sujetas a autorización según el fin al que van dirigidas, sino que también las caracteriza como «urgentes y necesarias». Asimismo, difícilmente puede considerarse que un alta forzosa restringe el derecho a la libertad personal de la paciente —en todo caso, podría decirse que afecta su derecho a la salud. En fin, los presupuestos que exige el art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA no son trasladables a las altas forzosas que en general se puedan considerar y, a mi juicio, en ningún caso el TSJ de La Rioja ha conseguido motivar adecuadamente la asunción competencial del juzgado de lo contencioso-administrativo a la luz de las circunstancias del caso.

No hay duda de que la problemática apuntada se deriva de la indeterminación de la norma, en concreto del art. 21.2 de la Ley de autonomía del paciente, que omite hacer referencia alguna al orden jurisdiccional y órgano judicial al que corresponden dichas autorizaciones¹⁰⁴. Constituye el precepto señalado, en ausencia de cobertura específica en las normas procesales correspondientes que acoja dichos supuestos de autorización judicial, la creación de una nueva función o competencia judicial. Ante el vacío legislativo y frente a la situación de conflicto que ello provoca, la asunción de la competencia por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud del art. 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA, exige como se ha visto una interpretación muy forzada del precepto¹⁰⁵.

Por ello, la declaración de falta de jurisdicción del juzgado de lo contencioso-administrativo a favor de la jurisdicción civil resulta ajustada al marco legal actual. Y ello porque no existe ningún título competencial que ampare la función de «confirmar o revocar» las altas forzosas prevista en el art. 21.2 de la Ley de autonomía del paciente —ni existe precepto alguno que pueda invocarse por aplicación analógica, a mi juicio tampoco el 8.6, párrafo segundo, de la LRJCA; de modo que, ante este vacío legislativo opera con toda su intensidad la *vis* atractiva de la jurisdicción civil consagrada en el art. 9.2 de la LOPJ, según el cual «[l]os Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a

¹⁰⁴ Pone de manifiesto la problemática subyacente a la falta de determinación del órgano judicial competente que «introduce un elemento de incertidumbre no deseable en atención a la premura de este tipo de asuntos», David LARIOS RISCO, «La nueva relación asistencial: derechos de los pacientes y deberes de los profesionales», en la obra colectiva coordinada por él mismo, *El marco jurídico de las profesiones sanitarias*, Valladolid, Lex Nova, 2007, p. 223.

¹⁰⁵ Acaso, de reconocerse que la cuestión entra dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa —de conformidad con el art. 1 y siguientes de la LRJCA—, podría sugerirse que asumieran la competencia los TSJ, en virtud de la atribución competencial residual del art. 10.1.m) de la LRJCA; solución que tampoco me parece adecuada.

otro orden jurisdiccional»¹⁰⁶. Esta es en definitiva la norma que ordena la participación del juez prevista por el art. 21.2 de la Ley 41/2002, entregando a la jurisdicción civil dicha competencia, hasta que el legislador tenga a bien considerar su atribución expresa a este o a otro orden jurisdiccional.

¹⁰⁶ Sentado que la jurisdicción competente es la civil, debería entonces acudir al art. 45 de la LEC según el cual «[c]orresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales».

CAPÍTULO SEXTO

LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL EN EL MARCO DE LAS INSPECCIONES ORDENADAS POR LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

La protección de la libre concurrencia constituye actualmente un eje esencial para el desarrollo de cualquier economía de mercado. Su objetivo es el mantenimiento de un marco en el que los operadores económicos puedan competir libremente y así alcanzar una eficiencia productiva que resulte, a la postre, en unas mejores condiciones para los consumidores¹. En este contexto fue aprobada la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), que derogó la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, adaptándose el marco normativo español a las nuevas características de los mercados, así como al contexto europeo pautado por el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (en adelante, Reglamento 1/2003 o Reglamento europeo)².

Como se señala en el mismo preámbulo de la LDC, su finalidad es erigir «un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado». La Ley confía la consecución de dicho fin a la Comisión Nacional de la Competencia (órgano de nuevo cuño), en colaboración con las autoridades autonómicas correspondientes y los tribunales de justicia. Para ello, le son concedidas un basto elenco de potestades, entre las que se incluye la potestad de inspección. Es precisamente en el desarrollo de las facultades de la inspección donde el legislador encaja de forma explícita la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa llamada de nuevo a cohonestar el ejercicio del poder público con los derechos de los administrados. Ello se debe, entre otros, a los amplios poderes que se atribuyen a los agentes inspectores —reforzados considerablemente respecto de la anterior Ley de 1989—, que alcanzan desde la copia de información, pasando por la entrada y precinto de los locales empresariales, hasta el acceso a domicilios particulares,

¹ La intervención pública en esta materia queda pues legitimada en último término en la tutela de los intereses de los consumidores que consagra el art. 51 de la CE.

² DOCE L 1, volumen 46, de 4 de enero de 2003. Téngase en cuenta que, tras la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea los arts. 81 y 82 han pasado a ser numerados como arts. 101 y 102. No obstante, el Reglamento no ha visto modificado su título original y sigue remitiéndose a los arts. 81 y 82.

lo cual exige la articulación de mecanismos de ponderación que tutelen los derechos de los sujetos inspeccionados³.

I. INTRODUCCIÓN.

En virtud de la DA 7.^a, uno, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, luce en el art. 8.6 de la LRJCA un tercer apartado, cuyo tenor literal es el que sigue⁴:

Además, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición.

Se pretende dar cuenta en las siguientes páginas de los elementos más destacados de la participación judicial articulada por la legislación de defensa de la competencia. La principal de sus características será que, a diferencia de la autorización judicial de entrada, el peso del enjuiciamiento del juez recae además de en la entrada, en el ejercicio del resto de facultades asociadas a la inspección, de modo que la intervención judicial —aun sin llegar a autorizar o denegar de forma directa la inspección— incide más profundamente en el ejercicio de las potestades de la Administración. Junto a lo anterior, la atención se dirigirá al estudio de los pilares del mecanismo autorizante, siguiendo el análisis una estructura similar a la que se ha sometido el estudio de la autorización judicial de entrada: los bienes jurídicos tutelados por la intervención judicial, de un lado; la actividad administrativa sometida a la autorización, del otro; y, por último, a los aspectos atinentes a lo competencial y procedimental.

³ Sobre las especialidades que reviste la inspección en el marco de protección de la libre competencia, véanse las interesantes observaciones de Javier GUILLÉN CARAMÉS, «Las investigaciones domiciliarias y el derecho a la confidencialidad en el Derecho de la competencia», en el monográfico coordinado por Sergio BACHES OPI, *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, en la *Revista de Derecho de la competencia y distribución*, monografía núm. 4, 2010, pp. 218 y ss.

⁴ Esta no fue la única modificación operada por la Ley de Defensa de la Competencia en la LRJCA. Así, la DA 7.^a, dos, de dicha norma añade el apartado j) al artículo 10.1 de la LRJCA, de modo que las Salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ pasan a ser competentes para resolver los recursos contra «[l]os actos y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia». Por su parte, la DA 7.^a, tres, ha modificado la DA 4.^a de la LRJCA añadiéndole un apartado 3.º que establece que serán recurribles: «Las resoluciones y actos del Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional». Esta no supone, sin embargo, una verdadera nueva atribución competencial, pues la Audiencia Nacional ya venía resolviendo los recursos contra las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano que la Ley 15/2007 ha sido sustituido por la mencionada Comisión.

Sin embargo, antes de abordar los anteriores extremos es preciso detenerse en el texto de las normas que disciplinan la autorización judicial en esta arena, puesto que no solo el art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA se ocupa de ello, sino que también deberá tenerse en cuenta el art. 40 de la LDC, así como los arts. 20 y 21 del Reglamento europeo. Como se verá, la conjugación de todos estos preceptos no es tarea sencilla.

II. LA REGULACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: INCONGRUENCIAS Y CONTRADICCIONES.

La cabal comprensión de los supuestos en los que se impone la autorización judicial en el marco del ejercicio de las funciones de inspección en defensa de la competencia exige acudir no solo al párrafo tercero del art. 8.6 de la LRJCA, sino también al art. 40 de la LDC, puesto que constituye el origen del precepto contenido en la Ley de la jurisdicción. El mencionado art. 40 de la LDC se encarga de regular las facultades de inspección del personal de la CNC y, a su vez, pretende conjugar el ejercicio de dichas facultades con algunos de los derechos de los sujetos afectados mediante la intervención autorizadora de la jurisdicción contencioso-administrativa. El problema de esta regulación es que la técnica legislativa empleada es un tanto confusa al no encajar de forma armonizada la articulación de las facultades de la inspección, la obligación de los administrados de someterse a la inspección y la incorporación de la autorización judicial a modo de bisagra entre los dos anteriores. Además, deben añadirse a lo anterior las notables discordancias entre la regulación contenida en dicho art. 40 y lo previsto en el art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA.

Para comprender el régimen jurídico aludido, es menester detenerse en la redacción y estructura del art. 40 de la LDC. Empieza dicho precepto recogiendo las facultades de inspección del personal al servicio de la Comisión Nacional de la Competencia, a los cuales se reconoce la condición de autoridad y un amplio abanico de poderes. En el artículo 40.2 se incluyen, entre otras, las siguientes facultades:

- a) *acceder* a cualquier *local, terreno y medio de transporte* de las empresas y asociaciones de empresas y al *domicilio* particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas,
(...)
- e) *precintar* todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección,

Y en su último párrafo establece que:

El ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente *autorización judicial*.

De la LDC interesa resaltar aquí, en primer lugar, que la autorización se impone no solo para acceder a determinados espacios, sino también para realizar precintos. En segundo lugar y en relación con la entrada, que se distingue entre dos tipos de espacios y dos tipos de titulares. De un lado, recoge la facultad de los inspectores para acceder a «locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas» y, del otro, para acceder «al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas». Esto es, la norma exige la autorización judicial para acceder a espacios que tanto constituyen domicilios constitucionalmente protegidos como espacios que escapan de dicho concepto, y ello en relación con las empresas y asociaciones de empresas, así como con los empresarios u otro personal.

En contraste con lo anterior, el art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA si bien recoge el acceso e inspección de locales, terrenos y medios de transporte junto al domicilio, no hace referencia o distinción alguna en relación con los titulares, de modo que la autorización será exigida en cualquier caso e independientemente del titular. Además, dicho precepto omite hacer referencia alguna al precinto como facultad de la inspección sujeta a autorización judicial. Estas son las primeras disonancias entre el artículo 40 de la LDC y el art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA.

Ahora bien, la correcta interpretación del artículo 40 de la LDC exige tener en cuenta lo que se establece en los siguientes apartados; en concreto en el cuarto, que prevé lo que sigue:

Si la *empresa o asociación de empresas* se opusieran a una inspección ordenada por el Director de Investigación o existiese el riesgo de tal oposición, éste deberá solicitar la correspondiente *autorización judicial cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales* al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de 48 horas. Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal de la Comisión Nacional de la Competencia para el ejercicio de las funciones de inspección.

Si se realiza una lectura detenida de los anteriores preceptos, se apreciará la contradicción entre el apartado 2.º y el apartado 4.º del artículo 40⁵. Mientras que en el

⁵ Antonio Pablo RIVES SEVA, «La autorización judicial de entrada en domicilio para la ejecución forzosa de los actos de la Administración», [en línea], marzo de 2012, disponible en web: <<http://noticias.juridicas.com/articulos>>, observa la aludida contradicción y propone que «la antinomia ha de resolverse exigiendo autorización judicial en todo caso, aplicando directamente el art. 8.6, párrafo tercero, de la Ley Jurisdiccional».

art. 40.2 se exige la autorización judicial para acceder e inspeccionar tanto domicilios como propiedad privada y para precintar locales y otros bienes, del art. 40.4 se desprende claramente que el auxilio judicial se requerirá cuando sean vulnerados derechos fundamentales —no solo la inviolabilidad domiciliaria—, de modo que se deduce que si el derecho afectado es el de propiedad privada o cualquier otro de naturaleza no fundamental no es necesaria autorización alguna. La anterior idea se refuerza además cuando el art. 40.3 establece que «[l]as empresas y asociaciones de empresas están *obligadas* a someterse a las inspecciones que el Director de Investigación haya autorizado».

En síntesis, el panorama que dibuja la legislación es el siguiente. De un lado, el artículo 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA exige la autorización judicial para penetrar en domicilios, locales, terrenos y medios de transporte en las inspecciones ordenadas por la CNC cuando el acceso a los mismos requiera el consentimiento de su titular. La LRJCA no distingue respecto del titular de dichos espacios, no alude a los derechos fundamentales de las empresas y asociaciones de empresas, ni tampoco hace referencia al precinto de locales, libros, documentos u otros bienes. Por su parte, el artículo 40.2 *in fine* de la LDC impone la autorización para precintar locales, libros, documentos u otros bienes, para acceder a los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas, así como para acceder al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, en defecto del consentimiento expreso del afectado. Y, en fin, el artículo 40.3 de la LDC obliga, en cambio, a las empresas y asociaciones de empresas a someterse a las inspecciones, excepto cuando —según el tenor literal del art. 40.4— la inspección sea susceptible de suponer una restricción de derechos fundamentales y la empresa o asociación de empresas se opusieran a la misma, en cuyo caso será preceptiva la autorización judicial.

A la vista de lo anterior se suscitan algunas discordancias y dudas. De un lado, surge el interrogante de si la inspección está facultada para acceder a los locales, terrenos y medios de transporte titularidad, no de las empresas, sino de los empresarios, administradores u otro personal de la empresa y, en su caso, si es precisa la autorización judicial. Del otro, si para acceder e inspeccionar espacios no domiciliarios de una empresa o asociación de empresas es preceptiva la autorización judicial o si, por el contrario, solo la afectación de sus derechos fundamentales o del derecho a la inviolabilidad del domicilio exige la participación judicial. Y, por último, si los jueces de lo contencioso-administrativo son también competentes para autorizar el precinto de locales, libros, documentos y otros bienes, teniendo en cuenta que el art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA en ningún caso se refiere a ello.

Como se ve, los problemas que plantea actualmente la regulación de la inspección, sus facultades, las obligaciones de los administrados y la intervención autorizadora de la jurisdicción contencioso-administrativa no son pocos. Ello se debe, de un lado, a las

incongruencias internas que encierra la redacción del art. 40 de la LDC. Del otro, a la deslavazada técnica legislativa en la modificación operada por la DA 7.^a de la LDC en el art. 8.6 de la LRJCA. Por último, a lo anterior debe añadirse la disonancia con la regulación contenida en la normativa europea en materia de defensa de la competencia. Ante el panorama descrito, es preciso hallar una exégesis de los preceptos que permita cohonestarlos, de modo que tanto la Administración, como la jurisdicción y los administrados objeto de inspección puedan actuar con la mayor seguridad jurídica posible.

1. EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: SU TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA E INSPIRACIÓN EN EL REGLAMENTO 1/2003 DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA.

La interpretación armonizada del art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA y del art. 40 de la LDC exige que nos remontemos a su origen. Entre otras fuentes normativas, la Ley de defensa de la competencia se inspira en el Reglamento 1/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Muestra de ello es que el artículo 40 de la LDC consiste en un traslado *parcial* del contenido de los artículos 20 y 21 de dicho Reglamento.

Así, por ejemplo, el art. 20 del mencionado Reglamento europeo —dedicado a las facultades de la inspección en empresas y asociaciones de empresas— en su apartado 2.a) recoge la de «acceder a todos los *locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas*». Y el artículo 20.7 prevé que si se constata la oposición de la empresa o asociación de empresas a la inspección «cuando, *de acuerdo con la normativa nacional (...)* [se] requiera un *mandamiento judicial* se formulará la correspondiente solicitud, pudiendo solicitarse también con carácter preventivo». Por su parte, el artículo 21 de la misma norma europea —dedicado a las facultades de la inspección en «otros locales»— establece en su apartado 1 que «[s]i existe sospecha razonable de que en *cualesquiera otros locales, terrenos o medios de transporte*, incluido el *domicilio particular* de los *empresarios, administradores y otros miembros del personal* de las empresas o asociaciones de empresas afectadas, se hallan libros u otra documentación (...), la Comisión podrá ordenar, mediante decisión, que se realice una inspección en esos locales terrenos y medios de transporte». Seguidamente, en el artículo 21.3 se impone que las inspecciones del 21.1 vayan autorizadas por un mandato judicial en los siguientes términos: «No podrán ejecutarse las decisiones adoptadas con arreglo al apartado 1 sino previa obtención de un *mandamiento judicial* de un juez del Estado miembro afectado (...).».

De los anteriores preceptos se desprende claramente que el Reglamento europeo prevé la posibilidad de que la inspección recaiga sobre la propiedad privada y el domicilio no

solo de las empresas o asociaciones de empresas, sino también de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas⁶. Ahora bien, un detalle es importante: mientras que en relación con los empresarios, administradores y empleados el Reglamento impone la intervención judicial para el acceso al domicilio y a la propiedad privada en cualquier caso; en el caso de empresas y asociaciones de empresas, solo cuando así lo exija la legislación nacional⁷.

La influencia del Reglamento europeo en la LDC se constata claramente en su elaboración parlamentaria. Por ejemplo, la facultad de inspección en el domicilio particular de los empresarios, administradores y personal es fruto de una enmienda que se apoyó explícitamente en el artículo 21 del Reglamento 1/2003. Inicialmente, la redacción contenida en el Proyecto de LDC del artículo 40.2.a) recogía únicamente la facultad para «acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas». La enmienda núm. 37 en el Congreso de los Diputados proponía la siguiente redacción del art. 40.2.a): «Acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones *e incluso al domicilio particular* de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, siempre y cuando *en este último caso* exista sospecha razonable de que se hallan libros u otra documentación relacionada con la empresa y *se disponga de consentimiento del interesado o de resolución judicial que lo autorice*»⁸. En el dictamen de la Comisión solo se aceptó la

⁶ La norma europea justifica que se contemple dicha facultad en los siguientes términos: «La experiencia ha puesto de manifiesto que en algunos casos se conservan documentos de índole profesional en los domicilios particulares de los directivos y de los colaboradores de las empresas. Por tanto es conveniente, para preservar la eficacia de las inspecciones, permitir a los agentes y demás personas acreditadas al efecto por la Comisión el acceso a todos los locales en los que puedan conservarse documentos de índole profesional, incluidos los domicilios particulares» (considerando 26). Coincide la doctrina al afirmar que el Reglamento 1/2003 del Consejo amplía las facultades de inspección de la Comisión ya que, entre otros, prevé las inspecciones en el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, así como en sus locales, terrenos o medios de transporte, supuestos todos ellos en los que el Reglamento exige la autorización judicial. En este sentido, José Luis GIL IBÁÑEZ, «La Comisión y la aplicación del Derecho comunitario de la competencia», en Luis GARRIDO ESTEPÁ (dir.), *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE 1/2003*, Madrid, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2005, pp. 124-125. En la misma obra colectiva, Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ *et al.*, «Coordinación entre los tribunales, la Comisión y las autoridades nacionales en la aplicación de los art. 81 y 82 del TCE», p. 215.

⁷ Es preciso recordar que no todos los Estados miembros de la Unión reconocen el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas —por ejemplo, Francia, Irlanda o los Países Bajos no lo hacen—, motivo por el que el Reglamento europeo se remite a la legislación nacional. En el supuesto español —al margen de la actual LDC— el ordenamiento jurídico exige un mandamiento judicial en el supuesto de la afectación del domicilio inviolable y del secreto de las comunicaciones —arts. 18.2 y 18.3 de la CE, respectivamente—, derechos susceptibles de ser afectados por la inspección.

⁸ La enmienda núm. 37 fue presentada por el Grupo Parlamentario Vasco y se justificó con la siguiente argumentación: «El artículo 21 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 establece que, en casos de sospecha razonable, resulta posible la inspección incluso del «domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas». Como quiera que la eficacia en la investigación de las conductas perseguibles por los órganos

primera parte de enmienda, rechazando aquella en la que se imponía la autorización judicial de entrada *exclusivamente* para los casos de acceso al domicilio, sin que en los posteriores trámites parlamentarios se suscitara cuestión alguna al respecto⁹.

La anterior no fue la única modificación fruto de una enmienda en el originario artículo 40 del Proyecto. De la tramitación parlamentaria es también conveniente señalar que el último párrafo del artículo 40.2 trae causa de varias enmiendas propuestas en sentido unánime por distintos grupos parlamentarios. En concreto, las enmiendas 10, 83 y 106 sugerían que se añadiera un párrafo final al artículo 40.2, del siguiente tenor literal: «El ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial». Como se ve, la redacción del actual último párrafo del artículo 40.2 coincide con la de las enmiendas, es decir, estas prosperaron. Todas ellas venían además justificadas en el mismo sentido: «Las facultades de acceso o precinto que se conceden en las letras a) y e) son de tal trascendencia que no resulta aceptable que puedan ejercerse discrecionalmente»¹⁰.

Como se ve, las aludidas contradicciones del artículo 40 de la LDC arrancan en las modificaciones incorporadas por las anteriores enmiendas que fueron aceptadas sin tener en cuenta la sistemática interna de la redacción originaria del artículo 40 del Proyecto de LDC —a mi entender, totalmente congruente en sí misma— que se refería únicamente a la necesidad de recabar una autorización judicial cuando fueran afectados derechos fundamentales, de modo que en el resto de supuestos las empresas y asociaciones de empresas quedaban obligadas a soportar la inspección. La incorporación de dichas enmiendas hubiera tenido que acompañarse de la debida adaptación del resto de disposiciones contenidas en el artículo 40, para que el resultante fuese sistemáticamente correcto y materialmente congruente. Lo mismo cabe decir sobre las disonancias entre el art. 40 de la LDC y el art. 8.6 de la LRJCA, que se derivan de la modificación de la DA 7.^a por el Senado, sin tener en cuenta la sistemática del art. 40¹¹.

competentes de defensa de la competencia en sus respectivos ámbitos es susceptible de incrementar su grado de certeza mediante la utilización de esa actuación investigadora en el domicilio de los presuntos infractores, resulta necesaria y ajustada a las disposiciones de pertinente aplicación la ampliación de la investigación a ese supuesto contenido en el Reglamento comunitario, en el bien entendido respeto de las garantías inherentes a los derechos individuales de la persona en los términos previstos en la norma comunitaria, en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico». BOCG, serie A, núm. 100-18, de 26 de febrero de 2007, p. 79.

⁹ El artículo 40.2.a) resultante según la Comisión es idéntico al actualmente vigente, según el cual las facultades de inspección incluyen «acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas». BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, 21 de marzo de 2007, núm. 100-20.

¹⁰ La enmienda número 10 es del Grupo Parlamentario mixto; la 83, del de Esquerra Republicana y, la 106, del Popular. BOCG, serie A, núm. 100-18, de 26 de febrero de 2007.

¹¹ Inicialmente, la DA 7.^a del proyecto de ley decía: «Además, los juzgados de lo contencioso-administrativo conocerán de las autorizaciones de los *actos de inspección* de la Comisión Nacional de la

No obstante, la tramitación parlamentaria trasluce una clara voluntad del legislador de —además de incluir los domicilios particulares como espacios a inspeccionar— tutelar por medio de una resolución judicial autorizadora otros derechos proyectados en locales, terrenos y medios de transporte en el marco de las inspecciones ordenadas por la Comisión Nacional de la Competencia. A mayor abundamiento, téngase en cuenta que las enmiendas 10, 83 y 106 que abogan por la exigencia de autorización de entrada se proponen a una redacción inicial del artículo 40.2 que no preveía como facultad de la inspección el acceso a los domicilios —previsión que es fruto de la ya comentada enmienda núm. 37— sino únicamente el acceso a locales, terrenos y medios de transporte, no obstante lo cual se consideró que era de «tal trascendencia» que debía someterse a previa consideración judicial.

2. UNA POSIBLE INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA DE LOS ARTÍCULOS 40 DE LA LDC Y 8.6, PÁRRAFO TERCERO, DE LA LRJCA.

A la vista del Reglamento europeo, de la tramitación parlamentaria de la LDC y, especialmente, de la literalidad de los preceptos, creo que solo cabe una interpretación de los artículos 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA y 40 de la LDC, a pesar de no ser la más acorde, en mi opinión, con la coherencia interna de la ordenación de la autorización judicial en este marco. Según dicha interpretación, la exigencia de que la jurisdicción contencioso-administrativa intervenga autorizando las actuaciones inspectoras opera en cualquier caso, al margen de la configuración del espacio en el que se proyecta la inspección, así como al margen de la titularidad del derecho afectado¹². Es decir, deberá mediar la autorización judicial para inspeccionar locales, terrenos y medios de transporte tanto de empresas o asociaciones de empresas, como de empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas. Lo mismo cabe decir cuando el espacio a inspeccionar sea un domicilio constitucionalmente protegido —por imperativo constitucional¹³. Esta exégesis es —

Competencia siempre que impliquen restricción de *derechos fundamentales* y que la empresa u asociación de empresas se opusiera a su ejecución, o existiese riesgo de tal oposición» (BOCG, serie A, núm. 100-1, de 8 de septiembre de 2006, p. 29). La redacción era acorde con el primigenio artículo 40 de la Ley. Dicha DA fue, sin embargo, modificada por el Senado sin atender a todas las peculiaridades del nuevo art. 40 (BOCG, serie A, núm. 100-23, de junio de 2007, p. 241).

¹² En sentido análogo Eugenio SORIANO, según quien la autorización judicial se exige «en los casos de precinto y de acceso a domicilio (...). Naturalmente para realizar el resto de las medidas de intervención previamente hay que acceder al local o domicilio o efectos, con lo cual, en definitiva, siempre es necesario permiso judicial (...)». José Eugenio SORIANO, *La defensa de la competencia*, Madrid, Iustel, 2007, p. 174.

¹³ En relación con las personas jurídicas, recuérdese la sentencia 137/1985, de 17 de octubre, (RTC 1985/137) en la que el Tribunal Constitucional les reconoció el derecho a la inviolabilidad. Junto a esta, la sentencia 69/1999, de 26 de abril, en la que el intérprete supremo de la Constitución ha delimitado el concepto de domicilio de las personas jurídicas «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 los documentos u

independientemente de la configuración del art. 40 de la LDC, su tramitación parlamentaria y sus contradicciones—, la que fuerza la redacción del art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA que en ningún caso hace mención a la titularidad de los derechos afectados por la inspección, imponiendo la autorización para «la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia». Además, junto a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el 40.2 *in fine* también exige la autorización para precintar locales, libros, documentos y otros bienes; y que el art. 40.4 de la LDC impone igualmente la autorización judicial cuando la inspección dirigida a empresas y asociaciones de empresas «implique restricción de derechos fundamentales», es decir, otros derechos fundamentales además de la inviolabilidad del domicilio.

La literalidad de las normas —insisto— fuerza la anterior interpretación. Sin embargo, a mi entender, esta configuración de la participación judicial en el marco de las inspecciones acordadas por la CNC no es la más acorde con la coherencia de la ordenación de la autorización judicial en sede contencioso-administrativa y con el marco europeo, en especial cuando la inspección se realiza en espacios constitutivos de propiedad privada de las empresas y asociaciones de empresas, por los motivos que se exponen a continuación. Así, por los motivos que expondré a continuación, creo que debería distinguirse entre los sujetos a los que se dirige la inspección —tal como hace el Reglamento europeo— y, si bien cuando del domicilio se trata la autorización es necesaria en todo caso, tratándose de propiedad privada, solo debe exigirse cuando esta pertenezca a personas físicas.

Se ha visto ya que tanto el art. 40 de la LDC como el art. 8.6 de la LRJCA se refieren a espacios no domiciliarios como objeto de las inspecciones acordadas por la CNC, en concreto los «locales, terrenos y medios de transporte» y que en ambas se impone la autorización para inspeccionarlos. No obstante, la primigenia estructuración del art. 40 de la LDC, el tenor literal del art. 40.3 y 4, y la regulación europea contenida en el Reglamento 1/2003 del Consejo sugieren que en relación con las inspecciones en propiedad privada el régimen de imposición de la autorización judicial sea otro distinto.

A mi juicio, cuando las inspecciones acordadas por la CNC recaigan sobre la propiedad privada, el criterio que debería determinar si la autorización es preceptiva es la titularidad sobre la misma, es decir, el sujeto que ostente la facultad de exclusión del espacio en cuestión. Considero que este debería ser el criterio a tener en cuenta, puesto que tanto la Ley de defensa de la competencia como el Reglamento europeo distinguen de forma constante entre dos clases distintas de sujetos a los que puede dirigirse la inspección: de un lado, las empresas y asociaciones de empresas, y, del otro, los empresarios, administradores u otros miembros del personal de las empresas y asociaciones de empresas. Se podría decir que la anterior es una distinción en atención a

otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros» (FJ 2.º *in fine*).

si el sujeto objeto de inspección es una persona jurídica —empresas y asociaciones de empresas— o una persona física —empresarios, administradores y personal—, que en términos generales debe aceptarse, aunque cabe tener en cuenta que también sujetos individuales pueden ser considerados como «empresas» en el supuesto de los empresarios individuales¹⁴.

Al margen de la anterior precisión, si nos asomamos de nuevo a la redacción del artículo 40 de la LDC, debe repararse en el hecho de que en relación con las empresas y asociaciones de empresas se faculta a la inspección para acceder a los «locales, terrenos y medios de transporte» [art. 40.2.a)]. En cambio, en relación con los empresarios, administradores y otro personal, la literalidad del texto se refiere únicamente a la facultad de inspección sus domicilios particulares [art. 40.2.a)]. En este punto podría argüirse que el art. 40.2.e) no faculta a la inspección para acceder al domicilio de las empresas o asociaciones de empresas, del mismo modo que no la faculta para acceder a la propiedad privada de los empresarios u otro personal. No obstante, dicha interpretación sería a mi entender excesivamente restrictiva. En lo relativo al domicilio de las empresas, porque el precepto alude explícitamente a «cualquier local» y, aunque este no sea el mejor modo de referirse al domicilio de las personas jurídicas, «cualquier local» incluye sin duda dicho domicilio¹⁵. Por lo que se refiere a la propiedad privada de los «empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas», parece lógico inferir que, si el artículo 40.2.a) prevé que la inspección se realice en su «domicilio particular», también se faculta la inspección en los «locales, terrenos y medios de transporte» de dichos sujetos —según el principio interpretativo *ad maiore ad minus*¹⁶. Además, no cabe duda de que en la consecución de los fines de defensa de la

¹⁴ De hecho, la misma DA 4.ª.1 de la LDC establece que «[a] efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación».

¹⁵ Cabe recordar que la anterior Ley de Defensa de la Competencia, la Ley 16/1989, de 17 de julio, ya preveía en su artículo 34.1 que en los casos de investigación domiciliaria (así se intitulaba dicho artículo) «el acceso a los locales podrá realizarse con el consentimiento de sus ocupantes o mediante el mandamiento judicial». La ley asimilaba en dicho precepto de forma automática el concepto de local al de domicilio. En el apartado 3º, el artículo 34 se remitía al «Juez o Tribunal competente» estableciendo un plazo máximo de resolución de la autorización de 48 horas. Esta remisión al órgano jurisdiccional competente, en 1989, debía entenderse al artículo 87.2 de la LOPJ que atribuía la competencia a los jueces de instrucción. Posteriormente, tras la aprobación de la LRJCA de 1998, el artículo 21 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, modificó el artículo 34 y en el apartado 3º se previó de forma explícita que se «solicitará autorización de entrada en el domicilio al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo». Realizó un pormenorizado estudio de la ahora derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, José María BAÑO LEÓN, *Potestades Administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996. En relación con el mencionado artículo 34, acúdase a las páginas 181-189.

¹⁶ Recuérdese además que el artículo 21.1 del Reglamento europeo prevé explícitamente la inspección en «otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas».

competencia que marca la Ley 15/2007, parte del éxito de la inspección residirá en ocasiones en acceder a lugares no directamente vinculados con la empresa pero titularidad de los empresarios, administradores o empleados como, por ejemplo, sus vehículos particulares, en los que puede hallarse documentación o información relevante para la inspección. En definitiva, debe entenderse que la inspección está facultada para acceder al domicilio y a la propiedad privada tanto de las empresas y asociaciones de empresas, como de los empresarios, administradores o empleados.

Dicho lo anterior, puesto que el artículo 40.3 de la LDC impone a las empresas y asociaciones la obligación de «someterse a las inspecciones que el Director de Investigación haya autorizado», a *sensu contrario* puede interpretarse que los empresarios, administradores y otro personal podrán oponerse a las inspecciones dirigidas no solo a su domicilio —acorde con el mandato constitucional— sino también a las que recaigan sobre su propiedad privada. Es decir, al no limitarse su facultad de exclusión respecto de la propiedad privada, para vencer dicha resistencia sería necesaria la autorización judicial. Así, en el caso de que la inspección requiera acceder a propiedad privada —locales, terrenos o medios de transporte—, la autorización solo se requerirá cuando el titular que se oponga sea una persona física. Esta interpretación, además, coincide con la regulación que el Reglamento europeo 1/2003 impone en relación con la autorización judicial, como ya se ha visto, que en todo caso exige el mandamiento judicial —al margen de las legislaciones nacionales— cuando la inspección se dirija a los empresarios, administradores y otro personal.

A mayor abundamiento, la anterior es una exégesis congruente con la jurisprudencia constitucional en torno a la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. Una vez reconocido que las personas jurídicas gozan del derecho a la inviolabilidad del domicilio, el TC ha establecido matices al respecto puesto que en su caso no subyace el derecho a la intimidad, que es un derecho de carácter personal. Así, el Tribunal modula el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, de un lado, acotando los espacios susceptibles de considerarse como tales y, del otro, graduando la intensidad de la protección de dichos espacios, la cual será menor que la concedida al domicilio de las personas físicas. La menor intensidad de la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas se traduce en que no pueden trasladarse en todos sus extremos las exigencias relativas a las entradas amparadas por resoluciones judiciales a los supuestos de domicilios de personas físicas a efectos de considerar vulnerado el derecho fundamental de las jurídicas. En otras palabras, se reduce la intensidad del control de «corrección constitucional» de los elementos que debe revestir la autorización judicial¹⁷. Así pues, si la intensidad de protección es menor tratándose del domicilio

¹⁷ Según el TC, «el juicio sobre la constitucionalidad de la entrada domiciliaria(...) adopta perfiles característicos que alejan los criterios rectores del proceder judicial, y también de nuestro enjuiciamiento sobre la corrección constitucional de las resoluciones judiciales aquí impugnadas, de supuestos en los que, bien por la intensidad de aflicción que la medida suponga para el derecho en cuestión, bien por tratarse

inviolable de las personas jurídicas, no es desacertado pensar que en el supuesto de su propiedad privada, la inspección pueda realizarse sin el auxilio judicial.

En conclusión, me parece oportuno sostener que con ocasión de las inspecciones en materia de defensa de la competencia, la autorización judicial debería exigirse para acceder al domicilio constitucionalmente protegido tanto de personas físicas como jurídicas; pero, en el supuesto de propiedad privada, únicamente cuando su titularidad recaiga sobre personas físicas. En fin, esta interpretación es acorde además con la idea subyacente en el art. 40.4 de la LDC que pretende tutelar por medio de la autorización judicial derechos fundamentales, como la inviolabilidad del domicilio o el derecho a la intimidad que puede manifestarse en distintos espacios titularidad de empresarios y otro personal, pero del cual no gozan las personas jurídicas.

No cabe duda de que en esta ocasión contribuirá a desentrañar el sentido o articular una interpretación armonizada del contenido de los preceptos estudiados, la reacción jurisprudencial frente a las autorizaciones solicitadas por la Comisión Nacional de la Competencia. Sin embargo, de la lectura de las todavía no muy abundantes resoluciones dictadas al respecto desde la entrada en vigor de la ley se desprende que la jurisdicción contencioso-administrativa aún no se ha hallado en la necesidad precisa de discernir cuáles son los supuestos en los que la autorización judicial es necesaria en este marco¹⁸. Deberá esperarse pues a que se genere una mayor casuística, especialmente

del núcleo esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que es la preservación de la intimidad personal y familiar, el canon de enjuiciamiento deba ser mucho más estricto». , FJ 5º de la STC 69/1999, de 1 de junio (RTC 1999/69).

¹⁸ En las resoluciones dictadas hasta ahora por los tribunales superiores de justicia en apelación contra autorizaciones concedidas o denegadas en instancia —todas ellas referidas a empresas—, no ha sido discutido por las partes si el espacio en el que se pretendía el acceso requería autorización judicial o no, con lo que tampoco el órgano judicial se ha pronunciado al respecto. En todos los supuestos el espacio a inspeccionar se ha considerado constitutivo de domicilio, remitiéndose así la fundamentación jurídica a toda la construcción jurisprudencial elaborada alrededor del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sin que en ocasión alguna se mente —ni que someramente con fundamento a la literalidad del art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA o del art. 40.2 de la LDC— su extensión a la propiedad privada y en relación con qué sujetos. Véanse en este sentido las siguientes resoluciones, entre otras: SSTSJ de Cataluña 246/2010, de 19 de marzo (JUR 2010/244773), 603/2011, de 14 de julio (JUR 2011/338569); SSTSJ de Madrid 681/2010, de 2 de junio (JUR 2010/345961), 838/2010, de 22 de junio (JUR 2011/26443), 309/2012, de 30 de marzo (JUR 2012/200829), 457/2011, de 16 de mayo (JUR 2011/343763); SSTSJ de Galicia 257/2010, de 11 de marzo (JUR 2010/176923) y 258/2010, de 11 de marzo (JUR 2010/176934); STSJ de Andalucía (Granada) 3366/2011, de 12 de diciembre (JUR 2012/58835).

Por su parte, de alguna de las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, se desprende igualmente que los juzgados de lo contencioso-administrativo por el momento únicamente han autorizado a la inspección para acceder a espacios considerados como domicilio de personas jurídicas. Así en la Resolución de la Comisión de 3 febrero de 2009 (AC 2009/845), de 4 de mayo de 2009 (AC 2009/1047), de 28 de diciembre de 2009 (JUR 2010/7272), entre otras. En las mismas, sin embargo, tampoco se entra en consideración alguna respecto a la calificación del espacio en cuestión como domicilio o propiedad privada.

cuando se trate de la afectación de otros derechos fundamentales distintos a la inviolabilidad domiciliaria —y del derecho a la propiedad privada— o en el supuesto de inspecciones sobre la propiedad privada de empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas.

III. DERECHOS TUTELADOS Y FUNCIONES DE INSPECCIÓN CONTROLADAS POR LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

Después de haber señalado los problemas interpretativos derivados de la redacción del art. 40 de la LDC y su conjunción con el art. 8.6, párrafo tercero de la LRJCA, y propuesta una interpretación acorde con el marco normativo europeo y, sobre todo, con el espíritu de la institución autorizante como mecanismo de ponderación de intereses contrapuestos, corresponde reparar en los elementos que definen la autorización contencioso-administrativa en el ámbito de la defensa de la competencia. De nuevo se atenderá a la estructura seguida hasta ahora, dirigiendo la atención a los derechos tutelados por la autorización y a la actividad sometida al cedazo judicial.

1. LOS DERECHOS TUTELADOS POR LA RESOLUCIÓN JUDICIAL AUTORIZADORA FRENTE A LA INSPECCIÓN.

A lo largo del estudio del entramado que dibuja el art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA junto con el art. 40 de la LDC han quedado apuntados ya cuáles son los bienes jurídicos tutelados en el marco de las inspecciones giradas por la Comisión Nacional de la Competencia. No obstante, es menester volver de nuevo a este asunto para reparar en las particularidades que presenta en relación con el resto de supuestos autorizantes.

Como se ha visto, el art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA y el art. 40 de la LDC exigen la intervención judicial cuando en el desarrollo de la inspección se precise acceder a locales, terrenos y medios de transporte, y a domicilios; para precintar locales, libros, documentos u otros bienes; así como cuando pueda restringirse cualquier otro derecho fundamental. De entrada, pues, los derechos que tutelará el juez de lo contencioso-administrativo frente a las inspecciones serán el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propiedad privada —entendido en sentido amplio— y otros derechos fundamentales susceptibles de ser afectados no solo por las facultades de entrada y precinto, sino por cualquier otra facultad de las reconocidas a la inspección. Se amplía pues, con respecto de la autorización de entrada, el elenco de derechos protegidos por la autorización contencioso-administrativa.

A. El derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

Sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio, dado que ha sido objeto de estudio en capítulos precedentes, baste notar aquí que —al margen de la imprecisión de la LDC al mentar los «locales» de las personas jurídicas en lugar de referirse al domicilio [art.

40.2.a)]— la alusión del art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA es no solo al domicilio de las personas físicas, sino también de las jurídicas, de modo que la legislación incorpora así la doctrina de la STC 137/1995, de 17 de octubre, de forma explícita. El acierto del legislador con esta fórmula es incontestable, en comparación con otros supuestos normativos en los que se hace referencia al domicilio social, locales u otros conceptos que pueden llegar a crear cierta inseguridad jurídica, habiendo sido reconocido este derecho fundamental a las personas jurídicas por el TC.

Al margen pues de la inviolabilidad domiciliaria, a continuación se dirige la atención a aquellos aspectos más relevantes en relación con los bienes jurídicos tutelados por la autorización judicial que, a mi entender, son dos: de un lado, la trascendencia de la protección del derecho a la propiedad privada en el marco del ejercicio de funciones de inspección y, del otro, la garantía de otros derechos fundamentales según reza el art. 40.4 de la LDC.

B. El derecho a la propiedad privada y el ejercicio de las facultades de inspección: la trascendencia de la positivización de la imposición de la autorización judicial.

La imposición de la autorización judicial para acceder a «locales, terrenos y medios de transporte» en el art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA y el art. 40 de la LDC plantea de nuevo el interrogante de qué derechos se pretenden tutelar. Como ya se ha razonado en otro lugar, la imposición de la autorización en atención a la facultad de exclusión acaba tutelando un amplio abanico de derechos de contenido patrimonial —sin que resulte adecuado para la protección del derecho a la intimidad. La imposición de la autorización para acceder a «locales, terrenos y medios de transporte» resulta en una forma de protección del derecho a la propiedad privada, entendido en sentido amplio¹⁹. La pretensión, pues, que se deduce de la literalidad del precepto es la de proteger bienes jurídicos ajenos a la inviolabilidad del domicilio. Además, no solo se incluyen espacios con el carácter de bienes inmuebles —que es a lo que se refería la normativa

¹⁹ Existe doctrina, sin embargo, que entiende que la alusión de la LDC a los locales consiste en «una amplia configuración legal de lo que debe entenderse por domicilio de las persona jurídicas», aunque no sin poner de manifiesto que no se tiene en cuenta posibilidad de que el local «pueda tener la calificación o no de domicilio a los efectos de la protección que le depara el art. 18.2 CE». De lo cual se concluye que «[e]n este sentido la LDC peca quizás de un exceso de garantismo pues no siempre los locales que puedan ser objeto de la inspección de competencia tendrán la condición de domicilio y, por ende, en un principio no debería ser necesari[a] la autorización judicial para entrar en los mismos». Véase Javier GUILLÉN CARAMÉS, *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, p. 266; el mismo autor en idéntico sentido en «Los derechos de los sujetos pasivos de la inspección en el Derecho de la Competencia», en MARTÍN REBOLLO, Luis (dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 1, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, p. 951 y ss., pues solo alude al domicilio.

estudiada hasta ahora—, sino que se reseñan también los medios de transporte que no pueden más que considerarse bienes muebles²⁰.

Se rompe así la interpretación derivada de la exclusiva lectura del párrafo primero del art. 8.6 de la LRJCA, según la cual solo las entradas en propiedad privada asociadas a la ejecución forzosa de actos administrativos queda sometida a la autorización judicial de entrada, mientras que otro tipo de actividades, como la inspección, deben ir acompañadas de la autorización únicamente para penetrar en domicilios constitucionalmente protegidos. Disposiciones como la introducida en el artículo 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA por la LDC obligan a reconsiderar los anclajes en el ordenamiento jurídico-administrativo de la autorización judicial de entrada orientada a la protección de la propiedad privada²¹; de ahí su relevancia. El criterio material válido hasta ahora —según el cual lo determinante era la actividad administrativa en cuestión— pierde protagonismo a favor de la configuración legal por la norma de turno de la potestad administrativa y del derecho a la propiedad privada.

C. La tutela de otros derechos fundamentales frente a la inspección.

²⁰ En atención a los artículos 333 a 337 del Código Civil, los medios de transporte merecen la consideración de bienes muebles. Asimismo, el artículo 585 del Código de Comercio, se refiere a los buques como bienes de naturaleza mueble. La misma consideración deben recibir las aeronaves y los automóviles y otros vehículos de motor, bienes todos ellos susceptibles de ser inscritos en el Registro de bienes muebles. Disposición transitoria cuarta de la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

La inclusión en el precepto de los medios de transporte trae causa de la necesidad de que inspección acceda a los vehículos de titularidad de los responsables o personal de la empresa sometida a inspección por hallarse en los mismos documentación relevante a los efectos de la inspección. Debe recordarse en este sentido que reiterada jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo afirma que los vehículos utilizados exclusivamente como medio de transporte no reciben la consideración de domicilios. Por todas, véase la STS 154/2007, de 1 de marzo, FJ 2.º.

²¹ Con carácter previo a la LDC, téngase en cuenta que la Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón, art. 80.2, ya había impuesto la autorización para penetrar en espacios no domiciliarios en el marco del ejercicio de la potestad de inspección. En concreto, el artículo 80.2 de dicha Ley establece que «[c]uando para el ejercicio de sus funciones inspectoras fuera precisa la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, deberá solicitar la oportuna autorización judicial». Sin embargo, al ser esta una norma autonómica y haberse incorporado al ordenamiento jurídico sin afectar formalmente a la LRJCA, ha pasado desapercibida por la mayoría de doctrina.

Con posterioridad a la LDC, en julio de 2007 fue modificado el artículo 100.3 de la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid, cuya redacción establece que «[l]os Agentes Forestales requerirán de autorización judicial para acceder a montes o terrenos forestales de titularidad privada, salvo que el acceso se produzca con ocasión de la extinción de incendios forestales». Como se ya dicho ya, la vigencia y aplicación de este artículo ha sido sin embargo suspendida por el TC, auto 88/2008, de 2 de abril. Sobre la constitucionalidad del precepto véase Fabio PASCUA MATEO, «Las entradas administrativas en inmuebles de propiedad privada», en MARTÍN REBOLLO, Luis (dir.). *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 1, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, p. 919.

En virtud del art. 40.4 de la LDC, cualquier derecho fundamental que pudiera ser restringido a consecuencia de las inspecciones practicadas en el marco de la defensa de la competencia debe ser protegido apriorísticamente por la autorización judicial²². De nuevo —igual que en el contexto de las medidas sanitarias—, en el art. 40.4 de la LDC se constata el espíritu garantista del legislador al referirse al amplio catálogo de derechos fundamentales reconocidos en la CE.

Antes de emprender el estudio de los derechos fundamentales susceptibles de verse restringidos por la inspección, lo primero a tener en cuenta es que la titularidad de los derechos que protege la autorización puede recaer tanto en personas jurídicas como físicas²³, y no solo porque la legislación prevea la inspección de los domicilios particulares, sino porque incluso en las inspecciones realizadas en los locales empresariales pueden verse restringidos derechos fundamentales individuales de los empresarios, de sus trabajadores o incluso de terceros. Así pues, el conjunto de derechos fundamentales susceptibles de ser afectados por el ejercicio de las facultades de inspección va más allá de la inviolabilidad domiciliaria de las empresas y empresarios, a la que parece no obstante que pretende dirigirse exclusivamente el art. 8.6, párrafo tercero, al articular la autorización a modo de autorización de entrada.

A la vista de las facultades que le son concedidas a la inspección es oportuno incluir bajo la égida de la autorización judicial, además de la inviolabilidad domiciliaria, otros derechos fundamentales estrechamente vinculados con el derecho a la intimidad

²² Entiendo que la alusión a los derechos fundamentales del artículo 40.4 se refiere a los «derechos fundamentales y libertades públicas» contenidos en la Sección 1.ª, del Capítulo II, del Título I de la Constitución (del 15 al 29), para los cuales la norma fundamental reserva los mecanismos de protección más reforzados. No obstante, podría sugerirse que el legislador ha querido referirse a los derechos y libertades contenidos en todo el Capítulo II del Título I, e incluso a los principios rectores del Capítulo III del mismo título. Opciones interpretativas estas dos últimas que, sin embargo, no parecen apropiadas, no solo por las derivaciones sobre la actuación administrativa en el marco de la defensa de la competencia —que quedarían casi totalmente comprometidas a la autorización judicial previa—, sino también por las consecuencias que ello supondría en el orden de trabajo de los juzgados de lo contencioso-administrativo. Ciertamente una concepción amplia de la noción de derecho fundamental anhela alcanzar un sistema altamente garantista, pero las derivaciones de ello no pueden obviarse, pues «hay que tener mucho cuidado con las consecuencias jurídicas y políticas de un régimen jurídico riguroso y severo. Sobre todo (...) hay que ser muy conscientes de las implicaciones concretas que derivan de la fijación con una u otra amplitud de la lista de los derechos fundamentales y de la fijación de su régimen jurídico», según MARTÍN-RETORTILLO. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER e IGNACIO DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, p. 68.

²³ De la literalidad del art. 40.4 podría deducirse otra cosa. Según dicho precepto, «[s]i la empresa o asociación de empresas se opusieran a una inspección ordenada por el Director de Investigación o existiese el riesgo de tal oposición, éste deberá solicitar la correspondiente autorización judicial cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales». Del mismo podría deducirse que, si la facultad de oponerse a la inspección se refiere a las empresas o asociaciones de empresas, los derechos fundamentales tutelados serán los de dichas empresas o asociaciones de empresas.

recogido en el art. 18.1 de la CE²⁴ y que el TC define como «ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana»²⁵. En especial tengo en mente el derecho al secreto de las comunicaciones previsto en el art. 18.3 de la CE²⁶ y cuya limitación ya viene sometida a la intervención judicial por imperativo del texto constitucional²⁷. Un repaso por la jurisprudencia de la Audiencia Nacional —que asume ahora la competencia para conocer de los recursos frente a las resoluciones y actos del Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia— da cuenta de que las partes sometidas a inspección alegan también la vulneración del secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente²⁸ o la protección de datos de carácter personal²⁹, derechos en todo caso vinculados con la referida intimidad³⁰. Lo cierto es que el derecho a la intimidad personal y familiar, y los derechos que se le asocian son bien vulnerables frente a las facultades reconocidas a la inspección. Sin duda, la inviolabilidad domiciliaria, ante las entradas no consentidas; y el secreto de las comunicaciones, la protección de datos de carácter personal e incluso el derecho a la intimidad, frente a la verificación, copia, retención y precinto de libros, documentos y otros bienes, todas ellas facultades previstas en el art. 40.2 de la LDC³¹.

²⁴ El art. 18.1 de la CE «(...) garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

²⁵ STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3.º (RTC 1988/231). La referencia a la «vida humana» puede resultar disonante teniendo en cuenta el contexto, por lo que debe recordarse que los derechos contenidos en el art. 18 de la CE constituyen el núcleo de los llamados derechos de la personalidad, conectados de forma directa con la dignidad humana, a pesar de que posteriormente el derecho a la inviolabilidad domiciliaria se haya reconocido a las personas jurídicas, no sin que el TC haya tenido que elaborar una doctrina un tanto alambicada.

²⁶ El art. 18.3 de la CE «(...) garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

²⁷ El art. 18.3 de la CE «(...) garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». Sobre el derecho al secreto de las comunicaciones y su tutela según la LDC y la LRJCA, véase Alfonso GUTIÉRREZ y Fernando LORENTE, «Inspecciones de competencia y su control judicial: aspectos constitucionales y penales», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 25, 2010, pp. 27 y ss.

²⁸ Entre otras, la SAN de 7 de febrero de 2012 (JUR 2012/82725), en la que la AN no aprecia vulneración. Sobre la protección de la confidencialidad entre abogado y cliente, véase Javier GUILLÉN CARAMÉS, *Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la competencia*, cit., pp. 190 y ss.

²⁹ Entre otras, la SAN de 20 de mayo de 2011 (RJCA 2011/386), en la que la AN no aprecia vulneración.

³⁰ En el marco de las inspecciones comunitarias en materia defensa de la competencia Javier GUILLÉN CARAMÉS se refiere al derecho a la confidencialidad, en el que incluye el secreto a las comunicaciones y el secreto a las comunicaciones entre abogado y cliente, la prohibición de la información obtenida para usos distintos, además del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Del mencionado autor, «Los derechos de los sujetos pasivos de la inspección en el Derecho de la Competencia», cit., p. 939 y ss.

³¹ El derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos de carácter personal quedan en sobremanera expuestos ante la inspección a consecuencia del uso de ordenadores en el desarrollo de las actividades empresariales. Téngase en cuenta que en dichos ordenadores puede almacenarse gran cantidad de datos e información, así como comunicaciones realizadas por correo electrónico, pudiendo realizarse el acceso y copiado de dicha información de forma muy sencilla y rápida.

A la vista de la jurisprudencia articulada hasta ahora por la Audiencia Nacional acerca del alcance de las actuaciones de inspección sobre los aludidos derechos fundamentales, es preciso destacar que en aquellos supuestos en los que se ha admitido la extralimitación en el ejercicio de las facultades de inspección la Audiencia ha reconducido la pretensión de vulneración de los anteriores derechos a la inviolabilidad domiciliaria. Máxima expresión de lo anterior es la sentencia de 30 de septiembre de 2009 —el primer pronunciamiento dictado por este órgano judicial en virtud de la nueva competencia que le atribuye la LDC—, en la que la Audiencia Nacional responde, entre otros, a la alegada vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los empleados al haberse incautado la inspección de documentos e informaciones de carácter personal en los siguientes términos, que se transcriben por su relevancia. Según la Audiencia Nacional «la actuación de la administración no se encaminaba ni a aprehender esos documentos ni a intervenir las comunicaciones con terceros de los empleados, en cuanto documentos personales o transferencia de información personal de los mismos. Lo que ocurrió realmente es que la Administración, al *extralimitarse* en el registro vulnerando el artículo 18.2 de la Constitución, también afectó a documentos propios de los empleados. Pero *esa afectación no tiene sustantividad propia (...). No apreciamos por tanto que la actuación de la Administración supusiera una intromisión en la intimidad personal y secreto de las comunicaciones de los empleados (...)* [porque] en ningún caso supuso una actuación administrativa específica sobre los documentos o correos personales de los empleados. *No apreciamos sustantividad* en esta actuación administrativa sino que entendemos que la aprehensión de los documentos privados *integra la vulneración del artículo 18.2 de la Constitución*, en cuanto se realizó extralimitando las facultades de las órdenes que autorizaban la entrada y registro, y sobre tales documentos por la razón de encontrarse en los domicilios inspeccionados»³².

Es bien sabido que la inviolabilidad domiciliaria, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos personales comparten un tronco común indiscutible al hallar todos ellos su fundamentación en el derecho a la intimidad, del cual son una manifestación con mayor o menor grado de autonomía propia³³. Ello,

Como advierten GUTIÉRREZ y LORENTE, «la facilidad de búsqueda y copia de los archivos digitales fomenta su aprehensión “en bloque” por parte de la autoridad (y su almacenamiento en unidades lógicas para su posterior examen), lo que disuade del análisis individualizado de cada documento a efectos de determinar si es o no relevante para el objeto de la inspección». Véase Alfonso GUTIÉRREZ y Fernando LORENTE, «Inspecciones de competencia y su control judicial: aspectos constitucionales y penales», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 25, 2010, p. 27. Dichos autores prestan especial atención al derecho al secreto de las comunicaciones y su tutela según la LDC y la LRJCA.

³² SAN de 30 de septiembre de 2009, FJ 4.º (RJCA 2009/782). La cursiva es mía. Dicha sentencia ha sido casada por el Tribunal Supremo, sentencia de 27 de abril de 2012 (RJ 2012/6424), anulándola allí donde establece la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

³³ Nótese que el secreto de las comunicaciones entre cliente y abogado se entiende como elemento integrante del derecho a la defensa del art. 24 de la CE; a pesar de lo cual, se entronca también

sin embargo, no puede justificar que se niegue sustantividad propia a la afectación de los anteriores derechos porque la inspección no se dirigió específicamente a ellos; y, menos aún, que se argumente que la extralimitación en el ejercicio de las facultades de inspección vulnera únicamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio; en especial, si el derecho afectado es el secreto de las comunicaciones. Todo ello teniendo en cuenta que el art. 40.4 alude a la restricción de cualesquiera «derechos fundamentales» para justificar la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa en sede de autorización.

La anterior reflexión tiene más trascendencia de lo que pudiera aparentar, puesto que incide de forma directa en la cuestión clave en rededor de la autorización judicial de las inspecciones en materia de defensa de la competencia: la determinación del objeto sobre el que recae la autorización. Al respecto, baste reparar ahora en el hecho de que la interpretación conjunta de los artículos 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA y 40 de la LDC implican que la tutela de la jurisdicción contencioso-administrativa no se limita a la inviolabilidad domiciliaria y a derechos de contenido patrimonial, sino que se extiende al vasto elenco de derechos fundamentales, pero en especial el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos personales y el secreto de las comunicaciones. La singularidad y autonomía de cada uno de ellos —según ha ido configurándolos la jurisprudencia constitucional—, a pesar de sus evidentes conexiones, obliga a repensar el papel del juez en este marco, puesto que el ejercicio de las funciones de inspección va más allá de una mera entrada susceptible de restringir la inviolabilidad domiciliaria, lo cual sin duda acontecerá si la penetración en el espacio en cuestión se realiza sin el consentimiento del titular y sin la autorización judicial. Pero una vez expedida dicha autorización facultando a la inspección para acceder en un determinado espacio, si en el ejercicio del resto de facultades la inspección sobrepasa los fines y límites a los que estaba constreñida, no será el derecho a la inviolabilidad del domicilio el que se vulnere. Aquella inspección propasada implicará —según las circunstancias concurrentes— la vulneración del derecho a la intimidad, la protección de datos o del secreto de las comunicaciones u otros, si la autorización judicial no reparó en dichos extremos y simplemente consistió en una autorización de entrada³⁴.

con el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones. En relación con la protección de datos de carácter personal, el TC admite la autonomía propia de dicho derecho y su mayor amplitud en comparación con el derecho a la intimidad. En este sentido véase la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5.º, 6.º y 7.º (RTC 2000/292).

³⁴ En sentido contrario a la anterior argumentación, la STSJ País Vasco 355/2011, de 1 de abril (JUR 2011/302746), en la que el Tribunal discurre, frente la alegación de que la autorización ignoró la posible afectación del secreto de las comunicaciones, que «la intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido por la inviolabilidad del domicilio, en sede de una actuación inspectora, conlleva de modo inmanente la afectación al contenido de otros derechos fundamentales, como el que se individualiza por la parte apelante (...). Por ende, autorizada la entrada por el Juzgador (...) debe entenderse cumplimentada la garantía de control judicial de la intromisión en el derecho fundamental alegado por la mercantil recurrente» (FJ 2.º *in fine*).

Por último, debe señalarse que entre la doctrina se ha apuntado la posibilidad de que las facultades previstas en el art. 39.1 de la LDC —referido a la obligación de colaboración con la inspección y según el cual los inspeccionados «están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley»— y en el art. 40.1.f) de la misma norma —según el cual la inspección podrá «solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas»— suponen la limitación del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable del art. 24.2 de la CE, manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión³⁵. Al margen de la difícil conjugación del deber de colaboración con la inspección en los supuestos apuntados y el mencionado derecho fundamental —cuestión que escapa del objeto de estas líneas— en todo caso lo que debe ser destacado es que de ningún modo puede interpretarse que la LDC o la LRJCA limiten dicho derecho fundamental en virtud de la imposición de la autorización judicial; esto es, ni mediando la autorización judicial correspondiente puede coactivamente forzarse al administrado a declarar contra si mismo o confesarse culpable. Una exégesis en sentido contrario implicaría la palmaria inconstitucionalidad de los preceptos aludidos.

2. LA INSPECCIÓN COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SUJETA A AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

Para delimitar el objeto u actividad administrativa sujeta a la intervención judicial autorizadora es preciso de nuevo tomar en consideración a la par el art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA, así como el art. 40 de la LDC. No hay duda de que la potestad administrativa sometida a la autorización judicial en este supuesto es la de inspección. La relevancia de que los preceptos mencionados y, en especial, el art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA se refieran a ello radica en que se pone de relieve que no solo la ejecución forzosa de actos administrativos es susceptible de someterse a la autorización judicial, sino cualquier tipo de actuación material de la Administración si vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por imperativo constitucional; si vulnera otros derechos fundamentales, bien por imperativo constitucional bien legal; y si vulnera la propiedad privada, en todo caso por imperativo legal. De ahí que se diga que es un criterio formal el que ordena la imposición de la autorización judicial en el marco del ejercicio de la autotutela ejecutiva de la administración cuando son susceptibles de ser restringidos derechos —fundamentales o no— a los que su configuración no les anuda la participación del juez como mecanismo para legitimar su limitación.

La anterior, sin embargo, no es la única derivación de la explícita asociación de la actividad inspectora a la autorización judicial. La omisión en el art. 8.6 de la LRJCA del

³⁵ Alfonso GUTIÉRREZ y Fernando LORENTE, «Inspecciones de competencia y su control judicial: aspectos constitucionales y penales», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 25, 2010, p. 23.

ejercicio de las funciones de inspección suscitaba cierta inseguridad jurídica en relación con la determinación del órgano competente para autorizar inspecciones que implicaran la afectación del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que, por mandato constitucional, debían ir acompañadas de una resolución judicial si existía oposición del administrado. A ello se refirió ya la doctrina en el ámbito de las inspecciones tributarias³⁶, y resolvió el Tribunal Constitucional en la sentencia 50/1995, de 23 de febrero, declarando la aplicación por analogía del art. 87.2 de la LOPJ, que por aquel entonces atribuía la competencia a la jurisdicción penal³⁷. Actualmente, el art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA sigue sin resolver el aludido vacío legislativo, puesto que no constituye una atribución competencial genérica a favor de los juzgados de lo contencioso-administrativo en el supuesto que la autorización judicial se requiera en el seno de cualquier inspección, en tanto que menciona en exclusiva a las inspecciones acordadas por la Comisión Nacional de la Competencia. Ello no obstante, refuerza la idea de que persiste la aplicación por analogía que en su día postuló el Tribunal Constitucional y que actualmente se sustenta en el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva como eje vertebrador de la intervención autorizadora del juez de lo contencioso-administrativo para la protección de determinados derechos frente a tal *potestas* administrativa.

Sin extenderme más en los anteriores extremos, que ya han sido objeto de estudio en otro lugar³⁸, es menester incidir ahora en aquello que particulariza la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa en el marco de las inspecciones ordenadas por la Comisión Nacional de la Competencia respecto de la autorización judicial de entrada. Se avanzaba al principio que los lindes entre la autorización judicial de entrada y la autorización de estas inspecciones serán tenues. Ello no obstante, las diferencias existentes son de suficiente entidad como para que se pueda hablar de dos especies distintas de intervención autorizadora a raíz de la incidencia de la participación judicial en el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva. De nuevo, en el marco de las inspecciones en defensa de la competencia, el órgano judicial no ponderará exclusivamente la adecuación de una entrada a la consecución de la inspección; sino la proporcionalidad de la inspección y todas las facultades vinculadas a su ejercicio — entre ellas, el acceso a determinados espacios— al fin perseguido por la misma, de

³⁶ Este aspecto ha sido criticado por la mayoría de la doctrina que ha estudiado la autorización en el marco de la inspección administrativa. Entre otros: José María ROJÍ BUQUERAS, «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», en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2000, p. 630-632; Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2007, p. 255. Manuel REBOLLO PUIG, «Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas, en VV.AA., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, INAP, 2004, p. 449.

³⁷ STC 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995/50), conocida como caso de la Duquesa de Hernani.

³⁸ Véase el Capítulo III sobre la potestad de autotutela como criterio aunador.

modo que se justifique el sacrificio de los derechos tutelados. Lo anterior se deriva, no tanto de la literalidad de los preceptos —poco esclarecedores también en este extremo— sino de su conjugación con otros elementos: de un lado, la configuración de los derechos protegidos por la intervención del juez; y, del otro, de los criterios que servirán para orientar el enjuiciamiento del órgano judicial. A continuación nos encargamos del primero de los extremos resaltados, dejando el segundo para epígrafes posteriores.

Tomando como punto de partida en este análisis el texto de los preceptos de aplicación, debe recordarse que según el art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA la intervención del juez de lo contencioso-administrativo es preceptiva para autorizar la «*entrada e inspección* (...) acordada por la Comisión Nacional de la Competencia»³⁹. Del tenor literal de precepto se desprende pues que el juez no solo deberá pronunciarse sobre la adecuación de la entrada sino también de la inspección a la que esta se asocia, de modo que la entrada es meramente instrumental a la inspección. Junto al anterior, es preciso también tener en cuenta el art. 40.2 *in fine* de de la LDC que impone la participación judicial para el *acceso* a locales, terrenos, medios de transporte y domicilios, así como para proceder al *precinto* de locales, libros, documentos y otros bienes⁴⁰. Así pues, al juez le corresponde autorizar dicho precinto, actividad también instrumental de la inspección. Por su parte, el art. 40.4 solo pone en relación la inspección y los derechos fundamentales, sin que se concrete qué tipo de facultad inspectora es susceptible de vulnerar dichos derechos fundamentales, de modo que en este supuesto, cuando la tutela se dirige a cualquier derecho fundamental susceptible de ser restringido, se desprende que aquello que debe autorizar el juez es el ejercicio de cualquiera de las facultades reconocidas a la inspección. En definitiva, de la literalidad de los arts. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA y 40 de la LDC, le corresponde al juez de lo contencioso autorizar la inspección y la entrada, la entrada y el precinto, o cualquier otra de las facultades de la inspección.

Es obvio que la literalidad de las normas de aplicación poco contribuye a esclarecer qué es lo que debe en concreto autorizar el órgano judicial. Como se avanzaba, la determinación del objeto de la autorización judicial reside en la configuración de los derechos tutelados. Sobre este aspecto, ya se ha visto en el apartado anterior que, junto con la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la propiedad privada, otros derechos fundamentales quedan bajo su amparo, especialmente el derecho a la intimidad, la

³⁹ De un modo similar el artículo 18.2 de la CE se refiere a la «*entrada y registro*». No obstante, a pesar del tenor literal de dicho precepto, es indiscutido que cualquier entrada en el domicilio constitucionalmente protegido, con independencia del fin que persiga, exige la previa autorización judicial.

⁴⁰ El reconocimiento de la facultad de precinto a la inspección responde a la voluntad de aseguramiento de los fines de ésta. En caso de que la inspección deba prolongarse en el tiempo, las instalaciones documentos o bienes sometidos a la inspección pueden ser precintados de modo que se impide el acceso a ellos y, por lo tanto, se evita así la destrucción de elementos fácticos que pueden llegar a ser elementos probatorios en un eventual procedimiento sancionador

protección de datos personales y la confidencialidad de las comunicaciones. En capítulos precedentes se ha argumentado que de la configuración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho a la propiedad privada se deriva que la mera entrada no consentida en el espacio en el que dichos derechos se proyectan, implique la vulneración de los mismos. De ahí que la intervención del juez de lo contencioso-administrativo para tutelar dichos derechos se articule a modo de autorización de entrada y que ello sea suficiente para la protección del derecho. En cambio, si los derechos que pretenden tutelarse mediante la intervención judicial no responden al mismo patrón que la inviolabilidad domiciliaria o la propiedad privada, difícilmente una autorización de entrada cumplirá la función de tutela encomendada. Esto es, la protección del derecho a la intimidad, los datos personales o del secreto de las comunicaciones no puede quedar garantizada con la autorización judicial de entrada — de hecho, la mera entrada no es susceptible de conculcar apriorísticamente dichos derechos— de modo que lo que se somete a autorización y, por lo tanto, aquello en lo que debe recaer la cognición del juez es en el ejercicio de las distintas facultades que la norma reconoce a favor de la inspección.

Así, el juez no solo deberá ponderar si procede autorizar el acceso a determinados espacios, tutelándose de este modo la inviolabilidad domiciliaria o el derecho a la propiedad privada; sino si procede autorizar el precinto, la verificación, la copia o retención de libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material, en tanto que el ejercicio de dichas facultades podría suponer la afectación de otros derechos fundamentales distintos a la inviolabilidad domiciliaria o a la propiedad privada, como el secreto de las comunicaciones. En otras palabras, si lo que pretende el art. 40 de la LDC es tutelar cualquier derecho fundamental frente al ejercicio de la potestad inspectora, la resolución judicial que exclusivamente autorice el acceso no puede proteger el resto de derechos fundamentales, así que dicha autorización debe reparar también el ejercicio de las restantes facultades reconocidas a la inspección en tanto sean susceptibles de vulnerar otros derechos fundamentales.

La resolución judicial deberá ser entonces omnicomprendensiva en relación con las facultades de la inspección, autorizándose en suma el ejercicio de dicha potestad. La consideración de la inspección como objeto sobre el que recae la autorización redundará en el mayor alcance de las facultades de enjuiciamiento del juez que ponderará la adecuación, no solo de la entrada o del precinto, sino de la inspección para la consecución del fin de tutela de la libre competencia, justificando el sacrificio de los derechos de los administrados inspeccionados. A ello me refiero seguidamente, analizando los concretos aspectos en los que reparará el órgano judicial y que, a la postre, reforzarán la idea de que la actividad administrativa sometida a la autorización judicial es la inspección en sí, y no únicamente el ejercicio de determinadas de las facultades que le son reconocidas como, por ejemplo, la entrada en determinados espacios.

IV. ELEMENTOS COMPETENCIALES, DE TRAMITACIÓN PROCESAL Y TOCANTES AL CONTROL JUDICIAL.

En último lugar corresponde el estudio de la autorización judicial en el marco de las inspecciones acordadas por la Comisión Nacional de la Competencia, desde su vertiente como resolución judicial no jurisdiccional. Se analizan así a continuación cuestiones de orden competencial, procesal y relativas a las facultades de control del juez, en tanto que contribuyan a distinguir este específico supuesto de autorización. En especial, se repara en los criterios de control a disposición del juez de lo contencioso-administrativo ya que, a diferencia del resto de supuestos autorizadores, existe positivización de los mismos en el ordenamiento jurídico comunitario.

1. BREVE REFERENCIA A CUESTIONES COMPETENCIALES.

Es sabido que una de las deficiencias de las que adolece la LRJCA en materia de autorización reside en que en ocasiones se empeña en regular elementos propios de normas de carácter sustantivo. De nuevo, muestra de ello es que en el párrafo tercero del art. 8.6 se vincula la autorización judicial a las inspecciones acordadas por la *Comisión Nacional de la Competencia*, cuando existen otras Administraciones susceptibles de desarrollar funciones de inspección en el marco de la protección de la libre competencia. El legislador olvida, de un lado, la distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas, a las que se les reconoce ciertas competencias ejecutivas, entre ellas la inspección, en esta materia dentro de su ámbito territorial⁴¹. Y olvida, de otro lado, que en el marco europeo el Reglamento 1/2003 otorga a la Comisión amplias funciones de inspección para cuyo ejercicio puede requerir el auxilio del poder judicial para librar el correspondiente mandamiento en caso de exigirlo la inspección. Ello, como en otras ocasiones, genera cierta inseguridad jurídica. A falta de una atribución competencial expresa, es diáfano que deberá reconocerse la competencia para autorizar inspecciones ordenadas en el seno de las CA o por la Comisión Europea

⁴¹ El art. 13 de la LDC se encarga de determinar el ámbito de actuación de las comunidades autónomas en el marco de aplicación de dicha Ley. El reparto competencial en materia de defensa de la competencia arrancó con la STC 208/1999, de 11 de noviembre (RTC 1999/208), que reconoció a las CA competencias ejecutivas en esta materia y la posterior promulgación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. Actualmente son varias las CA que recogen en sus estatutos esta competencia, desarrollándola legislativamente. Entre otras, pueden verse la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia; la Ley 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consejo Gallego de la Competencia; la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia; la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía; la Ley 2/2005, de 24 de junio, del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura. Sobre este particular, puede verse: J. GUILLÉN CARAMÉS, «La creación de órganos administrativos de defensa de la competencia por las Comunidades Autónomas», en RGDA, núm. 1, 2002; del mismo autor, *Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la Competencia*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 91 y ss.

también al juez de lo contencioso-administrativo haciendo una lectura no restrictiva del texto de la ley⁴². Ello no obstante, no sería jurídicamente reprochable plantear ante el vacío legislativo que, en virtud del art. 10.1.m) de la LRJCA, dicha competencia fuera asumida por los tribunales superiores de justicia; opción que debe descartarse sin embargo a favor de la interpretación propuesta antes.

Sobre la competencia territorial, no genera dudas que es competente el juzgado de lo contencioso-administrativo del lugar en el cual pretenda realizarse la inspección, en atención al art. 14.1, tercera de la LRJCA⁴³. Sin embargo, es necesario reparar en el hecho de que no será extraño que las inspecciones de la CNC se dirijan simultáneamente a distintos espacios o locales pertenecientes a una misma empresa o asociación de empresas, o a distintas empresas o asociaciones de empresas, hallándose dichos lugares a inspeccionar en distintas circunscripciones.

Si atendemos a la literalidad del art. 14 de la LRJCA, existen dos soluciones relativas a lo territorial en los supuestos apuntados en atención a si la inspección se dirige a un único o a varios sujetos. Si resulta que existe «una pluralidad de destinatarios» —piénsese, por ejemplo, en las habituales investigaciones dirigidas a desenmascarar pactos o acuerdos anticompetitivos entre distintas empresas, ubicadas en distintos lugares— será de aplicación el art. 14.2, siendo competente el juzgado de lo contencioso-administrativo «en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado». En cambio si el sujeto es único, la competencia para autorizar la entrada será asumida por el juzgado del lugar en el que se realice la inspección en atención al criterio del art. 14.1-3 antes mencionado; resultando que, a pesar de ser un mismo sujeto el inspeccionado, la competencia autorizadora recaiga en distintos juzgados. A mi entender la última solución a la que fuerza la ley no es adecuada, al presentar la inspección una clara unidad en atención al sujeto a inspeccionar, por lo que sería en este último supuesto también apropiado que se aplicara la regla del art. 14.2 de la LRJCA.

2. SOBRE LA TRAMITACIÓN PROCESAL.

En relación con lo procedimental, la normativa aplicación solo repara en el aspecto temporal, al establecer el art. 40.4 de la LDC que el juez «resolverá en el plazo máximo de 48 horas». Parece claro que el legislador pretende que se dé prioridad y tramitación sin dilación a estos asuntos, dado que no serán pocas las ocasiones en las que sea necesario que la inspección se realice con carácter urgente y expeditivo para

⁴² En el mismo sentido, Juan José LAVILLA, «Disposición adicional séptima», en Miguel ODRIOZOLA (dir.), *Derecho español de la competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*, vol. II, Barcelona, Bosch, 2008, p. 1.239.

⁴³ Así, por ejemplo, la STSJ de Cataluña 1142/2010, de 13 de diciembre (JUR 2011/150650), en la que se da cuenta de que es un juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona el que autoriza la entrada a unos locales empresariales situados en dicha ciudad.

que no se frustré su finalidad. Ello no debería suponer ningún problema, especialmente cuando las inspecciones sean sorpresivas y la autorización se conceda sin constar la posición volitiva del administrado, y por lo tanto sin su participación en el proceso en cuestión.

A este respecto debe destacarse el acierto del legislador al tener en cuenta que la autorización judicial podrá expedirse no solo cuando conste la oposición, sino también cuando «exista riesgo de tal oposición», según el art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA y 40.4 de la LDC⁴⁴, con el fin de que se evite la destrucción de elementos que podrían ser probatorios en el eventual procedimiento sancionador al que se asocie la inspección.

3. ALCANCE Y CRITERIOS DEL CONTROL JUDICIAL.

Ni el art. 8.6 de la LRJCA ni el art. 40 de la LDC fijan criterio alguno de orientación de la tarea del juez en el despacho de las autorizaciones para las inspecciones en materia de defensa de la competencia. Un repaso por la jurisprudencia dictada por los TSJ en sede de recurso, pone de manifiesto la inclinación por aplicar analógicamente los criterios establecidos en relación con las autorizaciones de entrada, con lo que el control del juez se focaliza en los elementos que ya nos son familiares: individualización del titular, el control de la apariencia de legalidad y el juicio de proporcionalidad⁴⁵. En mayor o menor medida, se trata de una reproducción automática de dichos criterios, que en ningún caso repara en las peculiaridades que reviste la autorización judicial en esta sede; en especial, que no solo la inviolabilidad domiciliaria o el derecho a la propiedad privada quedan amparados por la autorización judicial del art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA y del art. 40 de la LDC, sino también otros derechos fundamentales susceptibles de ser restringidos por la inspección⁴⁶.

⁴⁴ Al respecto, entre otras, véase la STSJ de Cataluña 1229/2009, de 10 de diciembre (RJCA 2010/353), que resuelve el recurso interpuesto frente a la denegación de la autorización judicial solicitada por la CNC. El juez a quo justifica dicha denegación en el hecho de que si bien se prevé que pueda concederse la autorización *in audita parte debitoris*, en todo caso es necesario que ello se motive por parte de la Administración, lo cual no sucede según el criterio de órgano judicial. El TSJ de Cataluña estima en cambio que concurrían suficientes motivos para justificar el riesgo de destrucción de materiales e información relevantes para la investigación si se hubiese dado audiencia a los investigados.

⁴⁵ Entre otras, pueden verse las SSTSJ de Cataluña 338/2011, de 4 de mayo (JUR 2011/327588) y 246/2010, de 18 de marzo (JUR 2010/244773). Aboga por la aplicación *mutatis mutandi* de los criterios erigidos en sede de autorización judicial de entrada Juan José LAVILLA, «Disposición adicional séptima», en Miguel ODRIOZOLA (dir.), *Derecho español de la competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*, vol. II, Barcelona, Bosch, 2008, p. 1.239.

⁴⁶ Buen exponente de ello es la STSJ de Madrid 457/2011, de 16 de mayo (JUR 2011/343763) en la que se da cuenta de que «no se accede a la petición del abogacía del estado de la obtención de copias de documentos en soportes físicos o informáticos o al precinto de elementos informáticos para evitar su borrado, ya que considera el juez con acertado criterio que esta petición *excede del ámbito de la presente solicitud de entrada*». Tanto el juez a quo como el TSJ ignoran el art. 40 de la LDC y que la autorización que contempla no es solo de entrada.

Al margen de la LDC y la LRJCA, y a pesar de que la jurisprudencia no repare en ellos, existen dos soportes normativos en atención a los cuales el juez podrá orientar el proceso de fiscalización. En este sentido, son de obligada referencia (a) el art. 13 del Real decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de defensa de la competencia, y (b) el Reglamento europeo 1/2003.

(a) El art. 13 del Reglamento español de defensa de la competencia regula las facultades de inspección recogidas en el art. 40 de la LDC y, en su apartado 2.º, se ocupa de las inspecciones en los *domicilios particulares* de los empresarios, administradores y otro personal. Al respecto el precepto establece que las inspecciones domiciliarias podrán realizarse «cuando existan *indicios fundados* de que en dichos domicilios particulares puedan encontrarse libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección que puedan servir para probar una *infracción grave o muy grave*». En relación con la inspección de otros espacios o titulares, el art. 13 no establece ningún requisito. Nótese que dichas exigencias solo se establecen para las inspecciones en domicilios particulares, lo cual responde claramente a la voluntad de dotar de mayores garantías las inspecciones dirigidas a los domicilios de personas físicas.

De ahí que el control judicial repare en la motivación de las inspecciones domiciliarias reseñadas. Así pues, si el juez constata *prima facie* que los aludidos indicios no son fundados o que la presunta infracción no es grave o muy grave —siendo entonces la inspección arbitraria—, corresponderá denegar la autorización judicial sobre la base de que el sacrificio de los derechos fundamentales afectados no será suficientemente justificado y que, por lo tanto, no es proporcional al fin perseguido por la inspección. Ello, sin embargo, no debe convertirse en un juicio pleno sobre la legalidad o la necesidad de la orden de inspección, sino que en todo caso la valoración de dichos extremos por parte del juez deberá realizarse de forma liminar en atención a la orden de inspección y la información que en la misma se facilite al someter al juez la petición de la autorización judicial⁴⁷. A pesar de ello, es claro que el alcance de la cognición del

⁴⁷ La STSJ de Cataluña 603/2011, de 14 de julio (JUR 2011/338569) es un buen ejemplo de la importancia del contenido de la orden de inspección que se asocia a la petición de autorización judicial. En dicho pronunciamiento se resuelve el recurso interpuesto frente a la denegación de la autorización judicial solicitada al juez de lo contencioso-administrativo. Dicho órgano judicial denegó la autorización por considerar que la solicitud era de «carácter genérico, escueto e incongruente (...) sin aportación ni cita de datos comprobados, “en qué consistiría la participación de las empresas que se pretende inspeccionar en dichas prácticas restrictivas”, a las que se hace una referencia muy inconcreta; (...) se aprecia que no consta la realidad de los hechos que haya que investigar, ni hay información relativa a las prácticas restrictivas prohibidas que genéricamente se mencionan, aunque más bien parece que la Administración pretende verificar su existencia a partir de la información que se obtuviese con la entrada domiciliaria». En cambio, el TSJ entiende que debe concederse la autorización en tanto que «(...) no cabe exigir a las órdenes de investigación mayor precisión en cuanto a sus fundamentos fácticos y jurídicos (...) bastará con la noticia de actuaciones concertadas que puedan ir dirigidas a la comisión de una infracción administrativa en materia de competencia». El TSJ se refiere a la suficiencia de una noticia para activar la inspección «incluso con investigación domiciliaria», en atención al art. 49.2 de la LDC. En

juez en estos supuestos es de mayor calado que en el marco de las autorizaciones de entrada, puesto que se enjuicia si la inspección constituye una actuación arbitraria, penetrando así el juez en el núcleo del ejercicio la potestad administrativa.

Del art. 13 del Reglamento español de defensa de la competencia es menester destacar también su apartado 3.º, en el que se detalla el contenido que deberá constar en las autorizaciones de inspección expedidas por del Director de Investigación⁴⁸. Este extremo deberá ser tenido igualmente en consideración por el órgano judicial, en tanto que en dicha orden se explicitarán las facultades que la inspección desarrollará, elemento en todo caso a tener en cuenta para poder determinar la proporcionalidad de la inspección en relación con el fin perseguido por esta. Así pues, la omisión en la orden de algún contenido esencial —como, por ejemplo, la determinación de la finalidad de la inspección, su objeto, alcance e incluso la duración— podrá acarrear la denegación de la autorización, puesto que el órgano judicial no dispone de suficientes elementos para realizar el debido juicio ponderativo. Asimismo, el órgano judicial deberá valorar la adecuación de dichos extremos y, si lo considera necesario para la tutela de los derechos de los administrados, acotar en el auto de autorización los términos en los que se expidió la orden de inspección⁴⁹.

(b) En los arts. 20 y 21 del Reglamento europeo 1/2003 se establecen de forma explícita los criterios que el juez deberá considerar al autorizar las inspecciones realizadas por la Comisión Europea. A pesar de que dicha norma solo será de preceptiva aplicación cuando el juez nacional deba intervenir en las inspecciones acordadas por la Comisión⁵⁰, no está de más tenerla en cuenta a falta de un marco regulador similar en el contexto de nuestra legislación interna. Además, si la jurisprudencia cree adecuado extender analógicamente los criterios establecidos en relación con la autorización judicial de entrada, igualmente o más apropiada es la aplicación analógica de los criterios que fija el Reglamento 1/2003 para las inspecciones acordadas por la Comisión. Como se verá, unos y otros criterios coinciden en gran medida, pero la

cambio, recuérdese que el art. 13 del Reglamento de defensa de la competencia exige que haya «indicios fundados» y, como veremos a continuación, el Reglamento europeo 1/2003 marca requisitos similares.

⁴⁸ Según el art. 13.3 del RD 261/2008, de 22 de febrero, «[e]l personal autorizado para proceder a una inspección ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita del Director de Investigación que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma. La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia».

⁴⁹ Ejemplo de ello es la STSJ de Madrid 457/2011, de 16 de mayo (JUR 2011/343763) en la que se da cuenta de que el órgano de instancia autorizó la entrada e inspección sólo en relación con determinados espacios, sin acceder a la amplia petición de la CNC que pretendía extender la inspección a cualquier otro local de la empresa sin determinar su conexión con la infracción que se investigaba (FJ 3.º).

⁵⁰ Ejemplo de ello es la STSJ País Vasco 355/2011, de 1 de abril (JUR 2011/302746).

norma europea acierta destacando las claves del proceso de enjuiciamiento llevado a cabo por el órgano judicial, por lo que es menester detenerse en este respecto⁵¹.

Se recordará que el Reglamento 1/2003 regula en los arts. 20 y 21 las facultades de inspección de la Comisión y en dos ocasiones impone que medie «mandamiento judicial» para proceder a las inspecciones. De un lado, en relación con las facultades de inspección previstas para las empresas y asociaciones de empresas (art. 20.2); del otro, en relación con las inspecciones realizadas en «cualesquiera otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas» (art. 21.1). En el primer supuesto, la norma dispone que el mandamiento judicial será preceptivo cuando lo imponga la «normativa nacional» (art. 20.7) y, en el segundo supuesto, se exige la participación judicial en cualquier caso al margen de la normativa nacional (art. 21.3).

En ambos supuestos, el Reglamento fija los criterios que el juez tendrá en cuenta para autorizar la actuación inspectora y que pueden sintetizarse en los siguientes. Según los arts. 20.8 y 21.3, le corresponde al órgano judicial (i) verificar la *autenticidad* de la decisión de la Comisión, es decir, de la orden de inspección; (ii) verificar que *las medidas coercitivas* asociadas a la inspección no son *arbitrarias* ni *desproporcionadas* en relación con el objeto de la inspección. La norma además especifica qué elementos deberá tomar en consideración el juez para valorar la aludida proporcionalidad. Si se trata de autorizaciones dirigidas a empresas, se refiere a los motivos que inducen a sospechar de la infracción de la normativa en materia de defensa de la competencia, a la gravedad de la presunta infracción y a la naturaleza de la participación de la empresa. Si se trata de autorizaciones dirigidas a los empresarios, administradores u otro personal de las empresas, se refiere «en particular» a la «gravedad de la presunta infracción, la importancia de las pruebas buscadas, la participación en la infracción de la empresa en cuestión y la probabilidad razonable de que los libros y registros relativos al objeto de inspección se conserven en los locales para los que se solicita el mandamiento judicial». Junto a lo anterior, el Reglamento europeo precisa que no le corresponde en ningún caso al juez poner en cuestión la *necesidad* de proceder a la inspección, reservando al Tribunal de Justicia el control de la *legalidad* de la orden de inspección⁵².

⁵¹ Analiza los mencionados criterios sentados por el Reglamento europeo Javier GUILLÉN CARAMÉS, *Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la competencia*, cit., pp. 271 y ss.

⁵² Según el art. 20.8 del Reglamento 1/2003: « (...) el juez nacional verificará la autenticidad de la decisión de la Comisión y de que las medidas coercitivas contempladas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con el objeto de la inspección. Cuando verifique la proporcionalidad de las medidas coercitivas contempladas, el juez nacional podrá pedir a la Comisión, directamente o a través de la autoridad de la competencia del Estado miembro, explicaciones detalladas referentes en particular a los motivos que tenga la Comisión para sospechar que se han infringido los artículos 81 y 82 del Tratado, así como sobre la gravedad de la presunta infracción y la naturaleza de la participación de la empresa de que se trate. Sin embargo, el juez nacional no podrá poner en cuestión la necesidad de proceder a la

La regulación de la participación del juez que realiza el Reglamento europeo, a pesar de sintética, aglutina las claves de la fiscalización judicial, aplicables en todo caso por los jueces de lo contencioso-administrativo en el marco de las inspecciones acordadas por la Comisión y, *mutatis mutandi*, también por aquellas ordenadas por la CNC. La primera de ellas, es que al órgano judicial no le corresponde el control de legalidad ni tampoco de necesidad de la orden de inspección, pues la participación del juez no es en sede revisora. Ahora bien, ello no excluye que se verifique la autenticidad de la orden de inspección y que se realice el juicio de proporcionalidad de las medidas coercitivas, esto es, del ejercicio previsto de las facultades de la inspección. Coincide lo anterior con los criterios sentados en el art. 13 del Reglamento español para las inspecciones en domicilios particulares y, en gran medida, con los criterios jurisprudenciales sentados para la autorización judicial de entrada. A pesar de que no se trata de un control pleno sobre legalidad de la orden de inspección, al juez no le quedan vedados determinados ámbitos de cognición. Así, cuando el Reglamento europeo se refiere a la verificación de la autenticidad de la orden de inspección, trasladado al ordenamiento interno, ello consistirá en la exclusión de cualquier vía de hecho motivada por la falta de competencia del órgano que ordena la inspección que, en el caso del art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA y 40 de la LDC debe ser la Comisión Nacional de la Competencia a través del Director de Investigación o los órganos competentes de las comunidades autónomas. Coincide también el Reglamento europeo con la jurisprudencia sobre la autorización judicial de entrada al imponer el control de proporcionalidad y, junto a lo anterior, de arbitrariedad⁵³.

Ahora bien, la relevancia del Reglamento 1/2003 radica, a mi entender, en el hecho de establecer de forma clara cuáles serán los criterios que guiarán el juicio de proporcionalidad a realizar por el órgano judicial, los cuales se concretan —cuando las inspecciones se dirijan a empresas y asociaciones de empresas— en la comprobación de

inspección ni exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión. Se reserva al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión».

El tenor literal del art. 21.3 del mismo Reglamento es el que sigue: «El juez nacional verificará la autenticidad de la decisión de la Comisión y de que las medidas coercitivas que se contemplan no son arbitrarias ni desproporcionadas, habida cuenta, en particular, de la gravedad de la presunta infracción, de la importancia de las pruebas buscadas, de la participación en la infracción de la empresa en cuestión y de la probabilidad razonable de que los libros y registros relativos al objeto de inspección se conserven en los locales para los que se solicita el mandamiento judicial. El juez nacional podrá pedir a la Comisión, directamente o a través de la autoridad de la competencia del Estado miembro, explicaciones detalladas sobre los elementos que sean necesarios para poder verificar la proporcionalidad de las medidas coercitivas contempladas. No obstante, el juez nacional no podrá poner en cuestión la necesidad de la inspección ni exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión. Se reserva al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión».

⁵³ Entiende GUILLÉN CARAMÉS que el control de arbitrariedad pretende asegurar «la existencia de indicios suficientemente importantes que permitan sospechar de la existencia de una infracción de las normas sobre la competencia por parte de la empresa de que se trata». Javier GUILLÉN CARAMÉS, *Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la competencia*, cit., p. 272.

los motivos que fundamentan la sospecha de infracción del marco normativo en materia de defensa de la competencia, la gravedad de las presuntas infracciones y la naturaleza de la participación de la empresa en dichas infracciones. Y, en el supuesto de que la inspección se dirija a locales, terrenos, medios de transporte y domicilio de empresarios, administradores y empleados, se añade además a los anteriores criterios la constatación de la importancia de las pruebas buscadas y de la probabilidad de que las mismas se hallen en dichos espacios. Es precisamente en el juicio de proporcionalidad donde se vislumbra con claridad el amplio margen de fiscalización otorgado al juez que, si bien no valora en sentido estricto la necesidad o legalidad de la orden inspección, basará el juicio de proporcionalidad en elementos que se conectan directamente con dichos extremos.

Muestra de la intensidad e incidencia de la participación judicial en la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración se halla en la jurisprudencia del TJCE, que ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto en diversas ocasiones. Interpretando a *sensu* contrario los mencionados preceptos del Reglamento, el Tribunal entiende que podrá denegarse la autorización solicitada «cuando el perjuicio para la competencia sospechada sea de mínima importancia, el grado de implicación probable de la empresa afectada sea demasiado pequeño o lo que se busque sea demasiado accesorio para que la intrusión en la esfera de actividad privada de una persona jurídica que implica un registro con utilización de la fuerza pública no resulte desmesurada e intolerable con relación a los objetivos perseguidos por la verificación»⁵⁴. De la anterior jurisprudencia, se desprende con claridad la importancia de la participación del juez en sede autorizadora en el marco de defensa de la competencia y su alcance como control de la potestad inspectora frente a los derechos de los administrados.

En fin, debe destacarse por último que el alcance del poder de control del juez sobre el ejercicio de la potestad de inspección en defensa de la competencia diferencia de nuevo este tipo de autorización de la autorización judicial de entrada. Mientras que en la autorización judicial de entrada recogida en el art. 8.6, párrafo primero, la cognición del juez sobre la legalidad de la decisión administrativa que sirve de título ejecutivo se limita a la «apariencia»; en el marco de las inspecciones, dicho control de legalidad, aun no siendo pleno, va más allá de la mera apariencia, alcanzando el control el juez a través del juicio de proporcionalidad los fundamentos del ejercicio de la potestad de inspección.

V. BREVES CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

A lo largo de los anteriores epígrafes ha querido darse cuenta del régimen de la autorización judicial en el marco de las inspecciones acordadas por la Comisión

⁵⁴ Fragmento extraído del FJ 80.º de la sentencia del TJCE *Roquette Frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, de 22 de octubre de 2002 (TJCE 2002/294).

Nacional de la Competencia. Se trata, sin duda, de un reducido y muy específico espectro de la actividad administrativa y del ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva, pero no por ello menos relevante a efectos de este trabajo. Relevante, de un lado, porque la legislación exige la autorización judicial en el ejercicio de la potestad de inspección, articulándola como instrumento de tutela de derechos de contenido patrimonial, junto a derechos fundamentales; ello contribuye a poner de manifiesto que son criterios formales los que orientan la imposición de la autorización de entrada y no el tipo o especie de actividad administrativa en juego. De otro lado, relevante porque si existía alguna duda acerca de la voluntad legislativa de tutelar derechos de contenido patrimonial por medio de la intervención judicial autorizante, estos se han disipado finalmente con la incorporación de los «locales, terrenos y medios de transporte» en el art. 8.6 de la LRJCA.

También es debido insistir de nuevo en la dificultad de interpretar de forma armonizada el art. 40 de la LDC y el art. 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA. A mi entender, sería conveniente la intervención del legislador para esclarecer las discordancias aludidas; discordancia especialmente importante en relación con la titularidad del derecho a la propiedad privada a proteger; es decir, si solo el acceso a los espacios constitutivos de propiedad privada de las personas físicas requiere autorización judicial, o también cuando es titularidad de personas jurídicas. El resto de interrogantes que suscita la imposición de la autorización judicial en las inspecciones de la CNC es de esperar que vayan siendo despejados por la jurisprudencia, en especial aquellos que genera la imposición de la autorización en caso de afectarse otros derechos fundamentales — distintos a la inviolabilidad del domicilio— en el desarrollo de la inspección.

Por último, debe destacarse en el marco de las inspecciones para la defensa de la libre concurrencia el papel de la normativa europea y la jurisprudencia del TJUE que puede en gran medida servir de inspiración para orientar la participación de los jueces de lo contencioso-administrativo en esta sede.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LAS AUTORIZACIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS DEL PROCEDIMIENTO DE SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La protección de la propiedad intelectual se ha convertido en los últimos años en una prioridad política, considerándose un sector económico estratégico¹ que debe no solo fomentarse para estimular la creación artística, sino también salvaguardarse con esmero, en especial, frente a las conductas de reproducción y puesta a disposición no autorizadas de obras amparadas bajo los derechos de propiedad intelectual que se producen en Internet. Muestra de esta voluntad política se halla en el ordenamiento jurídico español con la reforma legislativa impulsada por la disposición final 43.^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) o, como mejor se la conoce, Ley Sinde-Wert².

La mentada Ley Sinde-Wert operó una modificación de calado en la normativa existente al objeto de proteger los derechos de propiedad intelectual (DPI) ante los abusos que permiten las nuevas tecnologías y, en especial, Internet. Lo que en esencia

¹ Según el último estudio publicado por la Organización Mundial de Derechos de Propiedad Intelectual (WIPO, según sus siglas en inglés) sobre el impacto económico de la industria alrededor de los derechos de autor, su contribución media en el PIB en los países analizados —entre los que no se incluye España— es del 5'4%. En tres cuartas partes de estos países dicha contribución representa entre un 4% y un 6'5%; en algunos, como Estados Unidos de América, supera el 11%. Véase el documento «*Wipo Studies on the Economic Contribution of the Copyright Industries*», publicado en 2012. Se puede acceder al documento en la web: <http://www.wipo.int/ip-development/en/creative_industry/pdf/economic_contribution_analysis_2012.pdf>. Como se ve, según los datos de la WIPO, se trata de un sector económicamente muy representativo.

Comparativamente, por ejemplo, el sector automovilístico representa el 3% del PIB de la UE. Véase el documento: «*Cars 21. A Competitive Automotive Regulatory System for the 21st century. Final Report*», Comisión Europea, publicado en el año 2006. Se puede acceder al documento en la web: <http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/automotive/files/pagesbackground/competitiveness/cars21finalreport_en.pdf>.

² La aludida DF 43.^a se conoce como Ley Sinde-Wert en virtud de los dos Ministros de Cultura y implicados en su aprobación (la Ministra Sinde, del PSOE) y su posterior desarrollo reglamentario (el Ministro Wert, del PP). Es preciso señalar que la tramitación de la norma fue del todo accidentada. La reforma que se proponía inicialmente (como DF 2.^a de la LES) fue rechazada por el Congreso de los Diputados y solo ante el Senado, previo acuerdo del PSOE, PP y CIU, pudo aprobarse como DF 43.^a de la LES tras sufrir no pocas modificaciones, entre ellas, la incorporación de la participación de la jurisdicción contencioso-administrativa para autorizar la cesión de datos. Al respecto, véase: Blanca CORTÉS FERNÁNDEZ, Pedro MERRY MONEREO e Ignacio CÁRDENAS ARTOLA, «La Ley Sinde: funciones y disfunciones», en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 62, 2011, p. 93.

persigue el legislador con este paquete de medidas normativas es suplir las supuestas deficiencias de los mecanismos civiles y penales tradicionales tendentes al mismo fin, y poner coto a la *piratería* en Internet. A tal objeto, la aludida Ley Sinde-Wert apodera a la Administración pública para que, a petición del afectado, ponga en marcha la maquinaria administrativa y, tras un procedimiento sumamente breve y expeditivo, pueda dictar una resolución en la que, tras declarar la vulneración del derecho en cuestión, se ordene el cierre o la retirada de contenidos de sitios web. Así, por mor de la denominada Ley Sinde-Wert, el Derecho administrativo se une al civil y al penal en esta particular cruzada.

En el aludido procedimiento administrativo, del que se encarga la recién inaugurada sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, la normativa encaja en dos ocasiones distintas la participación de la jurisdicción contencioso-administrativa en sede de autorización. De un lado, para permitir el acceso de la Administración a datos protegidos con el fin de identificar a la persona responsable del servicio de la sociedad de la información que vulnera el derecho de propiedad intelectual. Del otro, para permitir la ejecución forzosa de la orden de cierre de páginas web o de retirada de sus contenidos. Son dos, pues, las autorizaciones susceptibles de requerirse en el marco de un mismo procedimiento. En este contexto, además, el legislador rompe los moldes preestablecidos en materia de autorización contencioso-administrativa ya que otorga dicha competencia a los jueces centrales de lo contencioso-administrativo, no a los provinciales; y, de forma insólita, diseña un cauce procesal para el despacho de dichas autorizaciones, fijando también cuál es la función del órgano judicial.

A todas estas cuestiones se dedicarán las siguientes páginas, no sin que antes deba darse cuenta de los efectos que hasta ahora ha surtido la reforma llevada a cabo en 2011 mediante la DF 43.^a de la LES. De un lado, según cifras publicadas recientemente, la sección segunda de la CPI ha tramitado muy pocos expedientes teniendo en cuenta las expectativas puestas en ella, si bien es cierto que en una proporción considerable la iniciación del procedimiento ha desembocado en la retirada voluntaria de contenidos que vulneran los DPI, incluso antes de que se dicte resolución³. De otro lado, y en conexión con lo que se acaba de decir, los juzgados centrales de lo contencioso-

³ Según noticia publicada en El Mundo, en fecha 28 de febrero de 2013: «(...) desde el 1 de marzo de 2012 se han presentado y tramitado ante este órgano administrativo 363 solicitudes de autores que denunciaron la utilización de sus obras en Internet sin su permiso. De éstas, 248 fueron archivadas por defectos de forma y de las 115 demandas que prosperaron, en 30 se ha iniciado ya el procedimiento, otras cuatro han sido archivadas por haberse retirado el contenido ilegal y las 81 restantes se encuentran en fase de investigación. En los 30 expedientes en los que se ha acordado iniciar el procedimiento, ha habido una retirada voluntaria de contenidos ilegales en 19 casos, y sólo en cuatro ha habido una resolución de la Comisión ordenando la retirada, que ha sido posteriormente acatada por la página web responsable. Además, ha habido 15 sitios de enlaces que han cesado su actividad tras haber recibido una comunicación de la Comisión o han retirado total o parcialmente los contenidos denunciados». Disponible en web: <<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/02/28/cultura/1362064091.html>>. No se han localizado datos sobre la actuación de la CPI que hayan sido publicados oficialmente por dicho órgano o por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

administrativo no han conocido hasta la fecha de ninguna petición de autorización de la sección segunda de la CPI⁴. Y, junto a lo anterior, el actual gobierno ya tiene en cartera una nueva reforma legislativa —conocida como Ley Lassalle—, en la que entre otros se prevé ampliar el alcance subjetivo del procedimiento de salvaguarda de los DPI y las potestades de la sección segunda de la CPI⁵. Se trata este, como se ve, de un tema de total actualidad y sometido, por ello, a constantes cambios.

I. LA TUTELA ADMINISTRATIVA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Como se ha avanzado, la DF 43.^a de la Ley de Economía Sostenible o Ley Sinde-Wert supuso un vuelco en el marco normativo preexistente de regulación de los derechos de propiedad intelectual al encomendar a la Administración pública su salvaguarda, puesto que hasta la LES la tutela jurídica de los DPI se había erigido exclusivamente desde los marcos civil y penal. Se atribuye precisamente a las deficiencias de los mecanismos civiles y penales la incorporación de la intervención administrativa, por lo que es preciso dar cuenta de cómo desde el marco penal y el civil se tutela la propiedad intelectual.

En cuanto al marco penal, en los arts. 270 y ss. del CP se recogen distintos tipos delictivos relativos a la propiedad intelectual. El delito básico es el que tipifica la reproducción, el plagio, la distribución o comunicación pública, con ánimo de lucro y causando un perjuicio a terceros, de obras sin el consentimiento del titular; conductas a las que se asocian penas de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses. Del marco civil, además de las acciones ordinarias, debe destacarse la Ley de Propiedad Intelectual, en cuyos arts. 138 y ss. se recogen las acciones especiales de cesación de la conducta que vulnera los derechos de autor, y las

⁴ En las bases de datos consultadas no se ha hallado ningún auto en este sentido. Tampoco la prensa, pendiente sobremanera sobre esta materia, ha dado cuenta de ello.

⁵ Véase el Anteproyecto de reforma de la Ley de modificación del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (...) y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, bautizado como Ley Lassalle, en atención al actual Secretario de Estado de Cultura que propone esta nueva modificación. Se añade un nuevo artículo 158 ter al TRLPI, según el cual el procedimiento de «salvaguarda de los derechos en el entorno digital» podrá dirigirse no solo frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren directamente los DPI, sino también a prestadores de servicios que, entre otros, tengan como principal actividad «facilitar de manera específica y masiva la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrecen sin autorización», que mantengan o actualicen «las correspondientes herramientas de localización, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones (...)», o «que no se limiten a desarrollar actividades de mera intermediación técnica». Como se ve, se amplía el ámbito subjetivo del procedimiento, esencialmente para permitir el cierre de *páginas de enlaces*. Asimismo se impone no solo a los *prestadores de servicios de intermediación*, sino también a los *de servicios de pagos electrónicos y de publicidad* la obligación de suspender los servicios que prestan a aquellos que se considera que vulneran los DPI. También se articulan nuevos mecanismos para forzar el cierre de páginas web y la retirada de contenidos, mediante la tipificación de infracciones a las que se asocian importantes sanciones.

particularidades de los procesos a disposición de los titulares que crean vulnerados sus derechos de propiedad intelectual, de los cuales conocen los juzgados de lo mercantil.

Sin duda la tutela civil y penal de los DPI adolece de defectos. Por ejemplo, del marco penal se critica, entre otros, la exigencia del cumplimiento de los requisitos de falta de autorización, de ánimo de lucro y de perjuicio económico según los actuales criterios jurisprudenciales predominantes, lo cual ha acabado por desactivar la idoneidad y efectividad del tipo⁶. Se critica también la lentitud de los procesos, así como la ineficacia de los medios ejecutivos ante la rapidez de las nuevas tecnologías y de Internet para realizar copias, difundir obras sin autorización, etc. Sin embargo, los marcos civil y penal también cuentan con virtudes. Destaca, de un lado, la previsión de un conjunto de medidas cautelares y cautelarísimas dirigidas en su mayoría a la inmediata cesación del daño producido en los DPI⁷. Del otro, la posibilidad de que estas medidas se impongan no solo a los responsables de la vulneración de los derechos de autor, sino también a los prestadores de servicios de intermediación, para poder garantizar así su efectividad⁸. Medidas dirigidas de forma directa a la pronta protección de los DPI frente a vulneraciones ilegítimas. Sea como fuere, el legislador ha creído conveniente la intervención del Derecho administrativo para coadyuvar en el marco jurídico de protección de los derechos de autor.

1. LA DISPOSICIÓN FINAL 43.ª DE LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE Y LOS PILARES EN LOS QUE SE SUSTENTA.

Para la construcción de la estructura administrativa de protección de los derechos de propiedad intelectual, la ley Sinde-Wert modificó *tres normas*. De un lado, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSIyCE)⁹. Del otro, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, TRLPI)¹⁰. Y, en tercer lugar, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹¹.

⁶ En este sentido, Moisés BARRIO ANDRÉS, «El procedimiento para el cierre de páginas web en el Derecho español», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 26, 2012, pp. 308 y ss.

⁷ Medidas recogidas en el art. 140 del TRLPI. Según el art. 143 del TRLPI «[e]n las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley, podrán adoptarse las medidas cautelares procedentes en procesos civiles, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas medidas no impedirán la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal».

⁸ Art. 140.6 del TRLPI, en virtud de la modificación operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio.

⁹ La LSSIyCE responde a la transposición de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado Interior y de la incorporación parcial de la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

¹⁰ Es preciso tener en mente la dilatada existencia de la Ley Propiedad Intelectual, aprobada en 1987, refundida en 1996 y, desde entonces, modificada en innumerables ocasiones. De entre estas

Sin embargo, más allá de enumerar las normas afectadas por la DF 43.^a, interesa reparar en los *pilares conceptuales* en los que se asienta la nueva estructura administrativa de tutela de los DPI. La mayor parte de la doctrina señala que sus basamentos son tres. Constituye el primer y fundamental fundamento la consideración de la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual como interés general susceptible de ser tutelado por la Administración pública¹². El segundo consiste en la creación de un órgano administrativo al que se otorgan las potestades correspondientes. Así, se incorpora la sección segunda a la ya existente Comisión de Propiedad Intelectual (CPI), la cual «podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulnere los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial»¹³. Y el tercero radica en la articulación de un procedimiento administrativo *ad hoc* para cumplir dicho fin, que la ley califica de procedimiento de restablecimiento de la legalidad.

Debe además, a mi juicio, añadirse un *cuarto pilar* en el entramado de la Ley Sinde-Wert —adicional o supletorio al tercero, si se quiere—, consistente en la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa a modo de autorización. Se intuye que la participación autorizadora de la jurisdicción, además de cumplir con los imperativos constitucionales de protección de derechos de carácter fundamental, es utilizada también por el legislador con el fin de teñir de un halo de legitimidad —aunque el órgano judicial no intervenga en sede revisora— las vastas potestades reconocidas a la Comisión de la Propiedad Intelectual, tan duramente criticadas por la doctrina¹⁴ y,

modificaciones merece la pena destacar la que se acometió mediante la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, y por la ya mencionada Ley 23/2006, de 7 de julio; ambas para incorporar al ordenamiento español los mandatos contenidos en distintas Directivas europeas en la materia.

¹¹ Además, la LES se acompañó de la Ley orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifican las Leyes orgánicas 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En este contexto, interesa en concreto la modificación del art. 90.5 de la LOPJ.

¹² Art. 8.1, letra e) de la LSSIyCE.

¹³ Art. 158.4, párrafo segundo, del TRLPI. En el art. 158.4 se regula la composición de la Comisión, los fines que persigue, las facultades que para ello le son concedidas, y se apuntan las características básicas del procedimiento. Véanse también los arts. 13 y ss. del Reglamento de funcionamiento de la CPI (RD 1889/2011, de 30 de diciembre).

¹⁴ El anteproyecto de ley fue fuertemente criticado, entre otros, porque obviaba la participación judicial para recabar datos personales. Se contaba además con el antecedente francés, en el que el Consejo Constitucional anuló la Ley HADOPI (de la *Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet*), allí donde reconocía a dicha autoridad administrativa creada para la protección de la propiedad intelectual facultades análogas a las previstas en la norma española sin que se

sobre todo, por la opinión pública¹⁵. Como se verá más adelante, ello se pone especialmente de manifiesto en la autorización de la ejecución de las resoluciones de la sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, cuando la participación judicial se impone al margen de que la ejecución implique efectivamente o no la afectación de derecho fundamental alguno.

2. ¿RESPONDE LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL A UN INTERÉS GENERAL? CRÍTICA A LA *PUBLIFICACIÓN* DE LA PROTECCIÓN DE INTERESES PRIVADOS.

El art. 8.1 de la LSSIyCE se encarga de recoger los «principios» cuya protección justifica la restricción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o de comercio electrónico. Entre dichos principios se hallan la salvaguarda del *orden público*, la *investigación penal*, la *seguridad pública* y la *defensa nacional*; la protección de la *salud pública* o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de *consumidores o usuarios*, incluso cuando actúen como inversores; el respeto a *la dignidad de la persona* y al *principio de no discriminación* por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social; o la protección de la *juventud y de la infancia*. Y, en virtud de la Ley Sinde-Wert, también la «salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual» constituye un principio cuya protección justifica la limitación o restricción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o se retiren datos de la red¹⁶.

El otorgamiento a la tutela de los derechos de propiedad intelectual de un tratamiento análogo a los derechos e intereses apuntados pone de manifiesto una clara voluntad legislativa de proteger un sector —económico, cultural o de la índole que quiera calificarse— al que se atribuye una relevancia especial. Este, que constituye el soporte principal de la nueva estructura pergeñada por la Ley Sinde-Wert, es a su vez y sin

tuviera en consideración la participación judicial. Al respecto, Blanca CORTÉS FERNÁNDEZ, Pedro MERRY MONEREO e Ignacio CÁRDENAS ARTOLA, *op. cit.*, p. 93.

¹⁵ La consulta de cualquier hemeroteca da fe de la fuerte oposición social a la Ley Sinde-Wert, de la que se hicieron eco los medios de comunicación.

¹⁶ Con una distinta configuración pero con el mismo acento en los bienes jurídicos a tutelar, la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (art. 3.4), establece que solo podrá restringirse la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información por motivos de «orden público, en particular la prevención, investigación, descubrimiento y procesamiento del delito, incluidas la protección de menores y la lucha contra la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, así como las violaciones de la dignidad humana de personas individuales; protección de la salud pública; seguridad pública, incluidas la salvaguarda de la seguridad y la defensa nacionales; y protección de los consumidores, incluidos los inversores». Como se observa, la norma europea *no contempla* que la tutela de los derechos de propiedad intelectual constituya un interés o bien jurídico cuya salvaguarda justifique la restricción de la prestación de servicios de la sociedad de la información.

atisbo de duda, el aspecto más *controvertido* de la modificación operada, existiendo al respecto posturas encontradas.

Parte de la opinión doctrinal señala lo forzado de equiparar la protección de los derechos de autor con bienes colectivos como la salud pública o el orden público; con intereses que el ordenamiento jurídico entiende como superiores, como la tutela de colectivos situados en posiciones de mayor vulnerabilidad como los menores o los consumidores; con principios fundamentales como el de no discriminación y con valores ordenadores como el de dignidad de la persona¹⁷. Se argumenta que, tratándose un derecho de propiedad, aunque especial (arts. 428 y 429 del CC), este debe tutelarse de conformidad con su naturaleza no fundamental, quedando vedada la tutela Administrativa en esta sede a la luz de la originaria configuración de la restricción de los servicios de la sociedad de la información del art. 8 de la LSSIyCE¹⁸. En esta misma posición, la doctrina argumenta también que los mecanismos civiles y penales ya existentes son suficientemente efectivos sin que sea necesaria la intervención administrativa, en especial a la luz de las medidas cautelares y cautelarisimas previstas en el art. 141 del TRLPI, tendentes a asegurar el cese de la actividad vulneradora de los DPI¹⁹. En definitiva, se critica la «*publificación*» de la tutela de intereses y derechos de

¹⁷ Al respecto, entre otros, Juan DAMIÁN MORENO, «Consideraciones en torno al procedimiento previsto para el cierre de páginas web (a propósito de la «Ley Sinde»», en *Diario la Ley*, núm. 7.455, 2010, ref. D-248, p. 1.695; Antonio SALAS CARCELLER, «El papel y las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual: la base de la Comisión», en la obra colectiva coordinada por Xavier O'CALLAGHAN, *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011., pp. 596 y 598; José ALMAGRO NOSETE, «Aspectos procesales del proyecto de ley “antidescargas”», en la misma obra colectiva coordinada por XAVIER O'CALLAGHAN, *cit.*, p. 580; y del mismo autor, «Aspectos procesales de la Disposición Final cuarenta y tres de la Ley de Economía Sostenible», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2012, p. 443.

¹⁸ En este sentido, el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, de 12 de febrero de 2010, afirma que «es dudoso que la protección de la propiedad intelectual deba ponerse a la misma altura que el resto de los bienes jurídicos protegidos (...). La propiedad intelectual, como tal, debe ser encuadrada en su rango de derecho constitucional, dentro del art. 33.1 CE, como derecho de propiedad, más que en una versión *stricto sensu* de un derecho fundamental merecedor de un mayor rango de protección y salvaguardia» (p. 4).

¹⁹ Según DE HOYOS SANCHO, no se entiende «que sea la Administración la que intervenga en la adopción de medidas sobre vulneraciones de derechos de propiedad intelectual, que tienen naturaleza jurídico-privada, cuando para su defensa y tutela ya se prevén acciones de cesación y medidas cautelares aseguradoras de la eficacia de los pronunciamientos jurisdiccionales». Montserrat DE HOYOS SANCHO, «Las medidas cautelares de suspensión del servicio y clausura de páginas web por vulneración de los derechos de autor en Internet», en la obra colectiva dirigida por R. M. MATA Y MARTÍN, *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en Internet*, Madrid, La Ley, 2011, p. 340.

Andrés BOIX PALOP, «Derechos de autor en el ámbito comunicativo», en la obra colectiva coordinada por Emilio GUICHOT, *Derecho de la comunicación*, Iustel, Madrid, 2011, p. 287, afirma que «no está muy claro (...) cuales son las razones por las que el proceso civil ordinario (...) no podría cumplir estos mismos objetivos».

Existe doctrina, no obstante, que pone de manifiesto la inoperatividad de las medidas cautelares en tanto que difícilmente son acordadas por los jueces de lo mercantil. El problema radica en que la

naturaleza estrictamente privada²⁰; o, como señala algún autor, la «desjudicialización» de la tutela de los DPI, articulada hasta la reforma exclusivamente ante el orden jurisdiccional civil y el penal, que quedan desapoderados de sus funciones a elección del titular que considere sus derechos vulnerados²¹.

Frente a los anteriores argumentos, no faltan autores que defienden la legitimidad de la articulación de la protección de la propiedad intelectual mediante la intervención de la Administración pública²². Tres son los argumentos principales que se esgrimen al respecto. De un lado, la especial vulnerabilidad en la que se hallan estos derechos a resultas de las nuevas tecnologías y de las posibilidades que ofrece Internet, junto con la inoperatividad de las tradicionales vías penal y civil, lo cual justifica la intervención del aparato administrativo. De otro lado, que el margen decisorio del legislador en la determinación de lo que debe considerarse como interés general es sumamente amplio, sin que pueda tacharse la elección de la tutela de los derechos de propiedad intelectual teniendo en cuenta su inclusión en la CE. Y, junto a los anteriores, que el derecho a la propiedad intelectual, y por lo tanto a la propiedad privada, debe recibir la consideración y el tratamiento propio de un derecho fundamental, en especial en atención a normas de carácter internacional como el CEDH (art. 1 del Protocolo

mayoría de las demandas se dirigen contra páginas de enlaces o páginas de descarga p2p, en las que no se almacenan contenidos, que se halla en el disco duro de un particular. Por ello los juzgados de lo mercantil deniegan las medidas cautelares, porque no aprecian la debida apariencia de buen derecho (entre otras las SSAP de Barcelona 83/2011, de 24 de febrero (AC 2011/86); 301/2011, de 7 de julio (AC 2011/1505). En este sentido, Luis SANZ ACOSTA, «La publicación de la llamada “Ley Sinde” y la cuestión de la suficiencia de control judicial en ella contemplado», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2011.

²⁰ Ignacio COLOMER HERNÁNDEZ, «El cierre de páginas web y el papel de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 807, 2010, p. 9. Habla este autor también de una «desnaturalización» del sistema de tutela de derechos privados, cuya protección recae sobre el titular de los mismos por regla general, al traspasar a la Administración pública dicha función; así como de la «desproporción» entre los mecanismos de tutela articulados administrativamente y el derecho privado como objeto de la mencionada tutela. Del mismo autor, «De nuevo sobre el cierre de páginas web: la necesaria naturaleza cautelar de esta medida», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 813, 2011, p. 5.

²¹ Dimitry BERBEROFF AYUDA, «El procedimiento para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en la jurisdicción contencioso administrativa» [en línea], ponencia al Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, 21 y 22 de febrero de 2013, p. 17. Disponible en web: < <http://www.acoes.es>>. Otros autores afirman contundentemente que «estamos ante una medida de una innegable vocación intervencionista, concebida con el fin de mantener las decisiones relativas a la lucha contra el fraude en materia de propiedad intelectual fuera del área de influencia del poder judicial». Juan DAMIÁN MORENO, *op. cit.*, p. 1696. En la misma línea, Alicia ARMENGOT VILAPLANA, «Las nuevas funciones de la comisión de propiedad intelectual», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 2, 2012, pp. 17-18.

²² Entre otros, Jesús José TIRADO ESTRADA, «Consideración crítica sobre la disposición final del proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos constitucionales y aplicación práctica», en la obra colectiva coordinada por Xavier O'CALLAGHAN, *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 513 y ss.; Juan Antonio XIOL RÍOS, «Aspectos sustantivos de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible. Disposiciones finales. La llamada “Ley Sinde”», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2012, p. 462.

adicional) o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde los DPI se contemplan de forma expresa (art. 17.2)²³.

Lo cierto es que, sin que pueda negarse la importancia económica de los sectores musical, audiovisual, editorial, etc. así como la relevancia sociocultural asociada a la creación artística, literaria y científica, resulta difícil aceptar de plano la «elevación de rango» realizada por la Ley Sinde-Wert de la tutela de los DPI, de clara naturaleza privada, equiparándola a otros bienes jurídicos de una dimensión pública innegable. Además, desde la perspectiva formal, una disposición final no es el instrumento más adecuado para realizar tal operación, echándose de menos una norma dedicada únicamente a tal efecto y acompañada de una exposición de motivos en la que el legislador fundamente tal opción legislativa²⁴. No sustituye ni subsana lo anterior la motivación que se halla en la exposición de motivos del reglamento que regula el funcionamiento de la CPI (aprobado por el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre), donde se hace especial énfasis en los argumentos de carácter económico, junto a la dimensión constitucional de los derechos de propiedad intelectual, asociándolo incluso al derecho de producción y creación artística, y a su reconocimiento en el marco internacional.

Estando de acuerdo con la necesidad de se articulen mecanismos eficaces de tutela de los derechos de propiedad intelectual, tanto de su vertiente moral como de la patrimonial, no me parece oportuna la estrategia que nuestro legislador ha empleado. De un lado, porque no es razonable la equiparación de la salvaguarda de los DPI al resto de intereses o principios que se enumeran en el art. 8 de la LSSIyCE, siendo unos y otros de tan distintas naturalezas. Los derechos de propiedad intelectual son considerados por la doctrina mayoritaria como un derecho de propiedad, tutelado en el art. 33 de la CE, sin que pueda equipararse a un derecho de la personalidad²⁵, a un

²³ En el art. 17.1 se recoge el derecho a la propiedad privada en términos análogos al CEDH o al art. 33 de la CE española. En concreto, el art. 17 reza así: «Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la Ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por Ley en la medida en que resulte necesario para el interés general». Y en el art. 17.2 se dice de forma expresa que «[s]e protege la propiedad intelectual».

²⁴ Ignacio COLOMER HERNÁNDEZ, «El cierre de páginas web y el papel de la jurisdicción contencioso-administrativa», *cit.*, 2010, p. 9. En el mismo sentido, Pablo FERRÁINZ AVENDAÑO, «La proyectada reforma de la Comisión de Propiedad Intelectual de Ministerio de Cultura y el “procedimiento para el restablecimiento de la legalidad”, cuya instrucción y resolución se quiere atribuir a su propuesta Sección Segunda», en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 10, 2010, p. 11.

²⁵ Sobre la naturaleza patrimonial o personal de los DPI, véase: María Ángeles FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La posible configuración de la propiedad intelectual como un derecho de la personalidad en el proyecto de Ley de Economía Sostenible», en la obra colectiva coordinada por Xavier O'CALLAGHAN, *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 663-673.

derecho de rango fundamental o a un interés de dimensión pública análoga a las recogidas en el art. 8 de la LSSIyCE. Dicha equiparación genera una desfalque que hace que se tambalee toda la estructura administrativa de tutela de los DPI. De otro lado, el argumento económico tampoco es convincente pues son muchos los ámbitos, sectores, intereses o derechos de igual o mayor trascendencia que los DPI para el bien común, y que quedan excluidos de la intervención pública. La diferencia entre unos y otros reside a mi entender en el hecho de que detrás de la salvaguarda de los DPI, existe un potente lobby integrado por la industria del sector musical, audiovisual, editorial, etc. cuya capacidad de presión al legislador queda materializada no solo en España mediante leyes del calibre de la Ley Sinde-Wert o la proyectada Ley Lasalle²⁶, sino también en los ordenamientos internos de otros estados²⁷ o el mismo ordenamiento de la UE²⁸. Mientras el legislador responda a estos impulsos, el ordenamiento jurídico seguirá acogiendo elementos disonantes como la DF 43.º de la LES. Y, por último pero no por ello menos importante, sino todo lo contrario, porque tampoco la articulación de un procedimiento administrativo es la solución para erradicar la piratería en Internet. Como ya se ha destacado antes, el Derecho, especialmente, desde su vertiente represiva, no parece la mejor respuesta ante tal fenómeno. Y es que no se adivina en qué será más eficaz y efectiva una resolución administrativa que ordena el cese de una conducta vulneradora de los DPI —aparte del hecho de que la resolución administrativa sea dictada con más celeridad que la judicial—, de que lo es una resolución judicial que ordena el cese de la conducta vulneradora de los DPI. En definitiva, soy del parecer de que los cambios que la sociedad de la información está forzando en los sectores amparados por los DPI, como en tantos otros, no pueden pretender morigerarse única y exclusivamente mediante modelos represivos o punitivos, en especial cuando

²⁶ Da fe la fuerza de los referidos lobbies, los numerosos “cables” filtrados por Wikileaks en 2010, en los que se evidenciaban las presiones ejercidas desde 2007 por la Embajada de Estados Unidos en España al Gobierno con el fin de articular una estrategia que resultara una ley «antidescargas». Junto a lo anterior, no puede olvidarse la influyente «Lista 301», nombre con el que se conoce el informe anual que realiza la IIPA (International Intellectual Property Alliance, una organización privada que agrupa las principales industrias de EE. UU. AA. fundamentadas en el *copyright*) en el que se relacionan aquellos países cuyas legislaciones no tutelan adecuadamente los DPI, indicándose incluso recomendaciones.

²⁷ Sin duda, el origen e impulso de las iniciativas legislativas de este tipo de halla en Estados Unidos de Norteamérica, donde existe una potente industria audiovisual preocupada por proteger sus intereses. En el marco europeo, ya se ha mencionado en el texto el ejemplo francés y la Ley HADOPI, al que puede añadirse la *Digital Economy Act* del Reino Unido.

²⁸ En especial las Directivas 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual; 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. Sobre el marco europeo: David ORDÓÑEZ SOLÍS, «Las descargas ilegales en Internet: el contexto jurídico europeo de la Ley Sinde», en *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm. 11, 2011, pp. 7 y ss.

demuestran ser totalmente ineficaces ante las infinitas posibilidades que abre la era digital²⁹.

II. EL PROCEDIMIENTO DE SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Uno de los elementos clave para el éxito de la reforma impulsada por la Ley Sinde-Wert reside, una vez reconocida la potestad de protección de los DPI a la Administración, en la confección de un procedimiento que supla las deficiencias de los mecanismos civiles y penales. Para ello el legislador ha dispuesto un procedimiento que pretende atajar con la mayor celeridad posible la conculcación del derecho y, consecuentemente, la causación del perjuicio derivado de la misma³⁰. Así, el cauce procesal diseñado es extremadamente ágil, y tiende en todo momento a la cesación de la conducta vulneradora, ya sea de forma voluntaria antes y después de que se dicte resolución, o coactivamente mediante la ejecución forzosa.

Pero, más allá de su agilidad, el procedimiento de la Ley Sinde-Wert reúne un buen número de peculiaridades que lo distinguen y particularizan sobremedida, calificándolo incluso alguna doctrina como una nueva categoría o especie de procedimiento, un *tertium genus*³¹. Sin duda, se trata de un procedimiento *hecho a medida* para llevar a término con éxito la específica misión de tutelar los DPI, sacrificándose incluso en ocasiones el encaje en las categorías generales del Derecho administrativo procesal.

1. LAS CLAVES DEL PROCEDIMIENTO DE SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Se encargan de regular el aludido procedimiento el art. 158.4 del TRLPI, en el que se recogen los rasgos básicos y estructurales del mismo³², y los arts. 15 a 24 del Real

²⁹ En este sentido véanse las reflexiones de Moisés BARRIO ANDRÉS, *op. cit.*, pp. 313 y ss. Según este autor «el principal óbice del procedimiento articulado está en su propia raíz: la medida se enmarca en un contexto y una legislación de propiedad intelectual establecida para la era analógica, en la que los soportes resultaban difíciles de copiar, de alterar y, en definitiva, dañar. Sin embargo, los poderes públicos siguen sin tener en cuenta las peculiaridades derivadas de los formatos digitales (...). De ahí que su utilidad práctica va a ser más bien nula o muy escasa» (p. 315).

³⁰ De hecho, uno de los objetivos de la reforma que quedaban plasmados en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado en las cortes era tener en cuenta «las necesidades de una actuación ágil y efectiva frente a las vulneraciones de la misma [la propiedad intelectual] realizadas mediante la puesta a disposición de contenidos en la web»; BOCG, Serie-A, núm. 60-1, de 9 de abril de 2010, p. 12. Por el contrario, nada se dice en el preámbulo de la Ley de Economía Sostenible definitivamente aprobada acerca de las reformas operadas por la DF 43.^a

³¹ David ORDÓÑEZ SOLÍS, *op. cit.*, p. 20.

³² El Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible incluía escasas claves sobre dicho procedimiento, remitiendo a la norma reglamentaria su completa articulación, ante lo cual se pronunció críticamente la doctrina, exigiendo que una norma de rango legal recogiese al menos las coordenadas básicas que lo orientaran. En este sentido, entre otros: Pablo FERRÁINZ AVENDAÑO, *op. cit.*, p. 5.

decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, que lo desarrollan reglamentariamente. El «procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual», así es como se refiere a él Reglamento, es calificado por el legislador como un *procedimiento de restablecimiento de la legalidad*³³. La normativa regula, de un lado, un procedimiento declarativo que desemboca en la declaración de vulneración de los DPI y la orden de cese de la conducta; y, del otro, uno ejecutivo, que disciplina un específico modo de llevar al plano material las resoluciones de la sección segunda de la CPI.

En cuanto al *procedimiento declarativo*, su finalidad es la de declarar la conculcación de los derechos de autor y, en congruencia con el fin de restablecimiento de la legalidad, ordenar el cese de la conducta vulneradora mediante el cierre de páginas web o la retirada de contenidos de éstas. El art. 158.4 del TRLPI establece que se guiará por los principios de celeridad y proporcionalidad³⁴, siendo de aplicación los derechos de defensa que prevé el art. 135 de la LRJAPyPAC. Se establece un plazo de tres meses para su resolución, transcurrido el cual la falta de notificación «tendrá efectos desestimatorios». La resolución causará estado en vía administrativa.

El mentado procedimiento declarativo se divide en cuatro fases; además de las habituales de iniciación, instrucción y resolución, se añade una «fase preliminar del procedimiento».

(a) En lo que el RD 1889/2011 tiene a bien llamar «*fase preliminar del procedimiento*» la normativa configura una especie de actuaciones previas o preparatorias del procedimiento en las que se despacha la *solicitud* que presenta el titular que considera que sus derechos de propiedad intelectual son vulnerados, o su representante. Según el art. 158.4 *in fine* del TRLPI, el procedimiento «se iniciará *siempre* a instancia del titular» de los DPI que se consideren vulnerados, mediante la presentación de la aludida solicitud. En dicha solicitud deberá acreditarse, entre otros: la titularidad de los derechos de autor afectados, que dichos derechos están siendo explotados sin su consentimiento, que concurre ánimo de lucro o causación de un perjuicio económico, y junto a lo anterior debe facilitarse en la medida de lo posible la identificación de aquel que vulnera los DPI³⁵.

También el Consejo Fiscal criticó que se remitiera por completo al reglamento la regulación del procedimiento, exigiendo que en la ley se plasmen como mínimo «los presupuestos y principios básicos de ese procedimiento»; véase la p. 17 de su Informe al Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, de 12 de febrero de 2010. En el mismo sentido, el CGPJ y el Consejo de Estado en sus Informes al Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible de 28 de enero de 2010, p. 20, y de 18 de marzo de 2010, p. 36, respectivamente.

³³ Véase el art. 158.4 de la LSSIyCE y el art. 15 del RD 1889/2011.

³⁴ Según el art. 15.4 del RD 1889/2011, los principios que lo orientan son «legalidad, objetividad, proporcionalidad y contradicción».

³⁵ Véase el art. 17.2 del RD 1889/2011, que referencia hasta siete puntos relativos a la documentación e información a aportar en la solicitud.

De conformidad con el art. 17.3 del Reglamento, presentada la solicitud, la Comisión «acordará el inicio» del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, «salvo que la solicitud incumpla alguno de los requisitos exigidos» por la normativa. En tal caso, sigue el mismo precepto, se concederá un plazo de subsanación y, de no atenderse, se considerará que el titular de los DPI desiste de su petición «archivándose las actuaciones previa la correspondiente resolución». Asimismo, según el art. 158.4 *in fine* del TRLPI, la falta de resolución dentro del plazo establecido, que es de tres meses, «tendrá efectos desestimatorios de la *solicitud*».

Esta fase preliminar del procedimiento se configura de un modo ciertamente peculiar. La solicitud a que alude la normativa combina elementos propios de una denuncia y de una solicitud que activa el procedimiento iniciado a instancia de parte. Así, de un lado, parece tratarse de una solicitud de inicio de un procedimiento asociada a una denuncia, siendo en este caso el procedimiento cuya iniciación se solicita de restablecimiento de la legalidad. Pero del otro, el legislador ha dado a esta solicitud un tratamiento especial, como si de la solicitud de un procedimiento iniciado a instancia de parte se tratara, puesto que puede ser subsanada, si no se enmienda se entiende que el solicitante desiste de su petición, habiéndose de resolver conforme a ello; y se asocia a la falta de resolución y notificación en plazo la producción del silencio negativo. Así unos rasgos apuntan que nos hallamos ante un procedimiento iniciado a instancia de parte, puesto que la sección segunda parece quedar vinculada a dar inicio a dicho procedimiento, tramitarlo y resolverlo. Ello, sin embargo, se contradice con la facultad que, aun absolutamente reglada, parece otorgarse a la sección segunda de la CPI para acordar la iniciación del procedimiento, como se verá seguidamente.

A pesar de no ser una cuestión baladí —de si el procedimiento se inicia de oficio o a instancia de parte pende la determinación del *dies a quo*, así como los efectos de la falta de resolución y notificación en el plazo establecido, entre otros—, lo cierto es que en la regulación del procedimiento de salvaguarda de los DPI se entremezclan elementos propios de los procedimientos iniciados a instancia de parte y del procedimiento iniciado de oficio, sin que el legislador deje claro en qué categoría se mueve, estableciendo un procedimiento relativamente genuino³⁶.

A mi juicio, no obstante, nos hallamos ante un procedimiento iniciado a instancia de parte³⁷. Si se considerara un procedimiento iniciado de oficio, este debería poder

³⁶ La configuración del procedimiento en esta fase previa o inicial se asemeja en gran medida al procedimiento sancionador iniciado a instancia de parte que prevé el art. 35 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Según el art. 35 de dicha norma —que regula la iniciación a instancia de parte—, presentada la solicitud de apertura de un procedimiento por el interesado, si el órgano competente estima que «es admisible procederá a dictar el acuerdo de iniciación».

³⁷ Defiende que se trata de un procedimiento iniciado de oficio, Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *La tutela administrativa de la propiedad intelectual*, Madrid, Iustel, 2013, [en imprenta].

incoarse no solo ante la denuncia del titular de los derechos de autor vulnerados, sino también por la propia iniciativa de la sección segunda, como consecuencia de la orden de un órgano superior, a petición razonada de otros órganos y por denuncia de cualquier persona, interesada o no, según reza el art. 69 de la LRJAPyPAC. Asimismo, los efectos de la falta de resolución y notificación deberían ser la caducidad y no el silencio negativo que establece el art. 158.4 del TRLPI. Por el contrario, resulta que nos hallamos ante un procedimiento que *únicamente* podrá poner en marcha el titular de los DPI que se considere agraviado, presentando una solicitud. Solicitud que, reuniendo los requisitos establecidos, la Administración viene obligada tramitar y resolver, asociándose a la falta de resolución y notificación en plazo la producción de un silencio negativo que hallaría justificación en la consideración de la protección de la propiedad intelectual como razón imperiosa de interés general³⁸. En este sentido, esta fase preliminar del procedimiento se asemeja a un trámite de admisión de la solicitud del interesado³⁹.

(b) Como decía, si la solicitud reúne los requisitos establecidos por la norma, la sección segunda «acordará el inicio del procedimiento» o «dictará acuerdo de inicio» del procedimiento, según imperativa y respectivamente establecen los arts. 17.3 y 19 del Reglamento. La iniciación del procedimiento deberá notificarse al resto de los interesados⁴⁰. A juicio del legislador existen dos tipos de interesados, en este procedimiento: el prestador de servicios de intermediación y el responsable del servicio de la SSI que vulnera los derechos de autor. Y, aunque la normativa no lo mencione, debe asimismo tenerse por interesado en el procedimiento al titular de los derechos de propiedad intelectual, al margen de si se considera el procedimiento iniciado el procedimiento a instancia de parte o de oficio, puesto que sus derechos resultarán de forma directa afectados por la decisión que se adopte en el procedimiento.

En cuanto a los prestadores de servicios de intermediación, la LSSIyCE los define en su anexo como aquel servicio «por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. Son servicios de

³⁸ Según la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, más conocida como Directiva Bolkestein o de Servicios, la protección de la propiedad intelectual e industrial constituye una *razón imperiosa de interés general* de conformidad con la jurisprudencia del TJUE. No puede dejar pasarse por alto la contradicción que se deriva de la previsión del silencio negativo a falta de notificación de la resolución expresa en plazo en el marco de este procedimiento, puesto que la consideración de la protección de la propiedad intelectual como una razón imperiosa de interés general justificaría en todo caso el silencio positivo en un procedimiento orientado tutelar dichos derechos.

³⁹ Similar, por ejemplo, al examen preliminar que regula el art. 45.3 de la LRJCA en relación con el cumplimiento de los requisitos de la comparecencia en la interposición del recurso contencioso-administrativo.

⁴⁰ El hecho que se haya presentado una solicitud que active el procedimiento, no sustituye la necesidad de que la Administración acuerde su inicio. En este sentido, véase María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 355 y ss.

intermediación *la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet*». Como se ve, la ley acoge un concepto amplio de prestador de servicios de intermediación. La norma justifica su inclusión como interesado en el procedimiento «a efectos de tenerle informado de la posibilidad de futuros requerimientos de identificación y de ejecución»⁴¹, puesto que su colaboración será necesaria para obtener los datos relativos a la identificación del responsable del SSI que vulnera los DPI y para ejecutar la resolución. A mi entender, su eventual colaboración no puede justificar su consideración como interesados en el procedimiento, sino que a la luz del art. 31 de la LRJAPyPAC debe presuponerse que tienen intereses legítimos directos susceptibles de ser afectados por la resolución.

De otro lado, será interesado aquel contra el que se dirige el procedimiento: el «responsable del servicio de la sociedad de la información» que presuntamente vulnera los DPI siempre que «actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial»⁴². El problema reside en que en gran número de ocasiones la identificación de dichos responsables resultará imposible, habiéndose de recurrir a la solicitud de datos personales y especialmente protegidos en posesión de los prestadores de servicios de intermediación. En estas circunstancias se da la primera de las intervenciones de la jurisdicción contencioso-administrativa en el procedimiento de salvaguarda de los DPI. El acceso a dichos datos deberá acompañarse de la debida autorización judicial pues, de lo contrario, se estaría vulnerando el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones. Sobre ello volveré más adelante.

(c) En la fase de *instrucción* se evidencia la clara vocación del procedimiento, dirigido a poner fin a la conculcación de los derechos de autor. Así, en la misma notificación de la iniciación del procedimiento se informa al responsable de la vulneración de que dispone de dos opciones. En el plazo de 48 horas tras la notificación, puede presentar alegaciones, esgrimiendo lo que crea conveniente en su defensa; o poner fin de forma voluntaria a la vulneración de los DPI. Según el art. 20 del Reglamento, si en dicho plazo se retiran los contenidos que vulneran los DPI o se interrumpe el SSI que ocasionare la vulneración, el procedimiento se dará por finalizado, archivándose sin más trámite —se intuye que por desaparición del objeto. Se atribuye a tal conducta el valor de reconocimiento implícito de la vulneración. El legislador advierte no obstante que, si se reanudara la actividad vulneradora y el titular de los DPI lo solicitara, se retomará el procedimiento y se acordará su reapertura en la «fase de prueba y conclusiones».

⁴¹ Según el art. 17.3 del RD 1889/2011.

⁴² Quedan excluidos los usuarios finales o internautas que utilizan dichos servicios o redes de intercambio de archivos (conocidas como *peer to peer* o *p2p*), a diferencia, por ejemplo, de la ya mencionada Ley HADOPI.

Transcurrido el mencionado plazo de 48 horas sin que se ponga fin voluntariamente a la vulneración de los DPI, se abre el trámite de «prueba y conclusiones», según el art. 21 del Reglamento. En el plazo de dos días se practicará la prueba, bien de oficio bien a instancia de los interesados. Tras dicho plazo se notificará el resultado de la prueba y la propuesta de resolución a los interesados, concediéndoles trámite de audiencia durante cinco días, plazo que establece el art. 158.4 del TRLPI, en el que debe entenderse que podrán participar todos los interesados (es decir, el responsable del SSI que presuntamente vulnera los DPI, el prestador de servicios de intermediación y el titular de los derechos de autor). Como se ve, el reglamento no respeta las pautas que marca en este sentido la LRJAPyPAC, puesto que prevé, de un lado, que la propuesta de resolución se dicte antes del trámite de audiencia y, del otro, solo concede un plazo de cinco días para su celebración. Previsiones, pues, que deben considerarse inconstitucionales en tanto que limitan las garantías mínimas de las que provee a los administrados el procedimiento común.

(c) La *resolución* que ponga fin al procedimiento se dictará en los tres días siguientes. Deberá ser motivada y declarará «a los solos efectos del artículo 158.4» del TRLPI, si la sección segunda de la CPI considera acreditada la existencia o inexistencia de la vulneración de los DPI (art. 22 del RD 1889/2011). En caso de considerarse que se vulneran dichos derechos, la resolución incorporará la correspondiente orden de restablecimiento de la legalidad. En este sentido, tanto el art. 8.1 de la LSSIyCE, como el art. 158.4 del TRLPI habilitan a la sección segunda de la CPI para adoptar las medidas necesarias con el fin de que «se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de la propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren dichos derechos». Como se ve, las normas no concretan qué tipo de medidas podrán adoptarse, sino que únicamente fijan el fin de interrupción o retirada de contenidos para poder restablecer la legalidad. Dichas medidas se configuran, pues, con carácter abierto por la Ley.

En consonancia con lo anterior, según el art. 22.2 del RD 1889/2011, la resolución que declare acreditada la vulneración de los DPI «ordenará al referido responsable la retirada de los contenidos de vulneren los derechos de propiedad intelectual o la interrupción de la prestación del servicio», para lo que se concede al responsable un plazo de 24 horas. Ahora bien, ese no es el único contenido de la resolución puesto que incluirá una segunda orden, esta vez de *suspensión*, dirigida a los servicios de intermediación para que en el supuesto de incumplimiento por parte del responsable, puedan dar «eficaz cumplimiento [a la] resolución» (art. 22.3 del Reglamento).

Como se ve, la resolución incorpora, junto a la declaración de vulneración de los DPI, dos tipos de medidas, dos órdenes dirigidas a dos sujetos distintos, el responsable y el intermediador (considerados ambos interesados en el procedimiento), para la consecución de un mismo fin, el restablecimiento de la legalidad. La combinación de

ambas órdenes en una misma resolución plantea interrogantes, en especial, sobre la relación que se establece entre ambas, que según la ley será de *subsidiariedad*. En este extremo radica otra de las particularidades del procedimiento de salvaguarda de los DPI.

Por último, el artículo 22.4 del Reglamento establece que «[e]l plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución por la Sección Segunda será de 3 meses. La falta de notificación en ese plazo tendrá efectos desestimatorios de la solicitud según lo dispuesto en el artículo 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual».

Del *procedimiento de ejecución forzosa* destaca la peculiar fórmula de ejecución coactiva de la orden de cese, que se realiza mediante lo que podría considerarse una especie de ejecución subsidiaria⁴³. La normativa prevé que, a falta de cumplimiento voluntario de la orden dirigida al responsable, sea el prestador de servicios de intermediación el que ponga fin a la conducta vulneradora mediante la *suspensión* del «servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente». Así, dicha suspensión puede consistir en la interrupción de la transmisión de datos, su alojamiento, el bloqueo de IP, la interrupción del acceso a redes de telecomunicaciones, o cualquier otra medida que consiga el fin perseguido por la resolución que se ejecuta.

Desde la perspectiva práctica, la orden de suspensión dirigida a los servicios de intermediación opera a modo de medio de ejecución forzosa —la ejecución subsidiaria del art. 98 de la Ley 30/1993. No obstante, ese no es el tratamiento que le otorga la normativa, que trata al intermediario como un interesado en el procedimiento en tanto que puede requerir su colaboración⁴⁴; al cual dirige una orden «*subsidiaria*» al cumplimiento voluntario del responsable de la vulneración, según el art. 24.3 del Reglamento. En tanto que subsidiaria, la suspensión cesará en el momento que se cumpla voluntariamente la orden o, en todo caso, transcurrido un año desde su imposición. Se desplaza así el foco del procedimiento del responsable de la vulneración al prestador de servicios de intermediación⁴⁵.

⁴³ Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *op. cit.*, opina que la suspensión «no puede identificarse, en sentido propio, con un medio de ejecución forzosa de la orden dirigida al responsable vulnerador».

⁴⁴ De hecho, el art. 11 de la LSSIyCE se refiere a la suspensión como una «colaboración de los prestadores de servicios de intermediación». La actual redacción del art. 11 de la LSSIyCE se debe a la modificación operada por la Ley 56/2007 de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, no a la Ley de Economía Sostenible.

⁴⁵ En tanto que pesa sobre él el deber de colaboración, en caso de incumplimiento de la orden de suspensión, será sancionado, pues tal incumplimiento se configura como una infracción muy grave, según el art. 38.2.b) de la LSSIyCE.

Asimismo, a partir del momento en el que le sea notificado el auto del juzgado central de lo contencioso-administrativo autorizando la ejecución, se considerará que tiene «conocimiento efectivo de la actividad vulneradora» (art. 24.2 del RD 889/2011). Ello, según los arts. 14 y ss. de la LSSIyCE,

Del procedimiento de ejecución forzosa destaca también la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, que deberá autorizar *en todo caso* la ejecución de la resolución, a lo cual me refiero más adelante.

2. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINADO POR EL ART. 158.4 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y POR EL REGLAMENTO QUE REGULA EL FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Vistos los principales rasgos del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, pueden extraerse las siguientes conclusiones al respecto.

A. Características del procedimiento.

A la luz de la configuración del procedimiento, puede afirmarse sin ambages que su vocación es la de poner fin a la conducta vulneradora a la mayor brevedad posible, previendo incluso su finalización anticipada si el responsable se aviene a cesarla voluntariamente. Asimismo, los plazos son sumamente breves. A pesar de contemplarse un periodo de tres meses para resolver y notificar, los plazos previstos para el despacho de los distintos trámites son exageradamente fugaces —recuérdese el de dos días para practicar la prueba y el de cinco para celebrar la audiencia—, contándose incluso algunos en horas —como el de 48 horas para presentar alegaciones o el de 24 para cumplir voluntariamente la resolución.

Previsiones estas que alejan el procedimiento de salvaguarda de los DPI de las pautas de legalidad y constitucionalidad marcadas por la LRJAPyPAC, como ya se ha visto, llegando a impedir que se hagan valer y defiendan de forma efectiva durante el procedimiento los derechos de todos los interesados, en especial los del que se considera responsable de la conculcación de los DPI. Tales previsiones, además, plantean dudas de carácter práctico como, por ejemplo, cómo computar los plazos marcados por horas. Junto a las anteriores consideraciones, alguna doctrina advierte de que, a la luz de tal celeridad, de darse un gran número de solicitudes, puede que la sección segunda opte por dejar transcurrir el plazo y se denieguen por silencio o, en sentido totalmente contrario, se resuelvan positivamente de forma automática todos los procedimientos⁴⁶.

comporta ciertas responsabilidades respecto de los operadores de redes y proveedores de acceso, los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, y los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, los cuales podrán considerarse prestadores de servicios de intermediación según la misma definición del concepto que incluye la LSSIyCE en su anexo.

⁴⁶ Alfredo BAUTECAS CALETRÍO y Juan Pablo APARICIO VAQUERO, «Propiedad intelectual y piratería. El nuevo procedimiento de salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en Internet. (La

En suma, la brevedad en los plazos resulta en un procedimiento más ágil que el despacho de cualquier medida cautelar o cautelarísima que pudiera adoptarse en el marco de los procesos penales o civiles previstos. De hecho, el procedimiento parece estar diseñado para sustituir a las mentadas medidas cautelares, tan habitualmente denegadas en el marco civil, mediante una resolución administrativa cuya obtención, además, no acarrea ningún coste para los titulares de los DPI. En contrapartida, como apunta la doctrina, el procedimiento no depura las responsabilidades civiles ni, por supuesto, las penales, que deberán ventilarse por las tradicionales vías judiciales, en especial si el titular de los DPI quiere ser indemnizado por los perjuicios sufridos⁴⁷.

Por último, debe recordarse que el procedimiento ante la sección segunda de la CPI no obsta, según el art. 158.4 del TRLPI, las acciones civiles, penales o incluso contencioso-administrativas que correspondieran. En este sentido, es claro que el legislador pretende abrir una vía de tutela de los DPI paralela —con un objeto particular y distinto, el restablecimiento de la legalidad—, que no interfiera con las ya existentes. Por ello la normativa destaca que la resolución que declare la vulneración de los DPI es «a los solos efectos del art. 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual»⁴⁸. Es decir, tal resolución administrativa tiene única y exclusivamente relevancia en el marco administrativo, como habilitación previa para ordenar el cese de la conducta y, por consiguiente, restablecer la legalidad. Así, si el titular de los DPI tras obtener el cese de la vulneración accionara por la vía penal o por la civil para ser indemnizado, la resolución administrativa no tendría significación alguna.

Dicho razonamiento debe hacerse extensivo a la retirada de contenidos o interrupción del servicio que voluntariamente realice el responsable ante la iniciación del procedimiento, así como a la resolución que ordene en dicho caso el archivo del procedimiento. Así cuando el art. 20 del Reglamento establece que tal actitud tiene «valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración», debe entenderse que es a los solos efectos del procedimiento administrativo. En todo caso, de darse valor alguno a la retirada voluntaria de contenidos o al cierre voluntario de páginas web fuera del procedimiento de salvaguarda de los DPI, este debe ser el de presunción *iuris tantum*. Otro tanto cabe decir del pronunciamiento judicial que eventualmente dicte la Audiencia Nacional⁴⁹, si la resolución de la sección segunda de la CPI se recurre. Teniendo en cuenta que en esta resolución la AN se pronunciará sobre el fondo del asunto, esto es, sobre la vulneración o no de los DPI, es oportuno traer a colación el

llamada “Ley Sinde-Wert”)» [en línea], en *Cuaderno Red de Cátedras Telefónica*, 2012, pp. 19 y ss. Disponible en web: <<http://catedraseguridad.usal.es>>.

⁴⁷ Alfredo BAUTECAS CALETRÍO y Juan Pablo APARICIO VAQUERO, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

⁴⁸ Art. 22 del RD 1889/2011.

⁴⁹ Competente de conformidad con la DF 4.5 de la LRJCA, según la modificación operada por la Ley Sinde-Wert.

4.2 de la LRJCA y, como si de una cuestión prejudicial se tratara, postular que el pronunciamiento contencioso-administrativo «no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente».

En cualquier caso, y como apunte final a este comentario, es indudable que el hecho de que existan a favor del titular de los DPI tres vías alternativas con las que poner fin a la agresión a sus derechos de autor, puede resultar en incongruencias y contradicciones⁵⁰.

B. Del restablecimiento de la legalidad al ejercicio de una función arbitral.

Como se ha visto, son muchos los elementos que singularizan el procedimiento de salvaguarda de los DPI, condicionando su naturaleza y la de la actividad administrativa que canaliza. Ya se ha visto que la normativa califica el procedimiento como procedimiento restablecimiento de la legalidad⁵¹, con lo que es lógico calificar la actividad administrativa que se desarrolla como actividad de policía, entendida como aquella actividad dirigida al mantenimiento del orden público, en este caso el llamado orden público económico. Sin embargo, el *nomen iuris* no tiene por qué responder necesariamente a la auténtica naturaleza de las cosas⁵².

El debate en torno al procedimiento concebido por la Ley Sinde-Wert ha sido situado por algunos autores en los términos de si efectivamente es un procedimiento de restablecimiento de la legalidad o, en realidad, un procedimiento sancionador. A mi entender el debate sobre el procedimiento es otro muy distinto, pero es preciso reparar en el hecho de que difícilmente este procedimiento podría calificarse de sancionador, puesto que, entendido el concepto de sanción como un «mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal»⁵³, en la resolución de la CPI falta el elemento punitivo que castigue dicha conducta⁵⁴.

⁵⁰ En este sentido, téngase en cuenta el art. 13.4 del RD 1889/2011, según el cual si de la solicitud se desprende que los hechos son constitutivos de un delito, deberá denudarse a las autoridades de conformidad con el art. 262 de la LEC.

⁵¹ En concreto y de forma expresa el art. 158.4 de la LSSIyCE y el art. 15 del RD 1889/2011.

⁵² Entre otras, véase la STS de 17 de diciembre de 1997, en la que el Tribunal afirma que la calificación de «los actos administrativos no depende de la denominación que se les dé sino de su naturaleza y sus características y de las consecuencias que se deriven de su contenido», FJ 3.º (RJ 1998/308).

⁵³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II (duodécima edición), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, p. 189.

⁵⁴ Según HUERGO LORA, la sanción «castiga o retribuye un comportamiento ilegal del sujeto a quien se impone, mientras que esas otras medidas tienden a satisfacer intereses públicos (...), con independencia de que también supongan un perjuicio para el infractor, perjuicio que no está en primer plano y que es irrelevante para la justificación de la medida». Alejandro HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007, p. 225. En el mismo sentido, Manuel REBOLLO PUIG, «Concepto de sanción administrativa», en Manuel REBOLLO PUIG *et al.*, *Derecho Administrativo Sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 67 y ss.

Distintos son los elementos que hacen recelar de la calificación que nos ofrece el legislador del procedimiento como de restablecimiento de legalidad, destacando de entre todos el hecho de que solo se activa previa solicitud del titular de los DPI afectados. Así, este procedimiento, al cual la ley atribuye la función de restablecer la legalidad, *nunca* podrá ser iniciado de oficio⁵⁵. Esta característica del procedimiento, acompañada de la naturaleza jurídico-privada de los derechos que se salvaguardan, pone en tela de juicio que la administración desempeñe funciones de policía en sentido estricto. Por el contrario, en el procedimiento de salvaguarda de los DPI subyace lo que alguna doctrina califica como *actividad administrativa arbitral*.

A medida que las Administraciones públicas han ido ampliando su ámbito de actuación, a la división tripartita de la actividad administrativa propuesta a mitades del siglo pasado por JORDANA DE POZAS⁵⁶ se han añadido otros tipos de actividades administrativas. Entre estas destaca la conocida como actividad arbitral que según PARADA VÁZQUEZ debe sumarse a las funciones de policía, servicio público y fomento⁵⁷. Si bien la delimitación de la actividad administrativa arbitral no es sencilla⁵⁸, con carácter general puede definirse como aquella actividad en la que la Administración media en la resolución de un conflicto *inter privatos*⁵⁹.

⁵⁵ Como se ha destacado, el art. 158.4 in fine del TRLPI establece que se iniciará «siempre» a instancia del titular de los DPI o de su representante. La puesta a disposición del ejercicio del poder público solo y exclusivamente a aquellos que se consideren perturbados en sus derechos, choca frontalmente con la calificación del procedimiento de restablecimiento de la legalidad en defensa de un interés general y, por lo tanto, de todos. Es claro que subyace la tutela de intereses privados, una legalidad pues que no atañe a todos; de lo contrario es lógico presumir que se hubiese configurado un procedimiento que de oficio iniciara la propia Comisión, incluso a resultados de la denuncia y petición de incoación que cualquier ciudadano pudiera presentar.

⁵⁶ Luis JORDANA DE POZAS, «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949, pp. 41 y ss. y, del mismo autor, «El problema de los fines de la actividad administrativa», en *RAP*, núm. 4, 1951, pp. 11 y ss.

⁵⁷ Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 495-519.

⁵⁸ Han estudiado la actividad arbitral, entre otros: GONZÁLEZ NAVARRO y su construcción sobre los procedimientos triangulares, Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, «Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos», en *REVL*, núm. 211, 1981, pp. 409-454; Alejandro HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2000; Juan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ, «El arbitraje de Derecho administrativo», en *RAP*, núm. 143, 1997, pp. 75-106.

⁵⁹ Esta es la definición que presta del concepto de actividad administrativa arbitral Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I. Parte General*, cit., pp. 495-519. Debe distinguirse de la actividad arbitral en la que la Administración ejerce de árbitro, pero con sometimiento al derecho privado; así como de aquellos supuestos en los que la Administración participa como parte en un procedimiento arbitral. Así, los más importantes rasgos que definen el concepto de actividad administrativa arbitral es que «no requiere un acuerdo previo de las dos partes del conflicto por el que se sometan el mismo a la Administración, sino que ésta interviene en virtud de una potestad legalmente atribuida y por tanto su actuación está sometida al Derecho administrativo», en palabras de Alejandro

En el caso que nos ocupa, el conflicto se establece entre el titular de los DPI y el responsable de un SSI que supuestamente los vulnera; se trata, por tanto de un conflicto que afecta a derechos particulares o privados, no administrativos. No obstante, este conflicto entre particulares resulta relevante para el interés general, como ya se ha visto, en virtud del art. 8.1.e) de la LSSIyCE. Existe, en definitiva, un solapamiento entre un interés particular y lo que el legislador considera un interés general. Ello es lo que habilita la participación de la Administración en esta sede, sucede, sin embargo, que el legislador califica el procedimiento como de restablecimiento de la legalidad cuando, en realidad, subyace un procedimiento arbitral. En esta línea de razonamiento, es preciso traer a colación la reflexión de PARADA VÁZQUEZ, que advierte que, a pesar de que en ocasiones la función arbitral se asemeje a las funciones de policía, dicha actividad no puede recibir tal calificativo puesto que «aun admitiendo que al resolver estos conflictos la Administración restringe el derecho o la actividad de un particular, lo que limita a uno incrementa en la misma medida la actividad o derecho de otro sujeto»⁶⁰. Reflexión que debe trasladarse a la función desempeñada por sección segunda de la CPI, puesto que la restricción de los derechos y actividad del responsable de un SSI, supone a su vez la garantía y protección de los derechos de autor.

Por lo demás, en el marco de la propiedad intelectual existe larga tradición en la intervención de la Administración ejerciendo funciones arbitrales⁶¹. Actualmente la sección primera de la CPI desempeña funciones arbitrales —y de mediación— cuando da «solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos que se susciten entre entidades de gestión, entre los titulares de derechos y las entidades de gestión, o entre éstas y las asociaciones de usuarios de su repertorio o las entidades de radiodifusión o de distribución por cable» o cuando actúa «[f]ijando una cantidad sustitutoria de las tarifas generales» (art. 158.2 del TRLPI). Ahora bien, en este supuesto la función arbitral que asume la Administración queda sometida a los cánones del Derecho privado, las partes se someten voluntariamente al arbitraje y su disciplina se rige supletoriamente por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Además, la decisión que adopte la sección primera de la CPI recibirá a todos los efectos la consideración de laudo arbitral; no se trata pues de un acto sometido al Derecho administrativo.

La función arbitral que asume la sección segunda de la CPI reviste empero muy distintas características puesto que en este supuesto se ejercen potestades administrativas, que

HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, cit., p. 255.

⁶⁰ Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I. Parte General*, cit., p. 498.

⁶¹ Según PARADA VÁZQUEZ, ya en la Ley de propiedad intelectual de 1789 se configuraba la intervención arbitral en forma de interdicto administrativo, atribuyéndose a los gobernadores civiles, entre otros, la potestad de suspender obras dramáticas o musicales que no respetaran los derechos de autor, a solicitud del titular. Fue, sin embargo, la Ley de 1987 la que creó la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual (art. 143 de la Ley 22/1987 y RD 479/1989). Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I. Parte General*, cit., p. 515.

resultan en un acto sometido al Derecho administrativo; y, además de cumplirse la función de resolución de un conflicto *inter privatos*, la Administración desarrolla funciones de tutela del interés general. Como decía, al elevarse la tutela de los DPI a la categoría de interés general, este se superpone al interés particular de los titulares de los DPI. Y es que, según la doctrina el conflicto entre particulares debe afectar «de un modo especial» al interés general, puesto que el ejercicio del poder público y, en especial, de la potestad de autotutela administrativa no puede apartarse del mandato del art. 103.1 de la CE⁶². Es así como justifica el legislador la intervención arbitral de la Administración. La doctrina entiende así, que si bien se reconoce discrecionalidad al legislador para establecer la intervención arbitral de la Administración, no basta argumentar la ineficiencia de la vía judicial, por su lentitud, coste, etc. Por el contrario, el interés que justifique la actividad arbitral de la Administración «ha de ser el mismo interés público (concreto y específico) que legitima el resto de las potestades administrativas que se ejerzan en ese sector»⁶³.

III. LAS AUTORIZACIONES JUDICIALES DEL PROCEDIMIENTO DE SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Ya se ha resaltado anteriormente que en el procedimiento de salvaguarda de los DPI la jurisdicción contencioso-administrativa interviene en dos ocasiones en sede de autorización. De un lado, para autorizar la cesión de los datos que permitan la identificación del responsable del SSI que vulnera los DPI. Del otro, para proceder a la ejecución forzosa de la resolución de la Comisión. Para ello, el art. 8.2 de la LSSI y CE, el art. 158.4 del TRLPI y el Reglamento que regula el funcionamiento de la CPI, remiten a lo establecido en el art. 122 bis de la LRJCA que se encarga de regular ambas autorizaciones y el cauce procesal para su despacho, y al art. 9.2 de la misma norma, en el que se atribuye dicha competencia a los jueces centrales de lo contencioso-administrativo.

A continuación se estudiarán ambas autorizaciones de forma individual, allí donde los rasgos de cada una sean distintos, y conjuntamente cuando compartan sus características. La configuración de las autorizaciones contencioso-administrativas del art. 122 bis, en consonancia con el procedimiento al que se asocian, presentan ciertas

⁶² En este sentido, Alejandro HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, cit., p. 262; Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, pp. 190 y ss. En sentido contrario, PARADA VÁZQUEZ, que afirma que «la actividad arbitral no tiene su razón de ser predominante en el interés público, ni en un beneficio directo de la Administración como sujeto, sino en la equidad con que debe resolver entre los sujetos enfrentados», Ramón PARADA VÁZQUEZ *Derecho Administrativo I. Parte General*, cit., p. 499.

⁶³ Alejandro HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, cit., p. 263.

particularidades que las distinguen del resto de autorizaciones previstas en la LRJCA, las cuales se irán desgranando a lo largo del discurso.

1. LA ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL A LOS JUZGADOS CENTRALES DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

El art. 9.2 de la LRJCA se encarga de recoger a favor de los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo la competencia para conocer de las autorizaciones incluidas en el procedimiento de salvaguarda de los DPI, del siguiente modo:

Corresponderá a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, la autorización a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002 así como autorizar la ejecución de los actos adoptados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual, en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico.

Compete pues a los jueces centrales conocer de las autorizaciones para la cesión de datos y para la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por la CPI. Asimismo, en atención al art. 10.5 del TRLPI, debe entenderse que también serán competentes para el despacho de dichas autorizaciones cuando sean los órganos competentes de otro Estado miembro de la UE o del Espacio Económico Europeo los que requieran la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España. E incluso es posible plantear la posibilidad de que otros órganos administrativos distintos a la sección segunda CPI soliciten a los jueces centrales de lo contencioso-administrativo la autorización para que les sean cedidos los datos necesarios para identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, puesto que ni el art. 8.2 de la LSSIyCE, ni el art. 122 bis.1 vinculan dicha autorización a la sección segunda de la CPI, sino que se refieren a los «órganos competentes»⁶⁴.

El legislador rompe de este modo el monopolio competencial en sede de autorización que se atribuía a los juzgados de lo contencioso-administrativo, a estas alturas con una dilatada experiencia en la materia⁶⁵. Hasta ahora el criterio de ordenación competencial

⁶⁴ Entiendo que el art. 8.2 de la LSSIyCE cuando apodera a los «órganos competentes» se refiere principalmente a la CPI, lo cual no obsta que otros órganos se incluyan bajo el concepto quedando facultados para solicitar la comunicación de dichos datos siempre que sea para la adopción de las medidas y para la consecución de los fines que marca el art. 8 de la LSSIyCE. En contra, Alicia ARMENGOT VILAPLANA, *op. cit.*, pp.19 y 20.

⁶⁵ Manifiesta sorpresa por el cambio en el órgano competente: Augusto GONZÁLEZ ALONSO, «La intervención administrativa en Internet y su control jurisdiccional contencioso-administrativo. Novedades del Proyecto de Ley de Economía Sostenible», en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 10, 2011, p. 328.

seguido había sido el material, atribuyéndose a los juzgados provinciales esta función al margen del órgano del que emanara la actuación ejecutiva a la que se asocia la resolución autorizadora, por razón de la materia. Así, piénsese por ejemplo en las autorizaciones ordenadas por la Comisión de Defensa de la Competencia, organismo público de ámbito nacional dependiente del Ministerio de Economía, y cuyas inspecciones vienen autorizadas, en virtud del art. 8.6 de la LRJCA, por los jueces de lo contencioso-administrativo. Que sean los juzgados provinciales los competentes viene también justificado en su distribución territorial, que permite una mayor inmediatez y la asunción de competencia territorial en atención al lugar en el que se realiza la ejecución administrativa asociada a la autorización contencioso-administrativa.

En línea de razonamiento con lo anterior, la nueva atribución competencial a los juzgados centrales responde a distintos motivos. De un lado, es obvio que se atiende a un criterio orgánico, puesto que la CPI, de la cual emanan las decisiones a las que se asocian las autorizaciones, es un órgano central de la AGE, dependiente del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con competencia sobre todo el territorio. A ello cabe sumar además que la Audiencia Nacional conoce de los recursos frente a las resoluciones de la sección segunda de la CPI⁶⁶. Pero lo que resulta de mayor trascendencia al respecto es el hecho de que la ejecución de las medidas adoptadas por la CPI no pueda situarse en ninguna ubicación física concreta dada la naturaleza de Internet, de modo que lo lógico es atribuir la función a un órgano con competencia sobre todo el territorio. Este cúmulo de circunstancias ha propiciado que se atribuya a órganos centrales unipersonales de la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia en materia de autorización, que hasta ahora residía en los juzgados provinciales⁶⁷.

En cuanto a la competencia funcional, es menester destacar que el art. 80.1.d) la LRJCA contempla explícitamente la posibilidad de interponer recurso frente a las resoluciones dictadas en sede de autorización por los jueces centrales de lo contencioso-administrativo. El precepto fue modificado por la DF 43.ª de la LES, recogiendo que los autos dictados por los juzgados y por los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo «recaídos sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8.6 y en los artículos 9.2 y 122 bis» son apelables en un solo efecto. El recurso pues no suspenderá la autorización, de modo que la sección segunda de la CPI podría proceder a la actuación correspondiente en función de la autorización de que se tratare. Con la previsión del recurso frente a los nuevos autos que dictan los jueces centrales de lo contencioso-administrativo se satisface la exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de acceso a los recursos legales, mediante la puesta a disposición de las partes del recurso de apelación, de naturaleza devolutiva. Por último, recuérdese que la competencia funcional para conocer del recurso contra

⁶⁶ DF 4.ª.5 de la LJCA, según la modificación operada por la Ley Sinde-Wert.

⁶⁷ Véase el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de LES, de 28 de enero de 2010, p. 23.

los autos de autorización de los juzgados centrales, corresponde a la Audiencia Nacional según el art. 11.2 de la misma LRJCA.

2. LA AUTORIZACIÓN PARA LA CESIÓN DE DATOS. LA TUTELA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.

A. La fase preliminar del procedimiento y la identificación del responsable del servicio de la sociedad de la información que vulnera los derechos de propiedad intelectual.

Como ya se ha visto, cuando la solicitud que presenta el titular de los DPI reúne los requisitos exigidos y se da curso al procedimiento, este deberá notificarse a todos aquellos que sean interesados necesarios, especialmente aquel que se considere que vulnera los DPI o, como dice el art. 18.1 del Reglamento, aquel «contra» el que se dirige el procedimiento. Ahora bien, en ocasiones, su identificación no será sencilla⁶⁸. Esta es una cuestión clave de la reforma operada por la Ley Sinde-Wert, pues sin la posibilidad de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que vulnera los DPI, el procedimiento articulado pierde todo su sentido⁶⁹.

El problema que se plantea radica en el hecho de que los datos necesarios para identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información no podrán obtenerse en los registros públicos existentes, ya que en la mayoría de supuestos la información registral es ficticia. Así, es necesaria información de carácter no público para poder «identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora» (art. 8.2 de la LSSIyCE). Lo que pretende la Administración normalmente es acceder a los datos personales que se esconden detrás de una dirección IP o cualquier otra información que permita la identificación. En este sentido, será especialmente relevante la información relativa a «[e]l nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono», la cual los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones tienen el deber de conservar, de conformidad con la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones⁷⁰.

⁶⁸ En este sentido el art. 18.1 del RD 1889/2011 se refiere a «los casos en que, al inicio del procedimiento, el responsable del servicio de la sociedad de la información contra el que aquél se dirige no se encuentre suficientemente identificado».

⁶⁹ Jesús José TIRADO ESTRADA, *op. cit.*, p. 50.

⁷⁰ Se cita el art. 3.1.a.2.iii) de dicha Ley, precepto en el que se desglosan los datos que deben ser conservados en los términos que la norma establece por dichos operadores.

Dicha información, sin embargo, forma parte de lo que se consideran datos de carácter personal protegidos por el *derecho a la intimidad*, o pueden haber sido generados en el marco de una comunicación protegida por el derecho al *secreto de las comunicaciones*. Por ello, la cesión o comunicación a terceros de esa información sin las debidas garantías supondría la conculcación de los mencionados derechos.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de exponer, en el diseño del procedimiento de salvaguarda de los DPI el legislador recoge la posibilidad de que el responsable del SSI que vulnera los derechos de propiedad intelectual «no se encuentre suficientemente identificado» (art. 18.1 del RD 1889/2011) y, para superar dicho escollo, en el art. 8.2 de la LSSIyCE, apodera a los «órganos competentes» para «requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan tal identificación a fin de que puedan comparecer en el procedimiento». Ahora bien, como se ha visto, el ejercicio de tal facultad implica la afectación de los aludidos derechos fundamentales, de modo que el requerimiento de la CPI a los intermediadores de los datos identificativos «exigirá la previa autorización judicial de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del art. 122 bis». Así, en todo caso y sin excepción la cesión de datos debe acompañarse de la debida *autorización judicial*. Para cerrar la regulación en torno a la cesión de datos personales, el legislador establece que «[u]na vez obtenida la autorización, los prestadores estarán *obligados* a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación».

B. La tutela del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

En este marco, es posible determinar con certeza los derechos protegidos por la autorización dictada por el juez central de lo contencioso-administrativo —a diferencia de otros supuestos de regulación de la autorización contencioso-administrativa, en especial, en el marco del art. 8.6, apartado primero, de la LRJCA— puesto que el art. 122 bis.1 se encarga de señalar que se tutelarán los derechos del «artículo 18 apartados 1 y 3 de la Constitución». Así, los derechos en cuestión son, de un lado, el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar y, del otro, el derecho al secreto de las comunicaciones. Debe señalarse pues, ante las dudas exegéticas que generan remisiones ambiguas o genéricas a los derechos fundamentales, el acierto del legislador al señalar qué derechos debe proteger el juez mediante esta concreta autorización.

En cuanto al *derecho a la intimidad personal y familiar*, en el contexto de la sociedad de la información, dicho derecho se conecta estrechamente con el derecho fundamental a la *protección de los datos de carácter personal*, así como con el derecho a la *libertad informática*, anclado en art. 18.4 de la CE⁷¹. Como bien explicó el TC en la sentencia 292/2000, «[l]a función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y

⁷¹ Sobre el concepto de libertad informática, por todas, véase la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5.º (rec. amparo 1463/2000).

familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (...). En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno (...) El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos»⁷². En suma, el derecho a la protección de datos personales, más allá de la vertiente negativa que incorpora el derecho a la intimidad con la facultad de exclusión de terceros, y añade una vertiente positiva, que se traduce en esa facultad de control y disposición sobre los referidos datos. Así, el derecho fundamental a la protección de datos personales se manifiesta en los conocidos derechos de acceso, rectificación y cancelación de datos. Pero en especial interesa destacar que el derecho a la protección de datos también incluye la protección de los datos personales frente a la cesión no consentida a terceros, puesto que afecta a las facultades de control y disposición sobre estos.

Por su parte, el derecho a la libertad informática traslada el derecho a la protección de datos a los medios informáticos y se define como el «derecho a controlar el uso de los mismos datos [los relativos a la propia persona] insertos en un programa informático («habeas data») y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención»⁷³.

En cuanto a la tutela del derecho al secreto a las comunicaciones, que recoge el art. 18.3 de la CE, es merecido recordar que la confidencialidad y secreto tutelados se proyectan tanto sobre la comunicación en sí misma, al margen de si aquello que se

⁷² Se transcribe parte del FJ. 6.º de la STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000/292), pero merece la pena la lectura de este y de los siguientes fundamentos, en los que el TC se recrea en la concreción del contenido de dicho derecho.

La mencionada sentencia es fruto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo frente algunos preceptos de la LOPD. De entre las muchas reflexiones del TC respecto del derecho a la intimidad, la protección de datos y la libertad informática en tal pronunciamiento me parece oportuno traer a colación aquel donde el Tribunal reflexiona sobre sus garantías y entre las cuales destaca la de que su limitación no solo se haga mediante una norma con rango de ley, sino que además ha de estar justificada en la protección de otros derechos o intereses constitucionales, ha de ser proporcionada y, junto a lo anterior, dicha limitación ha de respetar el principio de seguridad jurídica incorporando certeza y previsibilidad sobre su imposición y modo de aplicación. A la luz de tales reflexiones, el TC concluyó, entre otros, que por ejemplo el art. 24.1 *in fine* era inconstitucional porque restringía tales derechos con la mera justificación de perseguir infracciones administrativas o para garantizar intereses de terceros más dignos de protección (véanse los FJ núms. 15 a 18). Debe plantearse hasta qué punto la comunicación de dichos datos para el restablecimiento de la legalidad y la protección de la propiedad intelectual se ajusta a las exigencias constitucionales mentadas, al margen de su previsión legal y de la incorporación de la autorización, teniendo en cuenta que la dudosa equiparación de la tutela de los DPI a un interés constitucional.

⁷³ De la misma STC 292/2000, FJ. 5.º.

comunica pertenece al ámbito de lo íntimo o privado; como sobre el contenido de lo comunicado⁷⁴. La doctrina apunta que el legislador ha pensado en el secreto de las comunicaciones en el marco del procedimiento de salvaguarda de los DPI, porque los datos cuya cesión solicita la sección segunda de la Comisión, pueden haber sido generados en el marco de una comunicación protegida constitucionalmente⁷⁵. Ante ello, pues, debe impetrarse la autorización judicial ya que el único límite de este derecho fundamental constitucionalmente admitido es la «resolución judicial».

La protección del derecho a la intimidad, de los datos personales, de la libertad informática, y del secreto de las comunicaciones es una cuestión que preocupa no solo al legislador español, sino también al comunitario, en cuyo marco el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto. Es por ello preciso prestarles atención, aun someramente, para comprender el marco que se erige para la tutela de dichos derechos.

En relación con el derecho a la intimidad, la protección de datos personales y la libertad informática, es obligada la remisión a la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que entre otros regula la comunicación de los datos personales a terceros ajenos a la relación en la que se han generado. En el art. 11.1 de la LOPD se establece que los datos «sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado». Pero existen excepciones al consentimiento del interesado, entre las que destaca la recogida en el art. 11.2.a), según la cual no es necesario dicho consentimiento «cuando la cesión está autorizada en una ley». Se deduce pues que bastaría una norma con rango legal que autorizara la comunicación o cesión de dichos datos. De ahí, quizás, que el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, en la originaria DF 1.^a, recogiera la facultad de recabar dichos datos y la obligación de los intermediarios de cederlos sin contemplar la participación judicial en sede de autorización.

Sin embargo y en línea con lo anterior, la ya mencionada Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, establece en su art. 6 que «[l]os datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y *previa autorización judicial*»⁷⁶. De

⁷⁴ Sobre el derecho del art. 18.3 de la CE, por todas, véase la STC 281/2006, de 9 de octubre (RTC 2006/281).

⁷⁵ Jesús José TIRADO ESTRADA, *op. cit.*, pp. 532 y ss.

⁷⁶ Además la Ley 25/2007 también establece que «[l]a cesión de la información se efectuará únicamente a los agentes facultados». Y, a continuación, el precepto enumera los agentes facultados al efecto, entre los cuales no aparece la sección segunda de la CPI. Como señaló el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de LES, hubiese sido conveniente que se modificara también dicho precepto, junto con todos aquellos necesarios para preveer la cesión de datos en supuestos ajenos al ámbito penal

este modo, los datos tutelados por la Ley 25/2007 —entre los que se hallan aquellos que se esconden detrás de un protocolo de Internet (IP) y que tanto pueden interesar a la Comisión de la Propiedad Intelectual para identificar al responsable del SSI—, sólo pueden cederse en caso de previsión expresa por la ley y con el acompañamiento de la decisión de un órgano judicial, en atención a lo cual se configura el actual art. 8.2 de la LSSIyCE con la previsión de la participación judicial.

Además de la legislación española, interesa también destacar la normativa europea y, en especial, la jurisprudencia del TJUE. Y es que el Tribunal europeo se ha pronunciado sobre la cesión a terceros de datos personales en el marco de la tutela los derechos de propiedad intelectual en varias ocasiones. Entre otras, interesa destacar la conocida sentencia en el asunto *Promusicae*, dictada precisamente a resultas de una cuestión prejudicial planteada por un juez español⁷⁷. En dicha sentencia, el Tribunal de Luxemburgo afirmó que el derecho comunitario⁷⁸ no obliga a los Estados miembros a imponer al proveedor de acceso a Internet el deber de comunicar datos personales al objeto de tutelar los derechos de propiedad intelectual en el marco de un proceso civil (motivo por el que se desestimó la demanda civil ya que Telefónica no estaba obligada a facilitar a la gestora Promusicae los datos facilitados). Ello, claro está, no impide que los Estados miembros impongan legalmente tal obligación, siempre que se «garantice el justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico»; lo cual ha hecho el parlamento español en los términos ya conocidos mediante la Ley Sinde-Wert. Y de hecho, en la posterior sentencia en el asunto *L'Oréal* el TJUE afirmó que «para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y ejercer acciones judiciales contra quienes hayan utilizado un servicio en línea para vulnerar derechos de propiedad intelectual, puede dirigirse un requerimiento al operador de un mercado electrónico para que adopte medidas que faciliten la

(art. 1.1 de la misma norma), así como el art. 11.2 de la LOPD. Véanse las reflexiones del Consejo Fiscal en su ya citado Informe al Anteproyecto, pp. 7 y ss.

⁷⁷ STJCE (Gran Sala), de 29 de enero de 2008, asunto *Promusicae c. Telefónica* (C-275/2006); planteó la cuestión el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid.

⁷⁸ En concreto las ya mencionadas Directivas 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual; 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos; 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Junto a las Directivas, también debe tenerse en cuenta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza, en especial el art. 7 (vida privada) y el art. 17.2 (propiedad intelectual).

identificación de sus clientes vendedores», siempre, claro está, garantizando el justo equilibrio entre los distintos derechos e intereses en juego⁷⁹.

Como se ve la protección del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones es una cuestión de especial sensibilidad y complejidad. Por ello es necesaria la escrupulosa regulación de la comunicación y acceso a dichos datos, y en cualquier caso la *autorización judicial* para que la Comisión de la Propiedad Intelectual pueda acceder a los mismos para notificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que vulnera los derechos de autor la iniciación de un procedimiento dirigido contra él.

2. LA AUTORIZACIÓN PARA PROCEDER AL CIERRE DE PÁGINAS WEB O A LA RETIRADA DE SUS CONTENIDOS. LA TUTELA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.

A. La resolución del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual y su ejecución.

De la legislación que nos ocupa destaca sobremanera la preocupación por preservar incólumes los derechos del art. 20 de la CE, frente a la adopción de medidas restrictivas de la prestación de servicios de la información. Tanto es así, que en el procedimiento de salvaguarda de los DPI, se desapodera a la Administración de la facultad de valorar la necesidad de solicitar la autorización, imponiendo la participación judicial para toda ejecución coactiva de las resoluciones de la sección segunda de la CPI.

Así, en el art. 158.4, párrafo segundo, del TRLPI, que se ocupa de los trazos magistrales del procedimiento de salvaguarda de los DPI, se establece que «[e]n todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autorización judicial (...)», para lo que se remite al art. 122 bis de la LRJCA. Se impone pues la intervención del juez *sin excepción*. Tanto el Reglamento de funcionamiento de la CPI como el art. 122 bis.2 de la LRJCA establecen de este mismo modo la imposición de la autorización contencioso-administrativa en la ejecución de las resoluciones de la sección segunda de la CPI⁸⁰. A la luz de la regulación, el CGPJ ya

⁷⁹ STJUE (Gran Sala) *L'Oréal y otros c. eBay y otros*, de 12 de julio de 2011 (C-324/2009); se cita el párrafo 142. Esta sentencia responde a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal inglés en un litigio entre la mencionada marca de cosméticos y sus filiales, contra eBay y algunas personas físicas por comercializar sin el consentimiento de L'Oréal algunos de sus productos a través de eBay. En este mismo pronunciamiento el Tribunal afirmó también que «(...) si el operador del mercado electrónico no decide motu proprio suspender la cuenta de quien vulneró los derechos de propiedad intelectual para evitar que el mismo comerciante vuelva a cometer infracciones de esta naturaleza en relación con las mismas marcas, podrá ser obligado a ello mediante un *requerimiento judicial*» (párrafo 141).

⁸⁰ En armonía con los preceptos mentados en el texto, la LSSIyCE establece que la resolución judicial será necesaria cuando la ley o la CE lo impongan. Así en el art. 8.1, párrafo tercero, establece que las medidas de restricción de los SSI solo podrán ser acordadas por un juez en «todos los casos en los que la Constitución y las Leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente» en garantía de los derechos-libertad del art. 20 de la CE. En el mismo sentido y en relación con la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, en el art. 11.3 dice que

indicó en su informe al anteproyecto de LES, la sección segunda de la CPI «no goz[a] de autonomía para ponderar si, en el caso concreto, las medidas a adoptar pueden afectar a los derechos y libertades del artículo 20 CE, antes bien deberá cursar la autorización al órgano judicial competente ante la mera posibilidad de que tales derechos y libertades puedan verse afectados, lo que parece abocar a la conclusión de que esa previa autorización deberá recabarse en todos los casos»⁸¹. Como se verá más adelante, ello contribuye a desnaturalizar la función judicial puesto que en no pocas ocasiones resultará que el juez interviene sin que exista derecho fundamental alguno en juego.

Otro de los elementos a destacar de la imposición de la autorización es que se liga a la ejecución de la resolución de la CPI pero debe tenerse en cuenta que tal resolución contiene dos órdenes distintas, dirigidas a dos destinatarios distintos. Dado que el legislador establece un modo de ejecución forzosa subsidiaria a través de la orden de suspensión dirigida al prestador de servicios de intermediación, la normativa asocia la autorización a la ejecución de dicha orden de suspensión, poniéndose ello en especial de manifiesto en el Reglamento que regula el funcionamiento de la CPI donde la autorización se liga de forma indisoluble a dicha orden de suspensión⁸². Ahora bien, aunque la norma no lo prevea de forma expresa, si la sección segunda de la CPI procediera por otros medios a ejecutar forzosamente la orden dirigida al responsable, dicha autorización sería igualmente exigible⁸³.

En cuanto a la determinación de los derechos a tutelar, el art. 122 bis de la LRJCA, siguiendo la pauta del art. 8 de la LSSI y CE, establece que en la autorización de la «ejecución de las medidas para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual», el órgano judicial deberá tener en cuenta «la posible afectación a los

deberá impetrarse el auxilio judicial cuando la Constitución o una ley lo impongan, haciendo especial mención a «(...) la autorización del *secuestro* de páginas de Internet o de su *restricción* cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución [que] solo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes».

⁸¹ Informe al anteproyecto de Ley de Economía Sostenible del CGPJ, pp.18 y 19. Las consecuencias que el CGPJ anuda a tal configuración es que puede tener incidencia en la carga de trabajo de los juzgados centrales.

⁸² Véase el art. 22.3 de dicho Reglamento, que establece que los intermediadores darán cumplimiento a la orden de suspensión en el plazo de 72 horas tras recibir la notificación de la resolución judicial que la autorice; y los arts. 23 y 24, que se refieren al auto «que autorice o deniegue la ejecución de la suspensión». Como se puede apreciar, si bien la orden de suspensión no se configura formalmente como un medio de ejecución forzosa, opera en realidad como tal puesto que el legislador renuncia a la ejecución de la orden dirigida al responsable del SSI que vulnera los DPI, dirigiéndose al prestador del servicio de intermediación, que acaba por asumir todo el protagonismo en este procedimiento.

⁸³ Como apunta RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, que la normativa guarde silencio al respecto no impide a la sección segunda de la CPI ejecutar coactivamente dicha orden mediante la ejecución subsidiaria, descartándose las multas coercitivas y la compulsión porque exigen la previsión legal, así como el apremio sobre el patrimonio por no tener sentido. Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *op. cit.*

derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución». Así al juez central se le encomienda formalmente la tutela de los derechos del art. 20 de la CE.

B. La tutela de los derechos del art. 20 de la Constitución.

Si, como se ha visto, el art. 158.4 del TRLPI impone en todo caso la autorización contencioso-administrativa para que la CPI proceda a la ejecución de las medidas adoptadas para el restablecimiento de la legalidad y la salvaguarda de los DPI, es lógico presumir que el legislador considera que dichas medidas equivalen al secuestro de publicaciones⁸⁴ —«secuestro de páginas de Internet», dice el art. 11.3 de la LSSIyCE⁸⁵— o que los derechos del art. 20 de la CE resultarán en cualquier caso afectados por las resoluciones de la sección segunda de la CPI y, por su relevancia, estos merecen la tutela judicial autorizadora a pesar de que no se imponga en la norma *normarum*.

El conjunto de derechos que abarca el art. 20 de la CE no son pocos: protege los derechos a (a) la libre expresión y difusión de los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; (b) la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; (c) la libertad de cátedra; y (d) la libre comunicación o recepción de información veraz por cualquier medio de difusión. El único límite que tienen estas libertades, según el art. 20.4, es «el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Ahora bien, si la afectación de las mentadas libertades se articula mediante el «secuestro de publicaciones grabaciones y otros medios de información» es obligada la participación judicial en virtud del art. 20.5 de la CE.

El juez pues, deberá prestar atención a cada uno de ellos. Así, aunque parece claro que el legislador pensaba en especial en la posible afectación del derecho a la libertad de expresión (letra a) y de información (letra d), no puede descartarse la afectación de otros derechos contenidos en el art. 20.1 de la CE. Tengo en mente, por ejemplo, en el derecho a la libertad de cátedra, previsto en la letra c, que pueda ejercer un docente mediante el uso de una plataforma virtual, un blog o una página web, por ejemplo, como instrumentos de enseñanza-aprendizaje y en los que haga un uso no autorizado de materiales protegidos por el derecho a la propiedad intelectual. Asimismo, tampoco puede descartarse la posible afectación del derecho a la libertad de creación y producción literaria, artística, científica y técnica (letra b), que podría igualmente

⁸⁴ GONZÁLEZ ALONSO se refiere al secuestro y también a la interrupción de la prestación de un servicio de intermediación como «una modalidad suave de censura». Augusto GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.*, p. 317.

⁸⁵ Según la modificación operada en el art. 11.3 por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

manifestarse mediante servicios de la sociedad de la información. En todo caso, a pesar de la autonomía de cada uno de los derechos recogidos en el art. 20.1 de la CE, pueden en mayor o menor medida reconducirse a los derechos de libertad de expresión e información, puesto que tanto la libertad de cátedra como la creación artística son, en último término, manifestación de dicha libertad.

A pesar de que el TC reconoce a las aludidas libertades una *dimensión democrática*, en tanto que constituyen fundamento indispensable para el desarrollo de una sociedad libre y democrática, así como para la formación de una «opinión pública libre»⁸⁶, en este marco el juez central de lo contencioso-administrativo deberá velar por su dimensión individual. En este sentido, los derechos del art. 20 reconocen al titular un ámbito de libertad sobre el que se prohíben injerencias externas, en especial las del poder público. Así el TC define el derecho a la libertad de expresión como el derecho a expresar y difundir ideas, pensamientos y opiniones por cualquier medio, el cual es «(...) un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluidos frente a la propia Ley en cuanto esta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (artículos 20.4 y 53.1) admite». Y el derecho de información como un derecho fundamental del que gozan todos para «(...) comunicar y recibir información veraz», estando ambos derechos íntimamente conectados⁸⁷.

Ahora bien, ni la libertad de expresión ni la de información, ni ninguno de los derechos recogidos en el art. 20.1 de la CE, son derechos absolutos, sino que la misma Constitución fija cuáles son los límites que deberán respetarse en su ejercicio; de hecho, dichos derechos se definen principalmente a través de sus límites. De este modo el juez de lo central deberá tener en cuenta que, según el art. 20.4, dichos límites se hallan «en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». A todo ello me referiré al estudiar los criterios que tiene en cuenta el juez en el proceso de autorización, puesto que el límite que se impondrá en esta ocasión, si es que concurre el ejercicio de los derechos del art. 20.1 de la CE, radica en la consecución del interés general mediante la tutela de los derechos de propiedad intelectual.

⁸⁶ Ya en la STC 6/1981, de 16 de marzo (RTC 1981/6), el Tribunal afirmó que «el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder» (FJ 3.º); en la misma línea la STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6.º (RTC 1986/159).

⁸⁷ Los fragmentos transcritos han sido extraídos del FJ 4.º de la STC 6/1981, de 16 de marzo (RTC 1981/6).

Queda por último, escrutar la figura del *secuestro* de publicaciones o, en este marco, del secuestro de páginas de Internet al que el art. 11.3 de la LSSIyCE alude en remisión a las medidas que podrá adoptar la sección segunda de la CPI. El TC define el secuestro de publicaciones como «la puesta a disposición del órgano judicial que lo ha acordado del *soporte material*, sea éste un impreso, publicación, grabación o cualquier otro medio de difusión de mensajes»⁸⁸, de modo que el juez acaba disponiendo de dichos mensajes, impidiendo su difusión, comunicación, etc. Por el contrario, la incautación de los soportes tecnológicos mediante los cuales se producen mensajes como, por ejemplo las imprentas, fotocopadoras, emisoras de radio o televisión, o en el marco de la sociedad de la información, el ordenador, los aparatos utilizados para conectarse a Internet, etc. no puede considerarse como un secuestro de publicaciones, de modo que la Administración podría ordenar dichas incautaciones⁸⁹. El secuestro, en cambio, solo podrá ser ordenado por un órgano judicial⁹⁰.

Trasladar los conceptos que maneja el TC para definir el secuestro de publicaciones a la sociedad de la información no es tarea sencilla, dado lo desfasado de los conceptos de referencia utilizados por la CE y por el Tribunal. A pesar de ello, bien podría asimilarse al secuestro el cierre de una página web o la retirada de contenido. No obstante, de la jurisprudencia penal y civil en la que se ordenan medidas consistentes en el cierre de páginas web o en la retirada de contenidos de páginas web, por vulnerar el derecho al honor o derechos de propiedad intelectual u otros motivos, los órganos judiciales en ningún caso han concebido dichas medidas como un secuestro de publicaciones, o al menos no lo han plasmado en sus resoluciones⁹¹.

⁸⁸ FJ 6.º de la STC 187/1999, de 25 de octubre (RTC 1999/187).

⁸⁹ En la sentencia 144/1987, de 23 de septiembre (RTC 1987/144), el Tribunal Constitucional afirma que «no cabe calificar de secuestro una actuación que no se dirige contra publicaciones o grabaciones o cualquier otro soporte de una comunicación determinada, esto es, de un mensaje concreto, sino contra el instrumento capaz de difundir, directamente o incorporándolas a un soporte susceptible a su vez de difusión, cualquier contenido comunicativo» (FJ 3.º). En este caso, el TC se refería a una emisora de radio que había sido precintada por decisión administrativa.

⁹⁰ Sobre la proscripción del secuestro de publicaciones y de la censura previa, véase la STC 52/1983, de 17 de junio (RTC 1983/52), junto con la ya citada STC 187/1999. Existen un ejemplo reciente del secuestro de una publicación, en concreto de la revista de humor *El Jueves*, ordenado por auto de 20 de julio de 2007 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de Madrid (diligencias previas 220/2007), como medida cautelar con motivo de la denuncia presentada por el Ministerio Fiscal por la presunta comisión de los delitos de injurias de los arts. 490 y 491 del CP. Posteriormente se acordó el cierre de dicha página web, pronunciamiento que me ha sido imposible localizar.

⁹¹ Entre otras, puede verse la STS 176/2012, de 3 de abril (RJ 2012/4710), que responde a los sucesivos recursos interpuestos frente a la sentencia de 8 de noviembre de 2007 del Juzgado de Primera Instancia n.º 36 de Barcelona (juicio ordinario n.º 135/2007) que ordenó el cierre de una página web por suponer una intromisión ilegítima en el honor de los demandantes; el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Alicante de Juzgado de lo Mercantil de Alicante 243/2007, de 5 de noviembre (JUR 2007\334718), en el que el cierre de una página web responde a una medida cautelar adoptada en un litigio sobre derechos de propiedad industrial (derecho de marca).

Visto todo lo anterior, la imposición de la autorización para la ejecución de las resoluciones de la sección segunda de la CPI evidencia que el legislador considera que Internet, y medios análogos de la sociedad de la información, son entornos en los que se ejercen los derechos del art. 20 de la CE, en especial del derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información, núcleo esencial tutelado por la participación judicial en el secuestro de publicaciones. Sin embargo, como apunta la doctrina, debe ponerse en tela de juicio que los medios de la sociedad de la información se utilicen en toda ocasión y de forma sistemática como vehículo para desarrollar los derechos fundamentales aludidos y, en especial, cuando se trata de una conducta considerada como vulneradora de los derechos de propiedad intelectual, la cual difícilmente entrañará el ejercicio de dichos derechos⁹². Así, si es dudoso que se ejerzan los derechos libertad del art. 20 de la CE y que la ejecución equivalga al secuestro de publicaciones, ¿qué motiva la exigencia de la autorización contencioso-administrativa?

La doctrina apunta que la opción legislativa de imponer la autorización responde al ánimo de «eliminar o, al menos, reducir, el riesgo de que, con la excusa de tutelar la propiedad intelectual, la Administración perpetre auténticos ataques a la libertad de expresión (...)»⁹³. Si bien lo anterior es cierto, esta postura extremadamente garantista cuestiona el significado de la participación de la jurisdicción contencioso-administrativa en sede de autorización, desnaturalizándola cuando, a pesar de que la actuación administrativa no sea susceptible de vulnerar ningún derecho fundamental, se impone la intervención del juez. A no ser que se justificara en la tutela de otros derechos, o se encomendara al órgano judicial otra función como, por ejemplo, la de revisar de modo liminar la actuación administrativa con el fin de reforzar su presunción de legalidad, la autorización contencioso-administrativa se aleja del patrón hasta ahora construido en torno de este instituto. En fin, a mi juicio, la intención del legislador al someter la ejecución de la resolución de la sección segunda de la CPI a la previa autorización judicial era la de conferir un mayor grado de «legitimidad» al ejercicio de una actividad administrativa de limitación, al faltar el interés general como fundamento de la misma. Todo ello, como se verá más adelante, es de absoluta relevancia en el proceso de enjuiciamiento del órgano judicial.

3. CRITERIOS Y ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL.

La legislación ha guardado silencio, hasta la aprobación del art. 122 bis de la LRJCA, sobre el alcance y los criterios que guían la función autorizadora de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Como ya se ha resaltado en otro lugar⁹⁴, ha sido la jurisprudencia, en especial la del Tribunal Constitucional, la que se ha encargado

⁹² Afirman que «las conductas contra las que se pretende luchar muy difícilmente conciernen a tales derechos» Alfredo BAUTECAS CALETRÍO y Juan Pablo APARICIO VAQUERO, *op. cit.*, p. 19. También Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *op. cit.*

⁹³ Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *op. cit.*

⁹⁴ *Vid.* Capítulo IV.

de establecer las pautas al respecto, si bien en torno a las autorizaciones de entrada y el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Ello, sin embargo, no ha impedido que dichas pautas se desplazaran al resto de supuestos de autorizaciones contencioso-administrativas que recoge la LRJCA. Y es que, a pesar de las diferencias entre las distintas autorizaciones, existen rasgos esenciales que las aúnan y que permiten el traslado aludido, pues todas ellas implican el desempeño de una función judicial no jurisdiccional, esto es, en sede no revisora, orientada a la única y exclusiva tutela de los derechos de los administrados.

Eso mismo cabe aplicar en el marco de las autorizaciones recogidas por el art. 122 bis de la LRJCA, puesto que los jueces centrales de lo contencioso-administrativo no tienen otra misión que la de tutelar frente a la actuación administrativa los derechos de los administrados. Así, como se recordará, los criterios que orientarán a los jueces centrales serán tres: la individualización del titular de los derechos afectados, el control de la apariencia de legalidad de la actuación administrativa y el respeto del principio de proporcionalidad. Ahora bien, las autorizaciones acopladas al procedimiento de salvaguarda de los DPI presentan ciertas peculiaridades respecto del resto de autorizaciones las cuales se plasmarán, también, en los criterios y el alcance del control judicial.

A. La autorización para la cesión de datos.

Al objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que vulnera los DPI y «con el fin de que pueda serle notificado el inicio del procedimiento (...) para que pueda personarse como interesado en el mismo»⁹⁵, la sección segunda de la CPI puede requerir a los prestadores de servicios de intermediación la comunicación de datos personales. Dicha comunicación o cesión de datos debe acompañarse de la preceptiva autorización judicial, pues de lo contrario supondría la conculcación de los derechos a la intimidad, a la protección de los datos personales, a la libertad informática y al secreto de las comunicaciones. Así, el juez se encarga de proteger dichos derechos, para lo cual ejercerá un control sobre extremos que se explicitan a continuación.

En cuanto a la individualización del titular de los derechos afectados, como se adivinará, al órgano judicial le resultará imposible individualizar al titular, precisamente porque el fin de la comunicación que se autoriza es la averiguación de la identidad del interesado en el procedimiento administrativo. De este modo el requisito de individualización quedará totalmente relajado, lo cual no obsta que en la motivación de la resolución judicial el órgano dé cuenta de ello⁹⁶. Asimismo, la constatación de la oposición del

⁹⁵ Según el art. 18.1 del RD 1889/2011.

⁹⁶ Existen otros supuestos en el marco de las autorizaciones contencioso-administrativas en las que no es posible la identificación del administrado, de modo que se excusa dicho requisito. Así, la jurisprudencia flexibiliza el requisito de individualización cuando ha sido imposible identificar al titular del derecho o derechos afectados, como puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de desalojos de viviendas

interesado tampoco es en este contexto de aplicación. En todo caso, dicha oposición debe entenderse implícita, en tanto que los datos a los que se pretende acceder fueron facilitados para un fin distinto al que persigue la sección segunda de la CPI al recabarlos, y no existe autorización expresa para su cesión a terceros.

En relación con el control de la apariencia de legalidad, el juez central de lo contencioso-administrativo deberá tener en cuenta que la autorización se solicita en el marco de la fase preliminar del procedimiento. El órgano judicial se halla pues ante una actuación administrativa todavía incipiente; no se ha dictado el acuerdo de iniciación del procedimiento de modo que no existe ningún acto administrativo sobre el que pese una presunción de legalidad. De ahí, quizás, que el art. 122 bis.1 se encargue de recalcar que el procedimiento de despacho de la autorización se iniciará «con la solicitud de los órganos competentes en la que se expondrán las *razones* que justifican la petición acompañada de los *documentos* que sean procedentes a estos efectos»⁹⁷. La petición motivada y acompañada de los documentos necesarios —requisito aplicable a cualquier supuesto de autorización contencioso-administrativa—, deberán servir para que el juez realice un juicio liminar sobre la concurrencia de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual con el consiguiente perjuicio para el interés general, puesto que es en definitiva el presupuesto *sine qua non*, para que la solicitud se admita y tramite. En ningún caso le compete al órgano judicial entrar a valorar de forma plena dicho extremo⁹⁸. Ahora bien, si el juez apreciara que *prima facie* no existe vulneración de los DPI, deberá denegarse la autorización sin que sea necesario entrar en ninguna otra consideración.

Será, no obstante, en el juicio de proporcionalidad donde recaerá el mayor peso del enjuiciamiento. Mediante el principio de proporcionalidad el juzgado central de lo contencioso-administrativo valorará, de un lado, si la cesión de los datos protegidos y, por tanto, la afectación de los derechos fundamentales mencionados es *necesaria* para identificar al responsable de los DPI, comprobando que no existe otra medida menos restrictiva y que sirva al mismo fin de identificación, por ejemplo, recabando dichos datos de registros públicos. De otro lado, valorará si la cesión es *idónea*, esto es, si los datos que se solicitan serán suficientes, adecuados, etc. para proceder a la identificación

ocupadas o de los llamados pisos «patera» (STSJ de Madrid 674/2005, de 20 de mayo, rec. apelación: 37/2005). Otro supuesto de clara excepción del requisito de individualización es susceptible de producirse en el caso de que la autorización se requiera para ejecutar medidas sanitarias dirigidas a una pluralidad indeterminada de personas como, por ejemplo, una orden de cuarentena dirigida al personal de un hospital o la limitación del derecho de huelga del personal de una empresa imponiendo la realización de una prestación.

⁹⁷ En sentido análogo el art. 18.2 del RD 1889/2011, según el cual en la solicitud «se expondrán las razones que justifican la misma, acompañándose de los documentos y ficheros que sean procedentes».

⁹⁸ Téngase en cuenta que, cuando la sección segunda de la CPI solicita la autorización para acceder a los datos que identifiquen al responsable de la vulneración, tampoco existe un procedimiento previo en el que se haya declarado dicha vulneración, sino simplemente la comprobación de que la solicitud presentada cumple los requisitos que le impone la norma (art. 17.3 del RD 1889/2011).

del responsable y comunicarle la tramitación del procedimiento de salvaguarda de los DPI. Y por último, el órgano judicial valorará la proporcionalidad en sentido estricto de la medida; esto es, comprobará si es ponderada y equilibrada derivándose de su ejecución más beneficios y ventajas para el interés general, que perjuicios sobre los derechos individuales del responsable del SSI que vulnera los derechos de autor.

De autorizarse la comunicación de los datos, la resolución del órgano judicial, además de cumplir con el requisito de motivación, deberá incluir un contenido mínimo limitando la cesión de datos autorizada únicamente a aquellos que sean imprescindibles para identificar al responsable. De hecho, el art. 18.4 del RD 1889/2011, establece que en ningún caso se podrán pedir datos de contenido, de tráfico o de localización que «excedan el ámbito o finalidad del procedimiento». En cuanto a la exigencia del establecimiento de otras coordenadas, como las temporales, espaciales y personales que la jurisprudencia exige en relación con las autorizaciones de entrada, es evidente que en este marco no son pertinentes. Sin embargo, sí es pertinente el establecimiento de una coordenada en la que se tenga en cuenta la finalidad de la comunicación de los datos, que no es otra que la de permitir el inicio del procedimiento notificándolo al interesado para que participe en éste, quedando vedado el uso de dichos datos para cualquier otro fin⁹⁹.

B. La autorización para la ejecución de la medida de suspensión.

Como ya se ha comentado anteriormente, tanto el art. 158.4 del TRLPI como el art. 122 bis de la LRJCA imponen la autorización judicial *en todo caso* para ejecutar la orden de suspensión adoptada por la sección segunda de la CPI, partiendo de la presunción de que todo servicio de la sociedad de la información (incluso si vulnera los DPI) implica el ejercicio o manifestación de los derechos libertad del art. 20.1 de la CE. Así, según el art. 122 bis.2, «[a]cordada la medida por la Comisión, solicitará del Juzgado competente la autorización para su ejecución, referida a la posible afectación a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución».

La petición de la autorización, pues, no se somete a la previa consideración de la Administración acerca de la posible injerencia en los derechos fundamentales aludidos, valorando si procede o no solicitar el auxilio judicial. La ley exige la participación del juez sin excepción, de modo que sin la autorización no podrá procederse a la ejecución de la resolución de la CPI, al margen de que exista o no afectación de los aludidos derechos. La doctrina ha notado que dicho modo de imponer la autorización contencioso-administrativa puede condicionar el proceso de enjuiciamiento. Así, por ejemplo si el juez estima que no existe derecho fundamental alguno afectado por la ejecución administrativa —porque en la página web que quiere cerrarse no se ejerce

⁹⁹ Según ARMENGOT VILAPLANA dichos datos no podrán cederse al titular de los DPI vulnerados para que eventualmente inicie un proceso civil o incluso penal contra el responsable ya identificado. Alicia ARMENGOT VILAPLANA, *op. cit.*, p. 22.

ninguno de los derechos del artículo 20.1 de la CE—, según configura la ley el encaje de la autorización, deberá dictar un auto en sentido positivo autorizando, no la afectación de los derechos fundamentales, sino la ejecución administrativa¹⁰⁰. Y ello incluso en el supuesto de que la medida no fuera proporcional al fin perseguido o incluso constituyera una vía de hecho o una desviación de poder. Según el tenor literal del art. 122 bis.2, párrafo segundo, de la LRJCA, en tanto que no existe «afectación a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución», deberá autorizarse la ejecución¹⁰¹.

El anterior razonamiento se conecta de forma directa con el alcance de la función judicial, puesto que al juez central de lo contencioso-administrativo le compete la exclusiva tutela de los derechos del art. 20 de la CE, sin que pueda pronunciarse sobre la legalidad de la actuación administrativa que se ejecuta. En este supuesto además, la limitación de las funciones del juez queda por primera vez plasmada en la LRJCA allí donde el art. 122 bis.2, párrafo segundo, dicta que «la decisión que se adopte únicamente podrá autorizar o denegar la ejecución de la medida»¹⁰².

En cualquier caso, el juez deberá estar a las circunstancias de cada una de las peticiones de autorización. Si de entrada constata que no existe derecho fundamental alguno que pueda ser afectado por la actividad administrativa, autorizará la ejecución sin que pueda entrar a valorar ningún otro extremo en relación con la resolución administrativa, puesto que su misión es la tutela de un derecho, no el control de la legalidad de la decisión administrativa —control de la legalidad al que el juez solo podría adentrarse y de forma liminar si efectivamente hubiera derechos fundamentales en juego. En cambio, si el juez considera que la ejecución de la orden de suspensión supone una injerencia en alguno de los derechos del art. 20 de la CE o constituye el secuestro de una página de Internet, deberá realizar el debido enjuiciamiento para legitimar la injerencia en un derecho fundamental, siguiendo las pautas marcadas por la jurisprudencia, constatando los siguientes extremos: la apariencia de legalidad de la actuación administrativa, la individualización del titular de los derechos afectados y el cumplimiento del principio de proporcionalidad.

En este marco la función del órgano judicial es la tutela, en los términos ya estudiados, de los derechos contenidos en el art. 20.1 de la CE, en especial, del derecho a la

¹⁰⁰ En el marco de las autorizaciones de entrada existe una poca jurisprudencia en la que, al observarse que no existe afectación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, se deniega la autorización de entrada en atención a la falta de procedencia de la misma. Dicha denegación de la autorización equivale a una autorización «implícita», puesto que en suma significa que la Administración puede proceder a la ejecución sin la participación judicial. Esto es, en ningún caso se veda la ejecución.

¹⁰¹ Observa esta contrariedad, Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *op. cit.*

¹⁰² Como se recordará, uno de los primeros autores en destacar que la jurisdicción contencioso-administrativa en sede autorizadora «carece de competencia para resolver cosa distinta del otorgamiento o denegación de la autorización solicitada» fue Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa*, *cit.*, pp. 548 y 549.

libertad de información y a la de expresión, aunque no debe descartarse la posibilidad de que se afecte la libertad de cátedra o la libertad de creación artística, como ya se ha visto.

En relación con el control de la apariencia de legalidad de la actuación administrativa previa, el órgano judicial deberá constatar que no existen irregularidades trascendentes. Principalmente descartará una eventual vía de hecho, comprobando que existe la resolución administrativa dictada por la sección segunda de la Comisión, que ha sido notificada al responsable del SSI que vulnera los derechos de autor y que es ejecutiva. Dado que el control de legalidad se realiza *prima facie*, el órgano judicial no podrá enjuiciar si existe o no la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, pues se trata de una cuestión de fondo. Sin embargo, si fuera evidente que tal vulneración no concurre, el órgano judicial deberá denegar la autorización. La restricción de los derechos fundamentales respondería en tales circunstancias a un motivo ajeno a los estipulados por la normativa, incurriendo en una clara desviación de poder o en una mera manifestación de arbitrariedad en el ejercicio de las potestades conferidas a la sección segunda de la CPI. Ante tales vicios, si son palmarios, el órgano judicial debe denegar la autorización¹⁰³.

En esta ocasión sí será posible la individualización del titular cuyos derechos se ven afectados por la ejecución, puesto que el procedimiento se ha tramitado con la participación del responsable del servicio de la sociedad de la información que vulnera los DPI, y a este se dirige la orden de cierre de la página web o de retirada de sus contenidos. Nótese, sin embargo, que la orden de suspensión, para cuya ejecución se solicita la autorización, se dirige a los intermediadores, no a dicho responsable. No obstante, los derechos susceptibles de verse afectados son los del responsable del servicio —motivo de más para mirar a la suspensión como medio de ejecución subsidiaria—, no los del intermediador. Asimismo, la resistencia a vencer mediante la autorización es la del responsable, de modo que el órgano judicial deberá constatar su oposición. Oposición que debe entenderse manifestada si se ha notificado la resolución y, transcurridas 24 horas, el responsable no ha retirado los contenidos o interrumpido el SSI que vulneran los DPI. Los medios por los que se realiza la ejecución de esta resolución no permiten que, como por ejemplo en el marco de las autorizaciones de entrada en domicilio, se constate el intento de ejecución forzosa y la resistencia del administrado a la misma. Por ello, dicho intento y resistencia deben entenderse cumplidos con la notificación de la resolución e incumplimiento de la misma transcurridas 24 horas.

En cuanto al juicio de proporcionalidad, el juez central de lo contencioso-administrativo deberá tener en cuenta que según el art. 20.4 de la CE los derechos libertad del art. 20.1 no son derechos absolutos, sino que hallan sus límites «en el

¹⁰³ El reglamento impone que la medida que ordene el cierre de una página web o la retirada de contenidos debe ser «objetiva, proporcionada y no discriminatoria», art. 22.3 *in fine* del RD 1889/2011.

respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». En este marco, el juez no podrá obviar que, aún siendo un interés general el que se persigue con la medida —la protección del orden público económico—, subyace un interés particular que es el derecho a la propiedad privada —considerada la propiedad intelectual como un derecho de propiedad especial— que recoge el art. 33 de la CE y, por lo tanto, está incluido en el mismo Título de la CE que el art. 20. En esta misma línea de razonamiento, el orden público económico, en cambio, no es uno de los límites que la Constitución impone a las libertades del art. 20.

En atención al juicio de proporcionalidad, el juez deberá valorar, de un lado, la *idoneidad* de la medida, es decir, si la suspensión del servicio de intermediación es una medida idónea para hacer cesar la conducta vulneradora y tutelar así el interés general. A mi juicio, dicha suspensión será idónea, pero será más dudoso que cumpla con el requisito de necesidad. Mediante el test de *necesidad* el juez enjuicia si no existe otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el fin deseado, y que suponga una menor restricción para los derechos fundamentales del administrado. En este sentido, imagínese que la orden de la sección segunda de la CPI dirigida al responsable del SSI vulnerador impone únicamente la retirada de determinados contenidos. Si ante el incumplimiento la Administración impone la suspensión del servicio de intermediación, dicha medida resulta a mi juicio desproporcionada, puesto que el mismo fin podría conseguirse si tal suspensión se dirigiera únicamente a los contenidos vulneradores. Y, por último, el órgano judicial deberá valorar si se cumple el principio de *proporcionalidad* en sentido estricto, derivándose de la afectación de los derechos fundamentales aludidos la consecución de un interés general superior, como la tutela del orden público económico.

Cumplido el anterior control y dictado el auto de autorización, se considera que el sacrificio del derecho fundamental de turno mediante la ejecución administrativa será ajustado a la legalidad. En este sentido, debe repararse en que la legislación se refiere en repetidas ocasiones a *la autorización de la ejecución* administrativa. Ahora bien, aun siendo cierto que la autorización constituye un elemento de legalidad de la ejecución administrativa, el auto no sirve de título ejecutivo, no autoriza la ejecución. Por el contrario, únicamente legitima la afectación del derecho fundamental, pero el resto de elementos atinentes a la legalidad tanto de la resolución como de la ejecución administrativa, no son validados por el auto del juez central.

4. LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN EL ART. 122 BIS DE LA LRJCA.

En el art. 122 bis de la LRJCA se regula el cauce procesal para el despacho de una autorización contencioso-administrativa, en este caso las autorizaciones judiciales de los procedimientos de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. Así, en los

apartados 1 y 2 del art. 122 bis se regulan respectivamente dos procedimientos distintos: uno para el despacho de las autorizaciones para la cesión de los datos, y otro para autorizar la ejecución forzosa de las resoluciones de la CPI.

Ello supone una total *novedad*, puesto que la LRJCA en ningún otro supuesto disciplina extremos de orden procesal en el marco de las autorizaciones contencioso-administrativas.

A. Sobre la ubicación del art. 122 bis en el capítulo dedicado al procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

Antes de analizar el contenido del precepto debe repararse en la ubicación del art. 122 bis de la LRJCA, que ha sido colocado en el Título V, dedicado a los procedimientos especiales, y dentro de este en el Capítulo que se ocupa del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Si bien es cierto que tanto el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, como estas autorizaciones contencioso-administrativas se dirigen a la tutela de los derechos fundamentales, no debe pasarse por alto que albergan *diferencias sustanciales*. Mientras que el primero ofrece en sede revisora un remedio al ciudadano ante aquella actuación administrativa que ha vulnerado sus derechos, es decir, está orientado a paliar o eliminar la situación de conculcación de los derechos fundamentales; el objeto de la autorización judicial es la prevención o evitación de la conculcación de los mismos. Es más, como ya he dicho en otro lugar¹⁰⁴, la función tuitiva del derecho fundamental que ejerce la autorización judicial incorpora siempre un elemento de asistencia o amparo de la actuación de la Administración pública para que proceda a su ejecución material sacrificando *legítimamente* los derechos de los administrados para la consecución de un fin público. Todo ello resulta, en fin, un tanto contradictorio con la naturaleza del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales que la LRJCA recoge a la luz del art. 53.2 de la CE, por lo que es apropiado plantear una distinta ubicación o sistematización de la regulación de este proceso y, eventualmente, de aquel o aquellos que se previeran para el resto de autorizaciones contencioso-administrativas. Sin dudar de que se trate de un procedimiento especial y de que por lo tanto debe ubicarse en el Capítulo V de la LRJCA, se propone que su regulación se incluya en un título distinto.

B. El procedimiento para la cesión de datos.

El tenor literal del artículo 112 bis.1 de la LRJCA es el que sigue:

¹⁰⁴ *Vid.* Capítulo IV.

El procedimiento para obtener la autorización judicial a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, se iniciará con la solicitud de los órganos competentes en la que se expondrán las razones que justifican la petición acompañada de los documentos que sean procedentes a estos efectos. El Juzgado, en el plazo de 24 horas siguientes a la petición y, previa audiencia del Ministerio Fiscal, dictará resolución autorizando la solicitud efectuada siempre que no resulte afectado el artículo 18 apartados 1 y 3 de la Constitución.

Como se ve, cuando al órgano judicial le corresponde autorizar la cesión de datos personales el proceso previsto es sumamente escueto y con unos plazos sumamente breves. El procedimiento judicial se activa a solicitud de la Administración, «en la que se expondrán las razones que justifican la petición», y la cual se acompañará de «los documentos que sean procedentes a estos efectos»¹⁰⁵. Como se ha visto antes, la motivación y justificación de la petición es necesaria y la ley se refiere a ella, dado el estadio inicial del proceso administrativo de salvaguarda de los DPI.

Tras la recepción de dicha solicitud, se establece un plazo de 24 horas —desconocido hasta ahora en la LRJCA— para que el juez resuelva acerca de la petición. A pesar de la brevedad del plazo para resolver, la norma prevé la celebración de una audiencia, en la que participará el Ministerio Fiscal. Evidentemente no se contempla la intervención del titular del derecho afectado puesto que se desconoce, motivo por el que la previsión de la participación del Ministerio Fiscal está más que justificada en aras de la defensa y protección de los derechos fundamentales del interesado. Nótese que no se prevé, sin embargo, la participación de la sección segunda de la CPI, ni tampoco la del prestador de servicios de intermediación, a pesar de ser el colaborador que facilitará dichos datos y sobre el que recae la obligación de no comunicarlos a terceros.

C. El procedimiento para la ejecución forzosa de las resoluciones de la Comisión de Propiedad Intelectual.

La tramitación prevista para la autorización de la ejecución forzosa de las resoluciones de la CPI es también harto sencilla. El tenor del art. 122 bis.2 párrafo tercero es el que sigue:

En el plazo improrrogable de dos días siguientes a la recepción de la notificación de la resolución de la Comisión y poniendo de manifiesto el expediente, el Juzgado convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos y libertades afectados o a la persona que éstos designen como representante a una audiencia, en la que, de

¹⁰⁵ En sentido análogo, véase el art. 18.2 del Reglamento de funcionamiento de la CPI (RD 1889/2011, de 30 de diciembre).

manera contradictoria, el Juzgado oír a todos los personados y resolverá en el plazo improrrogable de dos días mediante auto. La decisión que se adopte únicamente podrá autorizar o denegar la ejecución de la medida.

Visto que la autorización procede siempre que se recurra a la ejecución subsidiaria, el proceso se inicia tras la recepción de la notificación de la resolución. Como se ve, en el breve plazo de dos días, tras haber recibido la resolución a ejecutar, el órgano judicial debe poner de manifiesto el expediente y convocar a las partes para la celebración de una audiencia, en la que el juez de lo central oír a la sección segunda de la CPI, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos afectados o a aquel que les represente. La previsión de una audiencia, que probablemente se materialice mediante una pequeña vista, supone el acogimiento de la práctica jurisprudencial en materia de autorización de entrada de la mayoría de tribunales superiores de justicia, que celebran un trámite de audiencia con el fin esencial de que el administrado pueda hacer defender sus derechos¹⁰⁶; y ello a pesar de que el Tribunal Constitucional reitera que dicha audiencia no es preceptiva dada la naturaleza no contradictoria del proceso de autorización¹⁰⁷.

Según el art. 122 bis.2, párrafo tercero, participarán en dicho trámite la Administración, el Ministerio Fiscal y «los titulares de los derechos y libertades afectados o a la persona que éstos designen como representante». Si bien la participación de la sección segunda de la CPI, como del Ministerio Fiscal no plantean dudas, la referencia a titulares de derechos o libertades *afectados* complica la delimitación de sujetos legitimados a participar en el trámite de audiencia.

En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal, la jurisprudencia en materia de autorizaciones de entrada da fe de su participación en muchos de los procesos. Teniendo en cuenta que el objeto de tutela de autorización son los derechos fundamentales del art. 20.1 de la CE, está sobradamente justificada su participación (art. 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Ahora bien, no debe olvidarse que la configuración de la imposición de la autorización «en cualquier caso» para la ejecución de las resoluciones de la CPI, puede derivarse en supuestos en los que no esté en juego ningún derecho fundamental. En tales ocasiones la justificación de la participación del Ministerio Fiscal quedaría diluida.

¹⁰⁶ De entre la jurisprudencia de los TSJ, destaca la del de Madrid, que postula que dicha audiencia será preceptiva excepto que concurren motivos de urgencia; entre muchas otras, véase el FJ 6.º de la STJ de Madrid 1217/1999, de 22 noviembre FJ 4.º (RJCA 1999/3772) y el FJ 4.º de la sentencia 712/2007, de 19 de abril (JUR 2007/247647).

¹⁰⁷ Entre otros, así en los AATC 129/1990, de 26 de marzo, FJ 6.º (RTC 1990/129); 198/1991, de 1 de julio, FJ 3.º (RTC 1991/198); 85/1992, de 30 de marzo, FJ 2.º (RTC 1992/85); 208/2007, de 16 de abril, FJ 2.º *in fine* (RTC 2007/208); y en la STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 2.º (RTC 1992/76).

El trámite de audiencia se ofrece también a «los titulares de los derechos y libertades afectados o a la persona que éstos designen como representante». La redacción del precepto permite hacer varias lecturas acerca de qué sujetos están legitimados para participar en el trámite de audiencia, dada la pluralidad de interesados en el procedimiento administrativo de salvaguarda de los DPI. Se recordará que, además del responsable del SSI vulnerador de los DPI, se considera que el prestador de servicios de intermediación por su colaboración también debe ser considerado interesado y, teniendo en cuenta que sus derechos están en juego en el procedimiento, también debe considerarse como tal al titular de los DPI. Parte de la doctrina entiende que los anteriores deben todos ellos participar en proceso de autorización, puesto que sus derechos y libertades resultan «afectados»¹⁰⁸. Dicha postura responde a una interpretación amplia del concepto de afectado por el proceso de autorización. Pero también es posible una interpretación restrictiva del art. 122 bis.2, postulando que el único titular de derechos y libertades que podrá participar en dicha audiencia para defenderlos es el titular de los derechos del art. 20 de la CE, puesto que éstos son los que tutela el juez y, por lo tanto, los que resultan «afectados» por la autorización. Ni el intermediador ni el titular de los DPI resultan desde tal perspectiva afectados por la autorización —aunque si lo puedan resultar por procedimiento y la resolución administrativa. Siendo defendibles ambas posturas, es conveniente postular la participación en sede autorizadora de todos los interesados en el proceso administrativo, puesto que si el legislador ha previsto expresamente la celebración de una audiencia, la exclusión de algunos de los interesados de dicho trámite contradeciría la voluntad de facilitar la defensa de los derechos y libertades en juego en sede de autorización.

En un plazo máximo de dos días tras la celebración de la vista, el juez resolverá. Así, se prevé que en el plazo total de cuatro días para la tramitación del proceso de autorización y que el órgano judicial dicte resolución. Como se ve, la tramitación del procedimiento es *fugaz*. Se trata del mismo plazo de cuatro días que el art. 122 de la LRJCA prevé para resolver los recursos relativos al ejercicio del derecho de reunión; siendo de hecho la regulación de ambos procesos en cierto sentido paralela¹⁰⁹. La tutela del orden público económico que representan los derechos de autor se equiparada a la tutela del derecho fundamental de reunión aludido, según apunta la doctrina¹¹⁰. Esta brevedad en los plazos se da también en el seno del procedimiento administrativo de

¹⁰⁸ Abogan por esta interpretación: Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *op. cit.*; Jesús José TIRADO ESTRADA, *op. cit.*, pp. 528. Lo vincula al derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁰⁹ Según el art. 122, párrafo segundo, de la LRJCA: «El Secretario judicial, en el plazo improrrogable de cuatro días, y poniendo de manifiesto el expediente si se hubiera recibido, convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los recurrentes o a la persona que éstos designen como representante a una audiencia en la que el Tribunal, de manera contradictoria, oír a todos los personados y resolverá sin ulterior recurso».

¹¹⁰ A la luz del mismo plazo que para resolver los recursos sobre el derecho de reunión, otros autores también argumentan que «la urgencia no es ni puede ser la misma en un caso que en otro». Antonio SALAS CARCELLER, *op. cit.*, p. 597.

salvaguarda de los DPI, configurado de este modo para poder hacer frente de forma expeditiva a la vulneración de los derechos de autor y al perjuicio que de ello se deriva; motivo en el que el legislador posiblemente justifica la celeridad en el proceso judicial de autorización. De nuevo, todo ello contribuye a pensar en el procedimiento de salvaguarda de los DPI como un mecanismo «alternativo» a las medidas cautelares de los procesos civiles y penales.

D. Sobre la posible aplicación por analogía de los procedimientos del art. 122 bis de la LRJCA al resto de supuestos de autorización contencioso-administrativa.

Son varios los elementos destacables de la regulación procesal contenida en el art. 122 bis. La más importante de todas es la definición expresa de la función que se encomienda al órgano judicial, cuando en el apartado segundo se establece que «[l]a decisión que se adopte únicamente podrá autorizar o denegar la ejecución de la medida». Enfatizando el carácter no revisor de esta competencia judicial no jurisdiccional, se recuerda que no le corresponde al juez enjuiciar la legalidad de la medida, sino únicamente pronunciarse sobre la autorización solicitada. Esta misma reflexión debe hacerse extensiva, aunque no lo haga la norma de forma explícita, a la autorización de cesión de datos prevista en el apartado primero del mismo artículo — así como a cualquier otro supuesto de autorización contencioso-administrativa.

De los cauces procesales diseñados por el art. 122 bis interesa destacar, de un lado, la brevedad de los plazos previstos para que se despachen los trámites del proceso — estableciéndose incluso, en el caso de cesión de datos, un excepcionalísimo término de 24 horas para que el juez resuelva. De otro lado, debe señalarse su gran simplicidad. Simplicidad que, no obstante, no está reñida con la participación del Ministerio Fiscal, de la Administración y del titular de los derechos fundamentales afectados, en garantía de los derechos que asisten las «partes» en este peculiar proceso. Interesa sobremanera reparar en la articulación de una audiencia —que la ley califica expresamente de «contradictoria»— y que se materializará de forma sumamente ágil en una vista con la directa intermediación del juez. Ello está en plena consonancia con los postulados doctrinales y jurisprudenciales que, como se ha expuesto anteriormente, abogan por la participación del Ministerio Fiscal en cumplimiento de su función de salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales, y en especial del administrado titular de los derechos afectados por la ejecución administrativa.

Vistos los rasgos esenciales de la tramitación procesal articulada en el art. 122 bis, me parece oportuno postular la aplicación por analogía de la tramitación prevista en el apartado 2.º del precepto al resto de autorizaciones contempladas en el art. 8.6 de la LRJCA, mientras siga imperando el vacío legislativo sobre su encauzamiento procesal. A excepción de los plazos —demasiado fugaces para otros contextos no urgentes— considero totalmente acertada la incorporación del principio de contradicción al

proceso, permitiendo la participación de las partes implicadas, Administración y administrado, así como el Ministerio Fiscal, para que se pronuncien sobre la autorización; siendo procedente su materialización mediante una vista. Asimismo y a modo de recordatorio de la doctrina constitucional construida al respecto, resulta de plena aplicación a cualquiera de las especies de autorización el fragmento en el que se constriñe la función del juez al estricto cometido de autorizar.

Así, mientras la legislación no recoja un cauce procesal —único y uniforme o con especialidades, o incluso individualizado— para cada uno de los tipos de autorizaciones contencioso-administrativas, resulta aprovechable el que configura el art. 122 bis.2 de la LRJCA y que, de hecho, responde en gran medida a lo que viene siendo la práctica habitual en los juzgados de lo contencioso-administrativo.

IV. BREVES CONCLUSIONES.

Como se ha ido apuntando a lo largo de las páginas anteriores, la intervención de la Administración pública dirigida a la tutela de la propiedad intelectual según ha sido configurada por la Ley Sinde-Wert merece ser valorada en un tono absolutamente crítico desde distintos puntos de vista. Ante todo desde la perspectiva material, puesto que resulta muy difícil justificar la trascendencia para el interés general de la tutela de los derechos de propiedad intelectual, en especial a la luz del resto de valores, principios y derechos recogidos en el art. 8.1 de la LSSIyCE y cuya salvaguarda permite la restricción de los servicios de la sociedad de la información, forzándose así lo que alguna doctrina acertadamente califica como *publificación* de intereses de naturaleza privada. Pero la crítica aludida alcanza también a la vertiente formal, puesto que una operación de tal calado se ha articulado mediante una disposición final, sin una exposición de motivos en la que el legislador pudiera poner de manifiesto cuáles son los intereses generales representados por los derechos de propiedad intelectual cuya salvaguarda merece la intervención administrativa represiva.

Sin embargo, es la configuración reglamentaria del procedimiento administrativo de salvaguarda de los DPI la que trasluce con claridad que las potestades administrativas se ponen a la entera disposición de unos intereses particulares muy concretos de naturaleza privada. Como ya se ha visto, se trata de un procedimiento hecho a medida, dirigido a poner fin a la conducta que vulnera los DPI y así al perjuicio que de ello se deriva, como si quisiera substituirse a las medidas cautelares o cautelarísimas de los procesos civiles y penales a disposición de los titulares que consideren vulnerados sus derechos de autor. Para conseguirlo se ha prescindido en más de una ocasión de las pautas del procedimiento común, diseñando un cauce procesal expeditivo y con unos trámites sumamente breves, en el que difícilmente los interesados podrán hacer valer sus derechos e intereses. Como colofón, el procedimiento incorpora en dos ocasiones la participación de la jurisdicción contencioso-administrativa en sede de autorización, poniéndose de manifiesto el alcance de las facultades conferidas a la sección segunda de

la Comisión de Propiedad Intelectual y, a su vez, legitimando la atribución a la administración la competencia para resolver un conflicto de carácter privado mediante el Derecho administrativo.

Todo ello exige a mi entender que el legislador rebine acerca de la adecuación y conveniencia de tutelar de este modo los derechos de propiedad intelectual ante el fenómeno de la piratería en Internet. Reflexión a la que, a modo de cierre, cabe añadir las dudas acerca de la eficacia de la intervención represiva que articula el Derecho ante dicho fenómeno, cuestionando en definitiva si no sería necesario pensar en un nuevo paradigma de regulación de los derechos de propiedad intelectual en el marco de la sociedad de la información.

TERCERA PARTE

FINAL

CAPÍTULO OCTAVO

CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

I. RECAPITULACIÓN Y REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

El justo equilibrio entre el ejercicio de las potestades públicas y los derechos e intereses de los administrados encierra uno de los más difíciles cometidos a los que se enfrenta la Administración pública que, al mismo tiempo que sirve a la consecución del interés general —en virtud del imperativo constitucional del artículo 103.1—, debe procurar la protección de los intereses particulares de los administrados susceptibles de verse afectados por la actuación administrativa. De entre los instrumentos a los que recurre el Derecho administrativo para conseguir esta ponderación de intereses contrapuestos destacan la autorización judicial de entrada y el resto de autorizaciones contencioso-administrativas previstas en la LRJCA, al haber modulado una de las más contundentes potestades de la Administración —la de autotutela ejecutiva— nada más y nada menos que a través de la intervención previa de la jurisdicción en un ámbito tradicionalmente reservado en exclusiva al poder ejecutivo.

Vistas así las cosas, no es de extrañar que, cuando la Constitución de 1978 y la sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero, exigieron para la debida protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución administrativa una resolución judicial que autorizara el acceso al espacio domiciliario, la doctrina no solo se cuestionase la idoneidad de este instrumento para servir al fin que le era encomendado, sino que lo calificara como una traba a la eficaz satisfacción de los fines públicos.

Actualmente, transcurridos más veinticinco años desde que la institución irrumpiera en el ámbito de la actividad administrativa, esta percepción ha quedado atenuada pues la mera observación de la realidad basta para constatar que el anunciado descalabro que la implementación de la intervención judicial previa autorizadora había de provocar en los fundamentos de nuestra Administración no ha sido tal. Es más, puede decirse que tal percepción ha sido superada puesto que el legislador ha ampliado de forma considerable el alcance de la autorización, que ya no responde únicamente al diseño de autorización de entrada sino que, junto a esta, coexisten otras especies de autorizaciones contencioso-administrativas que extienden la égida de la jurisdicción contencioso-administrativa a nuevos derechos y ámbitos de la actuación administrativa.

Ello no obstante, es menester tener en cuenta que no son pocos los claroscuros sobre los que entonces se advirtió y que han acompañado a la *autorización judicial de entrada* hasta hoy sin que se les haya dado respuesta cabal. El primero de los claroscuros referidos arranca ya de la indeterminación de los bienes jurídicos protegidos por medio de la autorización judicial de entrada. Si bien en origen la autorización se asoció exclusivamente a la tutela del derecho a la inviolabilidad del domicilio —merced a la ya mencionada STC 22/1984 y la conceptualización de la inviolabilidad domiciliaria que el Tribunal Constitucional vertió en ella—, en el traslado del imperativo constitucional a la normativa ordinaria, el legislador utilizó una fórmula ciertamente ambigua al referirse, junto al domicilio, a los espacios cuyo acceso se somete al consentimiento del titular, tanto en el artículo 91.2 de la LOPJ como en el artículo 8.6, párrafo primero, de la LRJCA; preceptos ambos que precisamente operan como los dos pilares legislativos en los que se asienta esta institución. Se planteó ya entonces, y perdura hasta hoy, la disyuntiva interpretativa sobre los derechos tutelados por la autorización de entrada entre aquellos que postulan que solo se ampara el derecho a la inviolabilidad del domicilio, de un lado, y del otro, los que defienden que junto al domicilio, queda también protegida la propiedad privada.

Cuestión distinta es la de establecer qué tipo de actividad administrativa se verá condicionada a la previa resolución judicial de entrada. Si bien es claro que la actividad administrativa susceptible de afectar a los bienes jurídicos es aquella que se traslada al plano material, es decir la actividad ejecutiva coactiva, no siempre que la Administración enarbole la potestad de autotutela ejecutiva deberá impetrar el auxilio judicial. Se establece así un régimen ajedrezado de imposición de la autorización judicial de entrada. Mientras que cuando el acceso sea a un domicilio constitucionalmente protegido, el auxilio judicial será en todo caso imprescindible; cuando de propiedad privada se trate, la imposición de la autorización dependerá de la norma de turno. Desarrolla aquí un papel especialmente relevante la legislación sectorial, pues deberá en cada caso estarse a la norma en la que se fundamente la actuación administrativa, pues solo así podrá constatarse si el acceso a la propiedad privada deberá ir precedido de una autorización. Como se ha visto, queda excluida de la autorización de entrada aquella actividad ejecutiva coactiva dirigida a la propiedad privada enmarcada en el ejercicio de las funciones de inspección —con algunas excepciones—, así como cuando de coacción directa se trate; y, en el supuesto de ejecución forzosa, cuando se enmarque en un procedimiento de expropiación forzosa, los espacios cuyo acceso requiere entrada se restringen a aquellos cerrados y sin acceso al público.

Ahora bien, admitido que es un criterio jurídico-positivo o formal —no material— el que encauza la autorización judicial de entrada en el respectivo ámbito de actuación administrativa, ocurre que no en todos los supuestos en los que la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración se dirige a la propiedad privada queda positivizada en la actual legislación la imposición de la autorización de entrada. Existe en este sentido un vacío legal que genera no solo una situación de inseguridad jurídica,

sino sobre todo de desigualdad que obliga al intérprete a presumir que la autorización no se exige, pues la norma nada impone, cuando sin embargo el ejercicio coactivo de la potestad de autotutela se alza con la misma o incluso mayor intensidad que en un supuesto de ejecución forzosa. Ello genera, como ya se ha advertido, una clara disparidad de regímenes de imposición de la autorización de entrada cuando de propiedad privada se trata, no ya en virtud de la intervención del legislador, sino a consecuencia de su descuido o quizás indiferencia, que no hallan un fundamento lógico-jurídico en el que sustentarse.

Como explico con mayor detalle más adelante, las aludidas distorsiones se derivan esencialmente de la apoyatura legal de la institución en normas de carácter adjetivo — la LOPJ y la LRJCA—, que deberían limitarse a determinar la competencia del órgano encargado de conocer las peticiones de autorización de entrada y a regular la tramitación procesal a seguir, sin que sea esta la sede más adecuada para establecer en qué supuestos el ejercicio de la potestad de autotutela queda sometido a la previa autorización de entrada, ni para determinar los bienes jurídicos que quedan amparados por la misma. Ello debería dejarse en manos de la legislación sustantiva, en mejor posición no solo para valorar la adecuación de imposición de la autorización judicial de entrada para la protección de derechos ajenos a la inviolabilidad domiciliaria.

Si la legislación adjetiva, como se ha dicho, peca de exceso al determinar la actividad administrativa y los intereses particulares a ponderar por medio de la autorización judicial de entrada, a su vez peca de parca en aquello que le es propio; es decir, la disciplina de los aspectos procedimentales. Sumamente exigua, si no inexistente, es la atención que el legislador ha prestado a las cuestiones procesales, pues más allá de determinar la competencia de los juzgados de lo contencioso-administrativo —no sin antes haberla otorgado a la jurisdicción penal—, nada dice respecto del procedimiento: sobre su encauzamiento, sobre la representación de las partes o sobre su participación a lo largo del mismo, cuestiones todas ellas a las que la jurisprudencia ha ido paulatinamente atendiendo, pero que no se resuelven de forma unitaria, configurándose así igualmente en torno a lo procedimental un régimen desigual —aunque en menor medida— en función del tribunal al que la Administración se dirija.

Tampoco la legislación aborda cuál es el juicio cognitivo que le es encomendado al juzgador, más allá de lo que el artículo 117.4 de la Constitución establece al determinar que la ley puede atribuir a jueces y tribunales cualquier función no estrictamente jurisdiccional «en garantía de cualquier derecho». La jurisprudencia desempeña de nuevo en este contexto un importante cometido, especialmente la del Tribunal Constitucional, que ha fijado cuáles son los extremos sobre los que recae el enjuiciamiento del órgano judicial para prestar la debida tutela al derecho a la inviolabilidad del domicilio, y que los juzgados de lo contencioso-administrativo y tribunales superiores de justicia han acogido y concretado progresivamente, tanto para el caso que la autorización tutele el derecho fundamental, como el derecho a la

propiedad privada. Tres son, en lo esencial, los elementos sobre los que recae el enjuiciamiento del juez, que debe valorar, de un lado, si se ha individualizado el titular del derecho al cual afecta la actuación administrativa; del otro, si la actuación administrativa no reviste irregularidades trascendentes, es decir, que tenga apariencia de buen Derecho, lo cual se concreta esencialmente descartando la concurrencia de una vía de hecho; y, en último lugar, le corresponde enjuiciar la proporcionalidad de la entrada para con el fin perseguido. Como se adivinará, es en el juicio de proporcionalidad donde la intervención judicial puede en mayor medida desarrollar el juicio de ponderación que en definitiva se pretende por medio de la autorización judicial de entrada entre el interés general y el interés particular.

Todo ello, la legislación y esencialmente la doctrina jurisprudencial, contribuye a que aquella resolución judicial a la que alude el artículo 18.2 de la Constitución, acumule una serie de atributos y peculiaridades —de carácter fundamentalmente finalista—, y alcance un grado tal de imbricación en la actividad administrativa ejecutiva —que más allá de acogerse como un trámite más del procedimiento ejecutorio, ha devenido en un requisito de legalidad de la misma—, que la han convertido en una concreta especie de resolución, la autorización judicial de entrada.

El resto de autorizaciones contencioso-administrativas han sido paulatinamente incorporadas a la LRJCA, en cuyo articulado consta la autorización de medidas sanitarias para la tutela de la salud pública; la autorización de las inspecciones acordadas por la comisión nacional de la competencia; las autorizaciones asociadas a los procedimientos de lucha contra la piratería en Internet. Junto a estas, es debido también dar cuenta de no pocas autorizaciones contempladas en legislación sectorial, las cuales no obstante se pueden reconducir en gran medida al concepto de autorización de entrada. Los nuevos supuestos autorizadores comparten con la autorización judicial de entrada un tronco común esencial, siendo hasta cierto punto relativas las divergencias derivadas de los distintos derechos tutelados y los distintos marcos de la actividad administrativa implicada. De ahí que digamos que se trata de distintas especies de un mismo género.

Lo que adquiere relevancia de la evolución legislativa de la autorización contencioso-administrativa y del hecho de que junto a la de entrada, existan otros tipos de autorizaciones, es la ampliación del radio de actuación del mecanismo preventivo de tutela de derechos de los administrados frente a la ejecución administrativa. Tal incremento es ciertamente significativo. De un lado, pone de manifiesto que el legislador estima que ante determinados tipos de actuación administrativa, ciertos derechos de los administrados, esto es, aquellos de carácter fundamental, han de ser protegidos mediante un *instrumento reforzado*. Ello podría ser interpretado como un progresivo debilitamiento de la potestad de autotutela ejecutiva de la administración, que cada vez en más ocasiones debe acompañarse del auxilio judicial para conseguir su cometido; en algunos supuestos, incluso más allá del imperativo constitucional habiendo sido única y exclusivamente la voluntad legislativa la que impone la reserva de

jurisdicción¹. Esta es, sin embargo, a mi entender, una conclusión desacertada. Por el contrario, la ampliación del ámbito operativo de la autorización contencioso-administrativa pone a mi juicio de manifiesto cuán contundente sigue siendo la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración y cuán amplio es el radio de actuación de la Administración pública; máximo exponente de lo cual son las autorizaciones asociadas a la ejecución de las muy contundentes medidas de protección de la salud pública o las que se vinculan a los procedimientos de salvaguarda de los derechos de autor. Y es que la autorización contencioso-administrativa no deja de ser un instrumento de equilibrio, un engranaje de armonización de intereses contrapuestos. Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, «[e]l Derecho Administrativo no es un Derecho privilegiado. Junto a los privilegios, en más y en menos, que componen el estatuto singular de las Administraciones Públicas, existe todo un cuadro de garantías para los ciudadanos, radicadas en último extremo en su titularidad de derechos fundamentales que configura una situación de equilibrio»²; garantías de entre las que destaca la autorización contencioso-administrativa.

Ante el recorrido de la institución de la autorización judicial de entrada y la incorporación de otras autorización contencioso-administrativas no puede más que responderse, incluso teniendo en cuenta todos los claroscuros que acompañan a la institución, positivamente a los interrogantes planteados al inicio del trabajo. A la luz del análisis que precede a estas palabras y especialmente a la de los extremos en los que recae la cognición del juez, es claro que por medio de la autorización judicial de entrada y el resto de autorización contencioso-administrativas, el órgano judicial lleva a cabo un control apriorístico por medio del cual no solo se excluyen los principales vicios de legalidad de la decisión administrativa en la que se sostiene la ejecución, sino que su control se extiende también a la determinación de las pautas a seguir en la ejecución, a lo cual debe evidentemente sumarse el importante juicio de proporcionalidad. Todo ello contribuye a que la intervención del juez sirva al objeto de tutela del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en cierta medida, también del derecho a

¹ Parece que algún autor entiende en este sentido los distintos mecanismos que articula el ordenamiento jurídico para contener el poder administrativo. Así, Francisco RUIZ RISUEÑO se refiere al «peligro que se cierne sobre al subsistencia del Derecho administrativo» y, aunque sin referirse de forma expresa a las autorizaciones contencioso-administrativa, se refiere al «(...) el intento de controlar toda actividad administrativa nos lleva a eliminar los principios inspiradores de su propia justificación, y a atribuir a los órganos jurisdiccionales prerrogativas y competencias tales que llegan a suplir la actividad reservada en exclusiva a las propias Administraciones» (p. 64). Según el mentado autor, «[l]a denominada, en expresión acertada, lucha contra las inmunidades del poder no puede convertirse en un asedio a los poderes de las Administraciones públicas». FRANCISCO RUIZ RISUEÑO, *El proceso contencioso-administrativo, Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, (9.^a edición), Madrid, Colex, 2012, p. 61 y ss. Sin duda, las reflexiones de este abogado del Estado son del todo interesantes, a pesar de que a mi juicio postular que el Derecho administrativo está en peligro es ir más allá de la realidad.

² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, *cit.*, p. 69.

la propiedad privada y el resto de derechos fundamentales asociados a las autorizaciones.

Reconocida la eficacia de este instrumento para la consecución del fin de garantía de un derecho que le es encomendado, si el legislador emprendiera la tarea de solventar los claroscuros apuntados, servirá además con mayor eficiencia a su vocación. Por ello, tras estas reflexiones conclusivas y a modo de recapitulación, las siguientes se dedican a esbozar una propuesta de *lege ferenda* de la autorización contencioso-administrativa, al objeto de contribuir a superar las deficiencias que ha arrojado el estudio precedente.

II. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.

A pesar de que la autorización contencioso-administrativa no pueda considerarse una institución central del Derecho administrativo, sí lo es el propósito al que está abocada esta peculiar resolución judicial. Y es que el logro del equilibrio entre la consecución el interés general, de un lado y, del otro, el respeto de los derechos y libertades individuales de los ciudadanos define una parte esencial del Derecho administrativo y a la Administración de nuestros tiempos, tras la aprobación de la Constitución de 1978.

Muestra de la importancia de la autorización contencioso-administrativa y de la finalidad que persigue, es el camino que hasta ahora lleva recorrido esta institución en el marco jurídico español. Si bien su incorporación al actuar administrativo vino forzada por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia 22/1984, la legislación ha ido acogiendo paulatinamente en cada vez más supuestos la autorización contencioso-administrativa como instrumento para morigerar el ejercicio del poder público frente a los derechos de los administrados. Así, actualmente, junto a la primigenia autorización judicial de entrada, existen en la legislación varias especies de autorizaciones administrativas, para la tutela de un amplio conjunto de derechos —la mayoría de ellos fundamentales— ante el ejercicio de distintos tipos de potestades administrativas en contextos diversos. Es claro pues que el legislador estima que la autorización judicial contencioso-administrativa es un mecanismo que cumple con su fin de protección de los derechos de los administrados, sin entorpecer la consecución eficaz de los fines públicos que persigue la actuación administrativa.

Sin embargo, a pesar de generosa, la acogida legislativa de la autorización contencioso-administrativa también pone en evidencia que en ningún caso es considerada por el legislador como un instrumento central del ordenamiento jurídico administrativo, puesto que la atención que le presta a su regulación es bien escasa. Como se ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones a lo largo del trabajo, el actual marco de disciplina de la autorización contencioso-administrativa es claramente deficiente. Ello apunta a la conveniencia de repensar cómo debe orquestarse su regulación en el actual marco jurídico. De ahí que las siguientes reflexiones se destinen a una propuesta de *lege ferenda*.

1. LA DEFICIENTE REGULACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

La actual ordenación de la autorización contencioso-administrativa está monopolizada casi en exclusiva por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que condensa en unos pocos preceptos la mayor parte de su regulación. Hasta hace bien poco, se encargaba de ello únicamente el art. 8.6 (con sus tres párrafos), al que se suman, tras la reforma operada por la Ley Sinde-Wert, los arts. 9.2 y 122 bis de dicho cuerpo legal. Junto a la LRJCA, es preciso dar cuenta de la presencia de la autorización contencioso-administrativa en otras normas, algunas de tanta importancia como la LRJAPyPAC, o la LEF o la Ley General Tributaria, de entre la normativa sectorial, o también alguna normativa autonómica. Sin embargo, la aportación de la mayoría de estas normas al régimen jurídico de la autorización es ora testimonial y casi ociosa, a modo de recordatorio del mandato constitucional de tutela del derecho a la inviolabilidad del domicilio; ora residual, por referirse a aspectos secundarios de la institución autorizadora o de alcance limitado. El cuadro legislativo de ordenación de la institución, pues, queda en esencia definido en un puñado de preceptos de la LRJCA.

La aludida *parquedad normativa*, sin embargo, no es solo cuantitativa —lo cual no tiene por qué ser criticable—, sino cualitativa. Así, más allá de la escasez de preceptos atinentes a la regulación de la autorización, es de notar que en la disciplina de la institución se omiten aspectos centrales de su régimen jurídico. Destaca en este sentido la LRJCA que, en tanto que norma adjetiva, ignora cuestiones de calado tocantes a la autorización y en su lugar interviene regulando aspectos que a todas luces sobrepasan sus cometidos. Así, por ejemplo, nada dice sobre el proceso a seguir en el despacho de las peticiones de autorización —a excepción del recentísimo art. 122 bis, que por otra parte tampoco compensa el vacío— o la determinación del órgano competente en supuestos conflictivos; pero en su lugar impone la autorización judicial de entrada para acceder no solo al domicilio constitucionalmente protegido, sino a los tan indeterminados espacios de acceso dependiente del consentimiento del titular, extralimitándose claramente en sus funciones al regular cuestiones propias de normas de carácter sustantivo. Normas de carácter sustantivo que, como la ya mentada Ley 30/1992, renuncian también por su parte a cumplir la función a la que están llamadas.

La escasez normativa apuntada, en especial cuando inicialmente solo existía un precepto en la LOPJ regulando en los términos que ya no son familiares la autorización judicial de entrada, propició un destacado papel de la jurisprudencia en la configuración de la autorización contencioso-administrativa, sobresaliendo la del TC en el asentamiento de los pilares sobre los que se sustenta, junto con la de los tribunales superiores de justicia, los cuales han acabado de perfilar sus contornos. Sin embargo, la *parquedad normativa* y una jurisprudencia del Tribunal Constitucional en ocasiones oscura —y a la cual en ningún caso puede exigirse la resolución de cuestiones de mera legalidad—, han

propiciado que los diecisiete tribunales superiores de justicia, encargados de resolver en apelación sobre la mayoría de supuestos autorizadores, produzcan una jurisprudencia de lo más dispar en relación con muchos elementos de las autorizaciones contencioso-administrativas. Así, a la parquedad normativa se añade la *disparidad de criterios judiciales* en la ordenación de la autorización, resultando todo ello en un terreno pantanoso que ofrece pocas garantías de seguridad jurídica para una figura con una finalidad tan sensible como la de tutelar apriorísticamente los derechos de los administrados, en su gran mayoría de carácter fundamental, frente al ejercicio de las prerrogativas administrativas.

Las aludidas parquedad normativa y disparidad de criterios jurisprudenciales traslucen en un buen número de extremos tocantes a la autorización y que con mayor o menor grado de profundidad han sido destacados en los capítulos precedentes. Sin embargo, a mi parecer, son *tres* los extremos del régimen jurídico de la autorización contencioso-administrativa sobre los que pesa con mayor intensidad la falta de una regulación cabal de la institución.

(a) De un lado, en relación con la determinación de los *bienes jurídicos o derechos* que interesa que se protejan frente a la ejecución administrativa —entendida en sentido lato— mediante un instrumento del calibre de la autorización contencioso-administrativa. Procede señalar ya que, a mi juicio, deben ser en exclusiva derechos de carácter fundamental —interpretado el adjetivo en el más clásico de los sentidos— los que queden amparados bajo la égida de la autorización. Además, no son aceptables preceptos oscuros como el art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA y su alusión a la facultad de exclusión sobre bienes inmuebles, porque acaban por desvirtuar la institución autorizadora: muestra de ello es la infinidad de sentencias acríicas o indiferentes de las que se ha dado cuenta y que autorizan entradas *ad cautelam*. Si tras tantos años de recorrido en el ordenamiento jurídico no existe consenso acerca de su interpretación, es obvio que es necesario tomar medidas al respecto.

(b) Del otro, deben solventarse las *cuestiones de orden competencial*, y darse respuesta a los conflictos que se suscitan cuando la decisión administrativa a cuya ejecución se asocia la autorización contencioso-administrativa es recurrida, su ejecutividad queda suspendida por mor de una medida cautelar o existe una sentencia que se pronuncia sobre su legalidad (ya en positivo, ya en negativo). Desde mi punto de vista, es crucial en este sentido guardar el debido y difícil equilibrio entre tres elementos clave: (i) la presunción de legalidad de la actividad administrativa y su inmediata ejecutividad; (ii) el derecho a la tutela judicial efectiva; y, (iii) la naturaleza y, sobretudo, la función de la autorización contencioso administrativa tal como ha sido diseñada por el Tribunal Constitucional.

(c) Por último, y también en la arena adjetiva, interesa que se fijen unas coordenadas mínimas para la *tramitación procesal* de la petición de las autorizaciones, con el fin de garantizar una uniformidad en este marco. Este es, sin duda, el aspecto en el que mayor consenso jurisprudencial existe e incluso el legislador se ha aventurado, finalmente, a esbozar unas pautas procesales en el art. 122 bis para las autorizaciones enmarcadas en los procedimientos de lucha contra la piratería en internet de la Comisión de Propiedad Intelectual. En esta arena es crucial determinar la conveniencia de la participación de los interesados en el proceso, así como del Ministerio Fiscal, junto con la delimitación del alcance del control judicial, esencia de la institución autorizadora.

Si las anteriores son las principales cuestiones de fondo —ya de carácter sustantivo o adjetivo— que acucian a la institución autorizadora, determinar cómo debe articularse una posible y mejor conjunción de todos los anteriores aspectos de su regulación es harina de otro costal. Esto es, ¿qué papel están llamadas a desempeñar la legislación básica, en especial la regulación del procedimiento común, así como la Ley de la jurisdicción? ¿Cómo deben o pueden conjugarse las legislaciones sectorial y autonómica, si es que tienen alguna cabida en este asunto, con las anteriores?

El acertado enfoque de la cuestión exige, a mi entender, empezar por responder a estas últimas preguntas, para luego descender a los elementos de fondo expuestos anteriormente. Sin embargo, el discurso exige primero recordar qué es y a qué responde la institución que manejamos. A todo ello se procede a continuación, con el ánimo de dar recta respuesta a todos los interrogantes descubiertos y planteados a lo largo de las páginas precedentes y cumplir, en fin, con el objetivo de este trabajo de tesis doctoral.

2. EL PUNTO DE PARTIDA: LA AUTORIZACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO UN ÚNICO GÉNERO CON DISTINTAS ESPECIES.

Una cabal propuesta de cómo debería articularse una regulación mejorada de la autorización contencioso-administrativa debe partir de una perspectiva *unitaria* de esta institución.

Se han desmenuzado a lo largo del trabajo cuatro (o cinco, según se mire) especies distintas de autorizaciones contencioso-administrativas: la autorización judicial de entrada, la autorización o ratificación de medidas sanitarias de tutela de la salud pública, la autorización de las inspecciones ordenadas por la Comisión Nacional de la Competencia, y las autorizaciones de comunicación de datos y las de retirada de contenidos o cierre de páginas web. Podría parecer que cada una de ellas es una figura diferente, pero se trata como ya se ha dicho de *distintas especies de un mismo género*. Comparten todas ellas un indiscutible tronco común que enraíza en su naturaleza de resoluciones judiciales no jurisdiccionales, fruto de una función no revisora de la

jurisdicción debido su particular fin de exclusiva tutela de los derechos de los administrados, amparado por el art. 117.4 de la CE. Es este tronco común el que justifica que el tratamiento y regulación de la institución sea igualmente común, en aquellos aspectos que merecen por sistematicidad y lógica jurídica una regulación unitaria; esto es, cuestiones de orden competencial y procesal, las relativas al alcance del control judicial, etc. Todo ello sin perjuicio de que las particulares características de las distintas especies de autorización justifiquen divergencias en el régimen jurídico que se proponga, como de hecho ya sucede actualmente cuando, por ejemplo, la competencia se otorga no solo a los jueces unipersonales de lo contencioso-administrativo, sino también a los centrales.

Apuntado lo anterior, sobre lo que no creo conveniente insistir más, procede descender a lo que realmente interesa en esta reflexión dedicada a una propuesta de *lege ferenda*.

3. LA CONJUNCIÓN ENTRE LA NORMATIVA ADJETIVA Y LA SUSTANTIVA.

Es fundamental, a mi entender, que la regulación del régimen jurídico de la autorización contencioso administrativa respete el natural equilibrio entre las normas de naturaleza sustantiva y las de naturaleza adjetiva, de un lado y, del otro, entre la legislación básica y el procedimiento común, y la legislación autonómica y la especial. A todo ello, es preciso hacer referencia explícita.

En cuanto a la armonía entre la *normativa adjetiva y la sustantiva*, se ha apuntado ya que la regulación de la autorización contencioso-administrativa contenida en la LRJCA es casi inexistente en aquellos ámbitos que le son propios, pero que se excede con creces regulando cuestiones de orden sustantivo. Ante lo anterior, debe reivindicarse que la LRJCA se dedique en exclusiva a cuestiones de orden adjetivo; esto es, la determinación de aspectos de carácter competencial, de un lado y, del otro, relativos a cuestiones procesales y atinentes al control judicial. Y que sea la normativa sustantiva la encargada de establecer el marco de imposición de las autorizaciones.

Distintos motivos justifican que las cuestiones de carácter sustantivo queden excluidas de la LRJCA y, por extensión, de la LOPJ. No estoy pensando únicamente en la referencia a los «restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular» y su vinculación a la ejecución de actos administrativos, del art. 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, puesto que su desafortunada redacción podría igualmente concurrir en una norma sustantiva. Aunque sin duda, sería más apropiado que tal regulación estuviese contenida en la Ley 30/1992, allí donde se regula el ejercicio de la potestad de ejecución forzosa. De hecho, la duplicidad en la regulación de la imposición de la autorización de entrada en el marco de la ejecución forzosa acaba resultando en una clara contradicción entre la LRJCA y la LOPJ, de un lado, y el art. 96.3 de la LRJAPyPAC, del otro, puesto que este último solo exige la autorización para acceder al domicilio constitucionalmente protegido. Precisamente, la evitación de *contradicciones*

es el motivo principal para restringir el papel de la LRJCA a la disciplina de cuestiones de carácter adjetivo. Otro ejemplo de las reprochables contradicciones que acarrea que la norma adjetiva cargue con cometidos sustantivos se halla en el párrafo tercero del art. 8.6 de la LRJCA, que regula en distintos términos a los del art. 40 de la Ley de Defensa de la Competencia la imposición de la autorización de entrada para dichas inspecciones, como ya se ha visto en el Capítulo VI. Al hilo del art. 40 de la LDC y la imposición de la autorización para las inspecciones en esta materia, tampoco se explica por qué esta autorización ha merecido su inclusión en la LRJCA y no, por ejemplo, la autorización de entrada en domicilios en materia de inspecciones tributarias, por ejemplo, mucho más habituales, y que, a falta de una previsión expresa que vincule con carácter general la autorización de entrada con el ejercicio de funciones de inspección, sigue estando huérfana de juez y atribuyéndose a los juzgados de lo contencioso-administrativo por aplicación analógica de la normativa.

En fin, las aludidas contradicciones e irregularidades se evitarían si la *LRJCA se limitase a determinar el órgano judicial competente en materia de autorización contencioso-administrativa con una remisión en blanco a la ley y la Constitución allí donde la exijan* (la autorización), renunciando así a regular los supuestos en los que es exigible tal autorización. La normativa sustantiva es, en cambio, la que debería encargarse de tales extremos —cuándo es preceptiva la autorización—, los cuales le son por demás propios. Así pues, la regulación de la autorización contencioso-administrativa debe ser conjunta entre la normativa adjetiva y la sustantiva, asumiendo cada una el papel que le corresponde guardando en todo caso el debido paralelismo.

En cuanto a la normas de orden sustantivo, a mi juicio, es sustancial el papel que está llamada a desempeñar la legislación básica en esta materia y, en especial, la regulación del procedimiento común. Junto a la LRJCA, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común debería ser la norma de cabecera en relación con la autorización. Y es que la institución autorizadora está a caballo entre dos ámbitos tradicionalmente contrapuestos: el ejercicio de la función judicial y el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva. Es fruto de la primera pero se convierte en un requisito de legalidad de la segunda. Sin embargo, la alusión a la autorización contencioso-administrativa contenida en la Ley 30/1992 es casi residual, quedando completamente eclipsada por el art. 8.6 de la LRJCA.

La importancia de que la autorización contencioso-administrativa quede contemplada adecuadamente en el marco del *procedimiento común* es obvia. Se fijaría así un mínimo común denominador aplicable a todos los ámbitos de la actuación administrativa con carácter general y en relación con todas las administraciones³. Es lo que alguna doctrina

³ Sobre el alcance de esta regulación básica y del procedimiento común debe hacerse referencia, entre otras, a la crucial STC 227/1988, de 29 de noviembre, en la que el Tribunal fija el alcance de la competencia estatal para la regulación de dicho procedimiento común que incluye, como es sabido, «la

reclama como *regulación horizontal o transversal* de la autorización contencioso-administrativa⁴. Esta regulación horizontal sería a mi entender especialmente conveniente en relación con dos concretos ámbitos de la actuación administrativa ejecutiva igualmente transversales. Como se adivinará, tengo en mente la ejecución forzosa de actos administrativos, pero no puede descartarse un regulación análoga del ejercicio de las facultades de inspección, a la luz de la creciente tendencia a imponer la autorización contencioso-administrativa para la tutela de otros derechos distintos a la inviolabilidad del domicilio en el marco de las funciones inspectoras; por lo que la Ley 30/1992 podría ocuparse de la regulación básica y común de la autorización de entrada tanto en el marco de la ejecución forzosa como en el de la inspección (si finalmente en dicha norma se disciplinase el ejercicio de la inspección con carácter básico⁵). Es claro que en el marco de la ejecución forzosa —en incluso en el de la inspección—, es necesario que el legislador establezca con carácter general el aludido denominador común, determinando ante qué derechos de los administrados el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva debe atemperarse, al vincularse esta cuestión directamente con las garantías de los administrados en el marco del procedimiento; de lo cual me ocupo más adelante.

En breve, lo que interesa destacar es que la legislación básica y, en especial, la Ley 30/1992 y su disciplina del procedimiento común están llamadas a establecer este marco compartido que opere a modo de punto de referencia. Ello, claro está, sin perjuicio de que el legislador sectorial y el autonómico establezcan pautas distintas allí donde se estime conveniente y se derive de las características propias del marco de regulación y competencial de turno. Que se postule la conveniencia de un marco común de referencia en absoluto supone que deba resultar en un régimen único o uniforme de la autorización contencioso-administrativa y, en concreto, de la autorización de entrada. Todo lo contrario. Tanto la legislación autonómica y

estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los *medios de ejecución* de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las *garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento*. Cuestiones que de forma directa incluyen la autorización contencioso-administrativa.

Entre la doctrina, entre muchos otros, deben recordarse los estudios en la materia realizados por: Francisco LÓPEZ MENUDO, «La entrada en vigor de la ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *Revista andaluza de administración pública*, núm. 12, 1992, pp. 233-250; Juan José Díez SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992; Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Reflexiones sobre el Procedimiento Administrativo Común», en *RAP*, núm.131, 1993, pp. 7-34.

⁴ Se refieren a la regulación *horizontal o general* de la autorización en materia de inspección, Alfonso GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ y Fernando LORENTE HURTADO, «Inspecciones de competencia y su control judicial: aspectos constitucionales y penales», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 25, 2010, al hilo de la modificación de la LRJCA con motivo de la Ley de Defensa de la Competencia.

⁵ Sobre el olvido de la inspección, Manuel REBOLLO PUIG, «Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas», en VV.AA., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, INAP, 2004, p. 449.

especialmente la legislación especial están en mejor posición para determinar cuándo el ejercicio de las potestades administrativas ejecutivas exigen en un determinado contexto revestir características propias. Ahora bien, recuérdese que, las particularidades y distinciones que se incorporen únicamente podrán justificarse en mayores garantías para los administrados que aquellas fijadas con carácter básico y común; nunca en su rebaja.

4. ¿QUÉ DERECHOS MEREcen LA TUTELA DE LA AUTORIZACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA? LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TÍTULO I, CAPÍTULO II, SECCIÓN 1.ª, DE LA CONSTITUCIÓN.

Otra de las cuestiones primordiales en la regulación de la autorización contencioso-administrativa es la determinación de los derechos que merecen quedar protegidos bajo la égida de la autorización contencioso-administrativa. A mi juicio deben ser beneficiarios de dicha tutela únicamente los derechos fundamentales de la sección 1.ª, del Capítulo II, del Título I, de la CE. Esto es, aquellos para los que el ordenamiento jurídico reserva unos mecanismos reforzados de protección; a saber, la exigencia de desarrollo mediante ley orgánica, el recurso preferente y sumario, el procedimiento de amparo y, en ocasiones, la llamada reserva de jurisdicción. Reserva de jurisdicción que, en relación con algunos de ellos, viene impuesta por el mismo texto de la Carta Magna, como es el caso del derecho a la inviolabilidad del domicilio o el secreto a las comunicaciones; en otros casos, porque el Tribunal Constitucional así lo ha estimado en la comprensión jurisprudencial de su contenido y límites, como sucede con la libertad deambulatoria, el derecho a la integridad física o la intimidad corporal. Y, en cualesquiera otros supuestos, porque el legislador así lo estima conveniente.

Dicho lo anterior, es obvio que ni toda la actividad administrativa es susceptible de interferir en la esfera de los aludidos derechos fundamentales, ni todos los derechos fundamentales susceptibles de ser afectados por la actuación administrativa deben ser protegidos mediante la autorización. Así, por ejemplo, es lógico que en el marco de la ejecución de medidas sanitarias urgentes y necesarias para la protección de la salud colectiva se preste especial atención a derechos como la libertad deambulatoria, la integridad física o la intimidad corporal; pero no tendría ningún sentido tutelar esos mismos derechos, por ejemplo, en el marco del ejercicio de funciones de inspección. En otras palabras, que en abstracto se defienda que la autorización contencioso-administrativa debe estar abocada a la protección de derechos de carácter fundamental, no implica que esta sea exigible en cualquier contexto ejecutivo y en relación con todos los derechos fundamentales. Entiendo que sigue siendo necesario que la legislación especial distinga entre distintos tipos de autorizaciones contencioso-administrativa porque precisamente en atención al marco de la actividad administrativa y los fines que esta persigue, podrá mejor determinarse los derechos de los administrados que deben ser tutelados.

Todo ello, claro está, sin perjuicio de que en determinados contextos como por ejemplo en el marco de las medidas sanitarias urgentes y necesarias para la tutela de la salud pública, se estime que una referencia genérica al catálogo completo de los derechos fundamentales sea la mejor opción ante la gran variedad e intensidad de medidas que la administración sanitaria puede adoptar. Sin embargo, esta no me parece la mejor opción en el marco de otro tipo de funciones, como la inspectora, en la que es claro que aquello que interesa tutelar es el derecho a la intimidad y sus distintas manifestaciones, con lo que parece razonable que la legislación acote la imposición de la autorización a la tutela de estos.

Al margen de las anteriores reflexiones de índole general, es claro que si aquello que nos ocupa es la determinación de los bienes tutelados por la autorización, no puede pasarse por alto la vieja dicotomía que ha acompañado a la autorización judicial de entrada desde su irrupción en el marco jurídico administrativo. Esto es, la determinación del bien jurídico tutelado por la autorización junto al domicilio inviolable al imponerse para el acceso a los restantes lugares, edificios o espacios cuyo acceso depende del consentimiento del titular. Sin duda, en este extremo es donde con mayor premura es necesario que el legislador tome medidas desentrañando qué derecho se tutela. Y es que la difícil comprensión del precepto ha acarreado la total desvirtuación de la autorización de entrada y de la función que debe cumplir, concediéndose autorizaciones para penetrar en espacios constitutivos de propiedad privada con total y absoluta abstracción del derecho que se protege. Es debido, insisto, poner fin a tal situación.

En el Capítulo II ya he puesto de manifiesto que la autorización de entrada configurada de tal modo acaba tutelando derechos de contenido patrimonial de una forma absolutamente difusa, así como los motivos en los que sustentó mi desacuerdo con la opción de garantizar mediante la autorización de entrada el derecho a la propiedad privada. Creo que la aludida dicotomía entre domicilio y propiedad privada debe ser ya superada. A estas alturas del recorrido de la autorización judicial de entrada, y a la luz de la normativa internacional en materia de derechos humanos y del art. 10.2 de la CE, quizás convendría repensar, no ya el concepto de domicilio inviolable, sino el de intimidad. En este sentido, quizás convendría reflexionar sobre la adecuación de acoger un concepto de intimidad más amplio, cercano al de privacidad, y extender la tutela de la autorización judicial de entrada para proteger, en determinados contextos, el derecho a la intimidad que —al margen de la inviolabilidad domiciliaria— pueda desenvolverse en espacios aptos objetiva y subjetivamente para cumplir tal fin. Creo que el acogimiento de tal propuesta no resultaría forzado en el actual marco constitucional y que de hecho, sería conforme con la doctrina del TEDH que, por ejemplo, defiende que en un local de negocio es susceptible de desarrollarse la inviolabilidad domiciliaria; extremo que hasta ahora el TC no ha admitido, pero que la vía legal permitiría proteger mediante la autorización de entrada.

De otro lado, la tutela del derecho a la intimidad seguramente no se aleja de la idea que el legislador primigenio tuviera en mente, tanto en 1980 cuando se elaboró el primer proyecto de LOPJ, antes de que fuese dictada la sentencia 22/1984 por el Tribunal Constitucional; como con posterioridad cuando se tramitó la norma definitivamente en 1985; o incluso en la actualidad cuando el legislador en 2002 restringió en el marco de la expropiación forzosa la imposición de la autorización a los locales cerrados y sin acceso al público. O, en cualquier caso, creo se acerca más a la intención del legislador que la de tutelar la propiedad privada. Estas consideraciones aparte, no me parece desacertado postular la protección del derecho a la intimidad proyectado, por ejemplo, en un local de negocio como un despacho de abogados o una consulta médica y, estirando el concepto, incluso en un garaje, almacén o un trastero, u otros espacios en los que tanto objetiva como subjetivamente sea razonable que se desarrollen o proyecten aspectos privados e íntimos que quedan reservados del conocimiento de terceros. Juzgo que la protección de la intimidad entendida en este sentido resulta especialmente acertada en el marco del ejercicio de funciones de inspección, por ejemplo, dado su particular carácter inquisitivo. No creo, por el contrario, que tal tutela del derecho a la intimidad tenga sentido alguno en el marco de la mera ejecución forzosa de actos administrativos, puesto que la intimidad manifestada en un espacio sigue sin poder equipararse a la inviolabilidad domiciliaria en todos los aspectos, de modo que no toda entrada es susceptible de vulnerar dicha intimidad, sino solo aquella que —por ejemplo, por ser inquisitiva *per se*— se dirige de forma directa a su afectación.

En cualquier caso lo que debe procurarse es que la tutela del derecho a la intimidad no se articule tal como se ha venido haciendo hasta ahora en atención a la facultad de exclusión o a la configuración física del espacio en exclusiva. De estimar el legislador conveniente la opción de tutelar la intimidad proyectada en espacios no domiciliarios sería recomendable hallar una fórmula sencilla que en todo caso aludiera al derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 de la CE como objeto de tutela y que, adicionalmente, se refiriera a la configuración física del lugar y a la facultad de exclusión; o que incluso a modo y semejanza de la jurisprudencia del TEDH aluda, por ejemplo, a la expectativa razonable de que en tal espacio se desarrolle el derecho a la intimidad⁶. Creo que estos elementos permitirían, de un lado, que todos los agentes jurídicos pudiesen operar en un marco de mayor seguridad jurídica y, del otro, que los tribunales pudiesen pronunciarse al respecto en atención a unos criterios ciertos que a la larga permitirían la construcción de un cuerpo jurisprudencial que se encargara de desentrañar el contenido que debe otorgarse a la tutela del derecho a la intimidad mediante la autorización de entrada.

⁶ Entre otras la STEDH P.G. y J.H. contra Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001. El TEDH suele acudir a este criterio para referirse al derecho a la intimidad susceptible de desarrollarse fuera del domicilio y de «private premises», por ejemplo en el marco de una inspección física, de bolsas, carteras, etc. en la calle. Establece además el Tribunal de Estrasburgo, que tal consideración no es ningún caso conclusiva para determinar que existe efectivo desarrollo del derecho a la intimidad.

5. CUESTIONES COMPETENCIALES EN SUPUESTOS CONFLICTIVOS.

Otro de los extremos en los que sería acertada la participación del legislador se refiere a las cuestiones de índole competencial. Más allá de la determinación de la competencia con arreglo a criterios materiales a favor de los jueces de lo contencioso-administrativo, u orgánicos a favor de los jueces centrales en relación con las autorizaciones vinculadas al procedimiento de lucha contra la piratería en Internet, conviene dar salida cabal a las dispares soluciones por las que opta la jurisprudencia cuando se interpone un recurso frente a la resolución administrativa a la que se asocia la autorización, se solicita una medida cautelar o incluso existe una sentencia que se pronuncia sobre la legalidad de la actuación administrativa.

A pesar de la crítica que merecen las sentencias constitucionales 160/1991 y 199/1998 —sobre los efectos de la interposición de un recurso y una sentencia en el orden competencial en materia de autorización—, por la oscuridad en algunos de sus pasajes, los postulados allí planteados por el Tribunal no pueden pasarse por alto. En cualquier caso debe respetarse el derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo ejercicio no puede verse impedido no ya por el proceso de autorización o la autorización en sí, sino por la ejecución administrativa. Derecho a la tutela judicial efectiva que debe pues armonizarse con el principio de autotutela declarativa y ejecutiva de la Administración, así como con la naturaleza de la autorización contencioso-administrativa y la función que está llamada a desempeñar.

A lo largo del discurso expuesto en el Capítulo III se ha mantenido que es esencial atender la naturaleza de la autorización como instrumento de acompañamiento de la ejecución administrativa y que, por lo tanto, mientras exista acto administrativo y este sea ejecutivo procede que el órgano judicial que la norma designa como competente asuma su función y resuelva como estime conveniente la petición de autorización. Así pues, al margen de la interposición de un recurso y de la firmeza del acto, procede la petición de autorización sin que nada fuerce la alteración competencial. Si en el marco de la interposición del recurso concurre la petición de una medida cautelar o la medida suspensiva ya ha sido acordada, en tanto que el acto no es ejecutivo, deberá denegarse la autorización; lo cual tampoco implica alteración competencial alguna. Como tampoco supone alteración del orden competencial establecido por la LRJCA el hecho de que exista una resolución judicial que confirme la legalidad de la actuación administrativa, puesto que en realidad subsiste un acto administrativo cuya ejecución puede igualmente requerir la autorización en los términos que ya se han expuesto. No hay duda de que el cuadro mostrado puede generar en ocasiones conflictos, en especial si no se da trámite de audiencia a las partes, dado que el órgano judicial puede resolver sobre la petición de la autorización desconociendo las circunstancias concretas sobre la ejecutividad del acto o, incluso, si existe pronunciamiento sobre su legalidad.

De ahí que al objeto de otorgar una respuesta uniforme a las dispares opciones jurisprudenciales analizadas, podría configurarse la autorización contencioso-administrativa como una *cuestión incidental* de un proceso principal en el supuesto (a) de que se recurra en sede contencioso-administrativa el acto —con independencia, pues, de la solicitud de medida cautelar ante la eventualidad de que pudiese a posteriori peticionarse— o (b) de que exista resolución que se pronuncie sobre el fondo, para que, de conformidad con el art. 7.1 de la LRJCA, conozca de ella el órgano judicial que se encarga del asunto principal o, según el art. 103 de la misma Ley, sea competente para tramitar el incidente de ejecución de la sentencia.

Sin embargo, con ello se sacrifica en parte el modo de entender la institución autorizadora. De un lado, porque en puridad no puede concebirse como un incidente asociado a un asunto principal⁷, sino como un proceso principal *per se* en el que la jurisdicción contencioso-administrativa ejerce una función propia, que se vincula al ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva de la administración. Del otro, porque a excepción del supuesto de ejecución de sentencias entendido en el sentido estricto, en el resto de casos señalados subsiste un acto administrativo de modo que nada motiva que la autorización se asocie a un proceso judicial distinto.

Existirían, no obstante, algunos beneficios de considerar en los supuestos señalados la petición de autorización como una cuestión incidental. Así, con ello se concedería al órgano competente del proceso principal o de la ejecución de la sentencia la competencia en materia de autorización, lo cual permitiría, de un lado, guardar la coherencia entre el resultado del despacho de la autorización y del proceso principal, respetándose el derecho a la tutela judicial efectiva al evitarse las interferencias entre distintos órganos judiciales a las que alude la jurisprudencia del TC. Con esta operación, asimismo, se respetaría la finalidad a la que está abocada la resolución autorizadora puesto que, cuando existiese un pronunciamiento sobre la legalidad de la actuación administrativa, el órgano que ya hubiese conocido sobre el fondo del asunto, estaría en mejor posición que cualquier otro para expedir la autorización con las debidas cautelas para garantizar la incolumidad del derecho de turno, evitándose también duplicidades innecesarias si la resolución sobre el fondo ya contuviera el contenido aludido a entender del órgano judicial. Todo ello, a la postre, en determinados supuestos podría también aliviar la sobrecarga de los juzgados de lo contencioso-administrativo, especialmente saturados en algunas demarcaciones.

Existe, a pesar de todo, un inconveniente de gran calado derivado del traslado competencial asociado a la concepción de la petición de autorización como un proceso incidental: la restricción que supondría a efectos de la interposición del recurso de apelación que, como es sabido, cabe frente a los autos contencioso-administrativos de

⁷ Recuérdese que la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, art. 76, concibe las autorizaciones que en dicho marco puedan concederse como incidentes procesales o diligencias preliminares de un proceso posterior (Capítulo IV), y la crítica que allí se ha realizado.

los jueces provinciales y de los centrales según el art. 80.1.d) de la LRJCA. Resultaría a mi juicio demasiado forzado recoger la posibilidad de que los autos en materia de autorización dictados por los TSJ o la AN pudiesen recurrirse en casación —cuando, por ejemplo, en el marco de los procedimientos especiales de protección de derechos fundamentales solo se admite ante aquellos relativos al derecho de reunión—, y palmariamente desequilibrado que solo se admitiera ante éstos un recurso no devolutivo de súplica, del art. 79 de la LRJCA.

De ahí que, a pesar de las ventajas que reportaría poder considerar la petición de autorización como una cuestión incidental en los supuestos de recurso o existiendo una sentencia pronunciándose sobre la legalidad de la actuación administrativa, si no se atisba una solución óptima para que estos autos pueda recurrirse en los mismos términos que los dictados por los jueces provinciales y los centrales, la mejor opción es el mantenimiento de la competencia en todo caso en manos de dichos órganos, según pautan los arts. 8.6 y 9.2 de la LRJCA. Así, aquello que debe procurar el legislador es articular un cauce procesal que permita que se eviten las contradicciones e «interferencias» susceptibles de generarse en tales condiciones, lo cual se puede solventar si se permite al interesado afectado participar en el proceso de despacho de la autorización, si se exige a la Administración que aporte el expediente administrativo junto a la solicitud de autorización e, incluso, articulando un cauce procesal ágil y sumario.

En todo caso y como argumento final recuérdese que, mientras sea un acto administrativo aquello se ejecuta, pesa sobre la Administración el deber de ejercer la potestad de autotutela ejecutiva en los términos debidos de modo que, aun contando con una autorización judicial, si a posteriori la ejecutividad del acto queda suspendida, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (además de la del derecho protegido por la autorización) será atribuible a la Administración, no al órgano judicial que hubiere dictado la autorización.

6. EL PROCEDIMIENTO DE DESPACHO DE LA AUTORIZACIÓN Y EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL.

Se ha dejado en el último lugar el estudio de las cuestiones de orden procesal y tocantes al alcance del control judicial, porque, como se acaba de apuntar, la articulación de una pauta procesal cabal y el recto entendimiento de la función de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta sede, puede derivarse en la solución de muchos de los problemas que se suscitan en el marco de las autorizaciones contencioso-administrativas. Es pues, sin duda, uno de los aspectos más importantes en relación con este tema de modo que sería altamente recomendable que el legislador se pronunciara al respecto. Si ha sido capaz de ello mediante el art. 122 bis, que servirá como referente junto a la jurisprudencia recaída en relación con el resto de autorizaciones contencioso-

administrativas, podría hacerlo mediante futuras modificaciones de la Ley de la jurisdicción.

A. Sobre la ubicación de la nueva regulación procesal: un proceso especial.

No me cabe ninguna duda de que el encauzamiento del despacho de las autorizaciones contencioso-administrativas debería incorporarse en el Título V de la LRJCA, dedicado a los procedimientos especiales. Ahora bien, tal como se ha razonado al abordar el estudio del art. 122 bis, a pesar de que el objeto de las autorizaciones sea la tutela de los derechos en su mayoría fundamentales de los administrados, existen demasiados rasgos distintivos entre las autorizaciones contencioso-administrativas y el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (incluso cuando se trata de la salvaguarda del derecho de reunión).

De ahí que se estime oportuna la incorporación de un nuevo Capítulo en dicho Título, en el que se acojan, al menos y de entrada, dos artículos dedicados al proceso para el despacho de las peticiones de autorización. Uno de estos artículos incorporaría, claro está, el contenido del actual art. 122 bis. El otro podría destinarse a la regulación del cauce procesal para el despacho del resto de autorizaciones contencioso-administrativas —que no son solo, recuérdese, las que contempla el art. 8.6 de la LRJCA, puesto que omite, por ejemplo, la mayoría de autorizaciones de entrada en sede de inspección, aunque en menor o mayor medida todas ellas son susceptibles de reconducirse al concepto de autorización judicial de entrada.

Así, una vez creado el mentado Capítulo, la regulación de los asuntos procesales podría articularse con el establecimiento de unas pautas básicas y comunes para los distintos tipos de autorización contencioso-administrativa, mientras que las cuestiones menores y distintivas en relación con cada una de ellas se regularan con carácter específico y subsidiario a la regulación principal, en artículos o apartados distintos de la LRJCA. Creo que esta opción es más oportuna que la de relegar aspectos tocantes a lo procesal a las normas sustantivas que contemplan la imposición de la autorización, como de hecho, en algunas ocasiones ya ocurre; por ejemplo en la Ley de Defensa de la Competencia, en cuyo art. 40.4 se establece un plazo de 48h. para despachar la petición de autorización. Y también que la de contemplar un cauce procesal específico para cada tipo de autorización, tal como ha apuntado el legislador en el art. 122 bis, contemplando un proceso para cada una de dos las autorizaciones previstas en el procedimiento de lucha contra la piratería en Internet.

B. Sobre las partes y su intervención en el proceso.

Si bien el proceso de autorización no responde a las pautas tradicionales del proceso contradictorio que enfrenta de ordinario al ciudadano y a la Administración, es claro

que en este marco existen igualmente intereses contrapuestos y titulares a los que les corresponden dicho intereses. De ahí que no pueda más que defenderse la intervención de todas las partes mediante la celebración de un trámite de audiencia, tal como viene siendo práctica habitual en la mayoría de juzgados contencioso-administrativos y de lo que da fe la jurisprudencia de los TSJ, habiendo algunos de ellos —y, en especial, el TSJ de Madrid— elaborado una completa doctrina en relación con dicha audiencia, la cual no puede más que acogerse y trasladarse como propuesta de regulación.

Así pues la regulación procesal debería permitir que el administrado contra el que se dirige la ejecución administrativa sea llamado al proceso y pueda defender en el mismo el derecho o derechos que mediante la ejecución se viesan afectados y cuya tutela justifica en suma la intervención de la jurisdicción. Su participación, claro está, se limitará al ámbito del proceso de autorización contencioso-administrativa de modo que, las cuestiones tocantes al fondo o de legalidad no suficientemente relevantes (esto es, aparentes) quedarán excluidas y serán rechazadas. Por lo demás, es claro que el administrado, de participar, deberá hacerlo en su caso mediante abogado, como mínimo, sin que sea exigible la intervención de un procurador (*ex. art. 23.1 de la LRJCA*).

Postulada la necesidad de participación del interesado, la legislación debería tener en cuenta que, no obstante, no siempre su intervención será posible. Así su participación debería poder ser excusada en determinados contextos —aquellos en los que la tampoco sea exigible su oposición. Así, sin lugar a dudas, cuando la autorización se solicite en el marco de una inspección sorpresiva, porque de dársele trámite se podría frustrar el éxito de la misma. Tampoco podrá participar el interesado cuando este sea desconocido. Por obvio que parezca lo anterior afirmación, debe recalcar, tal como ha hecho la jurisprudencia, que en cualquier caso la Administración debe acreditar la debida diligencia en la averiguación de la identificación del interesado, pues solo entonces podrá tramitarse el despacho de la autorización prescindiendo de este. Igual de imposible será la participación del interesado, cuando la autorización vaya precisamente dirigida a su identificación, como es el caso de las autorizaciones para la cesión de datos personales, del art. 122 bis.1 de la LRJCA. Y, en último lugar, cuando en situaciones de urgencia, su participación pueda llegar a frustrar la eficacia de la ejecución administrativa; así, por ejemplo, cuando exista grave riesgo para la integridad de las personas o puedan causarse daños irreparables. En cualquier caso, y al margen de una detallada casuística, la regulación del proceso debería tener en cuenta la posibilidad de que en determinadas circunstancias y siempre a criterio del órgano judicial pudiese excepcionarse la celebración de una audiencia y la participación del administrado, junto con el resto de intervinientes: Ministerio Fiscal y Administración.

Me parece igual de justificado dar participación al Ministerio Fiscal en el proceso si resulta que son derechos fundamentales los que se deben tutelar, en atención a los arts. 124 de la CE y 541 de la LOPJ que le atribuyen la defensa «de los derechos de los

ciudadanos y del interés público tutelado por la ley», pero especialmente en atención al artículo 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, según el cual, para el cumplimiento de sus funciones corresponde al Ministerio Fiscal «[v]elar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa». Debería ser, pues, preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, en especial cuando, por ejemplo, se desconozca al interesado o su participación se omita para no frustrar la ejecución administrativa puesto que, en su ausencia, la Fiscalía podría mejor que nadie hacer valer los derechos fundamentales de aquellos.

Por último, en cuanto a la participación de la Administración, más allá del trámite de audiencia, es debido que se le exija un plus de diligencia, en primer lugar, en el escrito de petición de la autorización con indicación de todos aquellos datos imprescindibles para que pueda despacharse el proceso sin estorbos innecesarios, siendo especialmente interesante que se aporte el expediente administrativo para que el órgano judicial disponga de suficientes elementos de juicio. A estos efectos, sería interesante que el legislador tuviera en cuenta el art. 122 bis, que en su apartado primero indica que en la solicitud de autorización «se expondrán las razones que justifican la petición acompañada de los documentos que sean procedentes a estos efectos»; y que en el segundo dice que se pondrá de manifiesto el expediente administrativo para la tramitación de la petición de autorización; extremos perfectamente trasladables al resto de supuestos autorizadores.

En cuanto al trámite de audiencia en si mismo considerado, del arts. 122 bis se deduce que el legislador está pensando en una especie de vista (o vistilla, como acostumbra a denominarse en el ámbito forense), en que de forma oral las partes puedan defender sus posturas. En concreto, el art. 122 bis. 2, párrafo tercero, se refiere a «una audiencia, en la que, de manera contradictoria, el Juzgado oirá a todos los personados». Esta fórmula podría a mi juicio trasladarse a cualquier otro tipo de autorización contencioso-administrativa, aportando una mayor agilidad en comparación con la tramitación ordinaria mediante escritos.

C. La tramitación.

Los distintos trámites, incluido el de audiencia, deberían poder despacharse de forma ágil. Interesa que sea un proceso, no urgente, pero sí liviano. No existen motivos que justifiquen la concesión de plazos demasiado extensos —el órgano judicial no tiene que entrar en el fondo del asunto—, que a la postre posterguen la ejecución administrativa. Así, el tiempo de la tramitación debe ser el justo y equilibrado para que las partes puedan debidamente defender sus intereses, sin que se dilate incesariamente la ejecución administrativa. En este sentido pueden servir de referencia el proceso para el despacho de las medidas cautelares, que prevé que la audiencia se celebrará en un plazo no superior a diez días, después de la cual se resolverá dentro de los cinco días

siguientes (art. 131.1 de la LRJCA). O incluso, los plazos previstos para el despacho del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (art. 114 de la LRJCA), que son igualmente breves.

Por el contrario, los plazos contenidos en el art. 122 bis de la LRJCA en relación con las autorizaciones de los procedimientos de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, son sumamente expeditivos, incluso contándose en horas. En cualquier caso, una tramitación tan fugaz solo podría justificarse en el caso de que concurriera una situación de urgencia. Los brevísimos plazos previstos en tal artículo, sin embargo, no hallan motivación razonable en un contexto ordinario de actuación de la Administración pública —como tampoco lo hacen en el marco de la lucha contra la piratería en Internet, tal como se ha defendido ya en otro lugar de esta tesis.

Para los supuestos en los que la participación en garantía de un derecho de la jurisdicción contencioso-administrativa se enmarca en contextos de extraordinaria urgencia, en lugar de ser la intervención del órgano judicial apriorística, la legislación debería contemplar de forma expresa que esta pudiese articularse a modo de ratificación, tal como sucede en el caso de la adopción de medidas sanitarias. En especial la ratificación sería de aplicación, además de en el supuesto de las medidas dirigidas a la tutela de la salud pública, para los casos en los que la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración se materialice a través del cauce de la coacción directa, como sucede en no pocas ocasiones en el marco de la adopción de medidas provisionales o provisionalísimas en algunos procedimientos administrativos, en los que ya se ha dado cuenta de que la ejecución de un mismo contenido puede quedar exento de la garantía de la autorización (o ratificación) judicial si se materializa por la vía de la coacción directa como medida provisional, mientras que si es mismo contenido hubiese sido ejecutado como resolución finalizadora de un procedimiento en todo caso quedaría sometida a la participación del juez. La ratificación podría solventar tales incongruencias.

D. Acerca del alcance del control judicial y el contenido del auto de autorización.

En último lugar, juzgo acertado que de regularse el cauce procesal para el despacho de las autorizaciones contencioso-administrativa, el legislador dedique también parte de tal disciplina a cuajar cuál es el cometido del órgano judicial. En este sentido, me parece del todo pertinente seguir la estela del art. 122 bis.2 allí donde se dice que «[l]a decisión que se adopte únicamente podrá autorizar o denegar la ejecución de la medida», entendiéndose en sentido contrario que al órgano judicial le queda vedada toda cognición sobre asuntos de fondo y de legalidad, pero sobre todo, pronunciarse sobre ellos.

Tal concreción es extensible a todos los tipos de autorizaciones contencioso-administrativas, al ser como es sabido el rasgo primordial que las aúna. Quizás podría añadirse a tal precisión que la decisión debe ceñirse al contenido autorizador puesto que su único cometido es intervenir *en garantía de los derechos de los administrados*, tal como establece el art. 117.4 de la CE.

Por lo demás —tal como hacen el art. 91.2 de la LOPJ y los arts. 122 bis.1 y 80.1.d) de la LRJCA—, debería constar que la autorización resolverá mediante auto, que en cualquier caso será motivado y que, además, deberá incorporar un contenido mínimo para cumplir su fin. Dicho contenido son las cautelas a las que alude el TC en su jurisprudencia, y que garantizan que el desarrollo de la ejecución administrativa respetará los derechos del administrado. Como es sabido, estas cautelas se refieren a aspectos de orden temporal, espacial, personal e incluso finalista, que limitan la ejecución evitando que la autorización devenga en un apoderamiento en blanco. La referencia explícita en la legislación a este preceptivo contenido del auto será además una vía para afianzar aquella interpretación del papel de la autorización según la cual, incluso existiendo una resolución judicial que confirme la legalidad del acto administrativo, puede ser necesario que de nuevo un juez participe para garantizar la «legalidad de la entrada» —tal como define el TC la participación judicial—, fijando dichos contenidos; cuestión, en todo caso, que no puede dejarse a mi juicio a la apreciación de la Administración ejecutora, de modo que debe ser sin excepción un órgano judicial el que estime si una nueva resolución supondría una duplicidad innecesaria de resoluciones que excluye la STC 160/1991, o si, por el contrario, es debido un auto que garantice los derechos de los administrados.

VIII. FINAL.

Son muchas otras las cuestiones que se han destacado a lo largo del trabajo pero que, en este breve capítulo dedicado a unas reflexiones conclusivas y a una propuesta de *lege ferenda*, no conviene traer a colación. La mayoría de ellas porque atañen a cuestiones de detalle que no he juzgado oportuno reivindicar como objeto de regulación ya que, como es bien sabido, es más acertado que las previsiones legales sean lo más genéricas y amplias posibles para poder acoger con mayor comodidad la infinidad de supuestos particulares que en la práctica acaban sucediendo. Así, quizás convenga mejor que estas cuestiones particulares y de detalle se aclaren y resuelvan a partir de las pautas establecidas con carácter general en la legislación, mediante aportaciones doctrinales y, sobre todo, jurisprudenciales.

Por lo demás, las anteriores propuestas se inspiran en la gran jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de nuestros tribunales superiores de justicia la cual, a pesar de haber sido objeto de crítica, debe ser loada por la función que ha cumplido ante un marco legislativo tan deficiente; así como en la literatura doctrinal de la que he intentado dar debida y muy merecida cuenta. Y, por último, las proposiciones que me

he atrevido a lanzar a lo largo de las reflexiones anteriores obedecen a la voluntad última de consolidar con firmeza y sensatez la institución de la autorización contencioso-administrativa en el convencimiento de su real utilidad como mecanismo de ponderación de intereses encontrados.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Se incluye en este anexo una relación de las principales resoluciones del Tribunal Constitucional objeto de estudio en este trabajo, con el fin de facilitar al lector su identificación y búsqueda. Se citan por orden cronológico

- ♦ STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984/22). Se trata de la primera sentencia del Tribunal Constitucional en materia de inviolabilidad del domicilio, en la que se sientan las bases de la configuración, contenido y límites de este derecho, además de declarar la necesidad de que la ejecución administrativa se acompañe de la preceptiva resolución judicial cuando afecte al derecho fundamental del art.18.2 de la CE.
- ♦ STC 1/1985, de 13 de febrero (RTC 1981/5). El Tribunal discurre sobre la relación entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, que es de competencia y no de jerarquía. Introduce el concepto de leyes parcialmente orgánicas.
- ♦ STC 137/1985, de 17 de octubre (RTC 1985/137). Domicilio y personas jurídicas. El TC reconoce por primera vez en este pronunciamiento el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, aun con matices, pues estima que ello dependerá de 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*».
- ♦ STC 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987\37). Configuración del contenido esencial del derecho a la propiedad privada, que no puede dejar al margen su función social.
- ♦ STC 144/1987, de 23 de septiembre, FJ 2.º (RTC 1987/144). Configuración autorización de entrada y de la función encomendada al juez, todavía cuando eran los jueces de instrucción los competentes, en virtud del art. 87.2 de la LOPJ.

Importancia de la exclusión o reserva del control de legalidad a la jurisdicción contencioso-administrativa.

- ♦ ATC 129/1990, de 26 de marzo (RTC 1990/129). Configuración autorización judicial de entrada y el proceso de despacho de la misma: no se trata de una manifestación del *ius litigiosis* de las partes por lo que la contradicción no es necesaria.
- ♦ ATC 198/1991, de 1 de julio (RTC 1991/198). El TC interpreta en relación con la configuración autorización judicial de entrada, que sirve no solo a la tutela del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sino también de otros espacios no domiciliarios.
- ♦ STC 160/1991, de 18 de julio (RTC 1991/160). Relativa a la expropiación del casco urbano de Riaño para la construcción del pantano. Cabal sentencia en la que el TC rectifica la doctrina establecida en la STC 22/1984 sobre la duplicidad de resoluciones. En este pronunciamiento el Tribunal distingue entre la ejecución de actos administrativos y la ejecución de sentencias, y establece que en la ejecución de una sentencia, no es necesaria una nueva resolución judicial de amparo del derecho a la inviolabilidad del domicilio, siempre que la ejecución sea en línea directa o de continuidad con el fallo de tal sentencia.
- ♦ ATC 85/1992 de 30 de marzo (RTC 1992/85). Configuración autorización judicial de entrada, en especial acerca del alcance del control judicial y la no necesidad de celebración de un trámite de audiencia.
- ♦ STC 76/1992, de 14 de mayo (RTC 1992/76). Se resuelven dos cuestiones de inconstitucionalidad, en las que se estima que el art. 87.2 de la LOPJ es ajustado a la Carta Magna a pesar de atribuir a la jurisdicción penal competencias en materia de autorización administrativa, puesto que la función del juez es la de tutelar un derecho sin entrar a controlar la legalidad de la actuación administrativa.
- ♦ STC 211/1992, de 30 de noviembre, FJ 3.º (RTC 1992/211). Versa sobre la configuración autorización judicial de entrada y, siguiendo a la STC 160/1991, distingue la ejecución de sentencias y la ejecución de actos administrativos, para lo que acuña la manida expresión de «entradas administrativas».
- ♦ STC 174/1993, de 27 de mayo (RTC 1993/147). En la línea de la STC 160/1991, el Tribunal declara innecesaria la autorización de entrada para ejecutar un acto administrativo que había sido confirmado por sentencia porque la ejecución era en «en cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes».

- ♦ STC 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995/50). Conocida como sentencia de la duquesa de Hernani, el TC se ocupa de fijar las claves de la autorización judicial de entrada en el marco del ejercicio de funciones de inspección. A falta de una atribución competencial concreta, se declara aplicable por analogía el art. 87.2 de la LOPJ para las entradas en sede de inspección. El Tribunal fija también el contenido mínimo del auto de autorización para tutelar debidamente la inviolabilidad domiciliaria, evitando así que se la resolución judicial se convierta en un apoderamiento en blanco a la Administración.
- ♦ STC 199/1998, de 13 de octubre (RTC 1998/199). Importantísimo pronunciamiento del Tribunal en orden a la determinación de los efectos de la interposición de un recurso y la petición de una medida cautelar en la ordenación competencial de la autorización contencioso-administrativa. Postula el TC que el debido respeto a la tutela judicial efectiva debe procurar que no haya interferencias entre el ejercicio judicial del órgano que enjuicia la legalidad y la ejecutividad de la actuación administrativa y el de aquel que conoce de la petición de autorización, de lo que doctrina y jurisprudencia interpretan en su mayoría que procede un traslado de la competencia en materia de autorización a favor de aquel órgano judicial.
- ♦ STC 69/1999, de 1 de junio (RTC 1999/69). Domicilio y personas jurídicas. El Tribunal configura un perfil propio del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. De un lado, acota los espacios susceptibles de considerarse domicilio a aquellos «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 al conocimiento de terceros». Del otro, atenúa la intensidad del nivel de protección.
- ♦ STC 283/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000/283). Se pronuncia sobre varios elementos atinentes a la configuración autorización de entrada, entre estos el alcance del art. 87.2 de la LOPJ y las consecuencias de la interposición de un recurso.
- ♦ STC 119/2001, de 29 de mayo (RTC 2001/119). Sobre el contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio y su vulneración por la contaminación acústica.
- ♦ STC 10/2002, de 17 de enero (RTC 2002/10). El TC aborda de nuevo la delimitación del concepto constitucional de domicilio, que en esta ocasión define en atención a su aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Responde a una cuestión de constitucionalidad en relación con el art. 557 de la LECrim., que se declara

contrario al art. 18.2 de la CE, al negar el carácter de domicilio a las habitaciones de hotel.

- ♦ STC 92/2002, de 22 de abril (RTC 2002/92). El TC declara que una vez interpuesto un recurso contencioso-administrativo y estando este pendiente de resolver, la concesión de la autorización de entrada supone la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
- ♦ ATC 178/2002, de 14 de octubre, FJ 2.º (RTC 2002/178). Se pronuncia sobre varios extremos de la configuración autorización de entrada, entre los cuales destaca la configuración de la función del juez y el alcance del control que ejerce.
- ♦ STC 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003/22). El TC entiende que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho personal e individual y, por tanto, también ha de serlo el consentimiento para permitir la entrada de terceros. Ahora bien, matiza lo anterior cuando existen comoradores en un mismo domicilio, puesto que en dicho caso la confianza recíproca entre estos implica que el consentimiento de uno viene aceptada por aquel otro con el que convive.
- ♦ STC 209/2007, de 24 de septiembre (RTC 2007/209). El Tribunal matiza en este pronunciamiento la doctrina sentada en la STC 22/2003 sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio y los comoradores. Con carácter general estima que que la convivencia en un mismo domicilio no desvirtúa la facultad de exclusión de cada uno de los comoradores; ello no obstante, en algunos casos de convivencia, como los cónyuges y las parejas de hecho, sí existe un acuerdo de tolerancia sobre las entradas, de modo que el consentimiento de uno presupone el del otro.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki. *La coacción administrativa directa*, Madrid, Civitas-HAEE/IVAP, 1990.
- «La coacción administrativa directa en el ámbito de la inspección de consumo. Límites en el acceso a los locales a inspeccionar», en *REDA*, núm. 69, 1991.
- «Ejecución forzosa del acto administrativo», en MONTROYA MELGAR, Alfredo (dir.). *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid, Civitas, 1995.
- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç. «La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (I)» y «La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 0, 2002 y núm. 1, 2003, respectivamente.
- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*, Barcelona, Edisofer, 2004.
- ALBAR GARCÍA, Javier; OLIVÁN DEL CACHO, Javier; ZAPATA HIJAR, Juan Carlos. *Ejecución de sentencias, procedimientos y garantías*, vol. I., Madrid, CGPJ/Fundación Wellington, 2006.
- ALCÁCER GUIRADO, Rafael. «El derecho a la inviolabilidad del domicilio», en CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (dirs.). *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Las Rozas, Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- ALMAGRO NOSETE, José. «Aspectos procesales del proyecto de ley “antidescargas”», O’CALLAGHAN, Xavier (coord.). *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011.
- «Aspectos procesales de la Disposición Final cuadragésimo tercera de la Ley de Economía Sostenible», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2012.
- ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luís. *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Madrid, Colex, 1993.

- 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*, núm. 386, 1999.
- «El control jurisdiccional de las medidas urgentes y necesarias para la salud pública», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 478, 2001.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en Derecho público*, Madrid, Civitas, 1996.
- ÁLVAREZ-LINERA URÍA, César. «La autorización judicial para la entrada en domicilios particulares, en ejecución de actos administrativos», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1989.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín. *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2007.
- «La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas en el desarrollo de una actividad empresarial: una perspectiva tributaria», en EMBID IRUJO, Antonio (dir.). *Comercio Internacional y Derechos Humanos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.
- «La adopción de medidas cautelares al hilo de las intromisiones practicadas por los órganos de la Inspección de los tributos en el domicilio de los obligados tributarios: la dudosa constitucionalidad de algunas de las previsiones en el nuevo Reglamento de Gestión, Inspección y Aplicación de los tributos», en *Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, núm. 11, 2007.
- ALZAGA VILLAMIL, Óscar. «En torno al concepto de ley orgánica en la Constitución», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5, 2000.
- ARIAS EIBE, Manuel J. «La inviolabilidad del domicilio: dimensión constitucional y protección penal», en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Tomo 4, 2001.
- ARMENGOT VILAPLANA, Alicia. «Las nuevas funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 2, 2012.
- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique; FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael (dirs.). *Jurisprudencia contencioso-administrativa, Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Publicaciones Abella, 1998.
- ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo. «Sobre el marco constitucional de la asistencia sanitaria no consentida en el ordenamiento jurídico español», en *Derecho y Salud*, vol. 15, núm. 1, 2007.

- «La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de “urgencia vital”», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 82, 2008.
- BACIGALUPO, Mariano. *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999.
- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. «Los derechos fundamentales de las personas jurídicas», *Revista del Poder Judicial*, núm. 53, 1999.
- BAENA ALCÁZAR, Mariano. «El derecho a la intimidad y tranquilidad del domicilio y la contaminación acústica. La perspectiva judicial», en LÓPEZ MENUDO, Francisco (coord.). *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, Madrid, Iustel, 2011.
- BALLESTER CARDELL, María. *La intimidad como fundamento de la inviolabilidad del domicilio*, Palma de Mallorca, Universitat de les Illes Balears, 1998.
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentarios a la última jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo)*, Madrid, Civitas, 1996.
- BAÑO LEÓN, José María. *Potestades Administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996.
- BARCELONA LLOP, Javier. «De la ejecución forzosa de los actos administrativos a la ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 127, enero-abril 1992.
- «Cauces de control jurisdiccional de la ejecución forzosa administrativa», en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo (coord.). *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, vol. 2, Madrid, Civitas, 1993.
- *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995.
- *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2013.
- BARNÉS VÁQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, Civitas, 1988.
- (Coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo*, Madrid, Tecnos, 1995.

- BARRIO ANDRÉS, Moisés. «El procedimiento para el cierre de páginas web en el Derecho español», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 26, 2012.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. *et al. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.
- BAUCELLS I LLADÓS, Joan. *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- BAUTECAS CALETRÍO, Alfredo y APARICIO BAQUERO, Juan Pablo. «Propiedad intelectual y piratería. El nuevo procedimiento de salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en Internet. (La llamada “Ley Sinde-Wert”)» [en línea], en *Cuaderno Red de Cátedras Telefónica*, 2012. Disponible en web: <<http://catedraseguridad.usal.es>>.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Madrid, Ministerio del Interior-Civitas, 1995.
- BERBEROFF AYUDA, Dimitry. «El procedimiento para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en la jurisdicción contenciosos administrativa» [en línea], ponencia al Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, 21 y 22 de febrero de 2013. Disponible en web: <<http://www.acoes.es>>.
- BERMEJO VERA, José. «La Administración Inspector», en *RAP* núm. 147, 1998.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. «La evolución histórico-normativa de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas (1845-1956)», en *Documentación Administrativa*, núm. 209, 1987.
— *El acto ejecutivo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *La teoría del acto administrativo*, Madrid, Iustel, 2005.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl; GARCÍA LUENGO, Javier. «La potestad de dictar actos administrativos como intromisión en la libertad», en *RAP*, núm. 172, 2007.
- BOIX PALOP, Andrés. «Derechos de autor en el ámbito comunicativo», en Emilio GUICHOT (coord.). *Derecho de la comunicación*, Iustel, Madrid, 2011.
- BOIG REIG, Javier (coord.). *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid, Iustel, 2010.
- BOQUERA OLIVER, José María. *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 1985.

- CABEZUDO BAJO, María José. *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Madrid, Iustel, 2004.
- CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Granada, Comares, 2007.
- CANO CAMPOS, Tomás. «La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 8, 2005.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. *Las servidumbres administrativas. Delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico*, Valladolid, Lex Nova, 2003.
- CARRO, José Luís. «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», en *REDA*, núm. 15, 1977.
- CASAS VALLÉS, Ramón. «Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1987.
- CIERCO SEIRA, César. *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Granada, Comares, 2006.
- «Derecho a la libertad personal y protección de la salud pública: el internamiento forzoso por razón de enfermedad contagiosa. Reflexiones a propósito de la STEDH de 25 de enero de 2005, Enhorn contra Suecia», en MARTÍN REBOLLO, Luís (dir.). *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 1, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008.
- «Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres», en *RAP*, 2008, núm. 175.
- «Las medidas provisionales y el restablecimiento de la legalidad», en GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (dir.), *Legislación de industria en Aragón*, vol. II, Zaragoza, Cortes de Aragón, 2009.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco. «Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo», en *RAP*, núm. 10, 1953.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta. *Los Tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1988.
- COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución de 1978*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.
- COLOM PASTOR, Bartomeu. «Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio», en *REDA*, núms. 40-41, 1984.

- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. «El cierre de páginas web y el papel de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 807, 2010.
- «De nuevo sobre el cierre de páginas web: la necesaria naturaleza cautelar de esta medida», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 813, 2011.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, Luís *et al.* «Coordinación entre los tribunales, la Comisión y las autoridades nacionales en la aplicación de los art. 81 y 82 del TCE», en GARRIDO ESTEPÁ, Luís (dir.). *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE 1/2003*, Madrid, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2005.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego. «Autorizaciones de entrada en domicilio en el orden contencioso-administrativo. Situación actual», en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, diciembre 2005.
- CORTÉS FERNÁNDEZ, Blanca; MERRY MONEREO, Pedro; CÁRDENAS ARTOLA, Ignacio. «La Ley Sinde: funciones y disfunciones», en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 62, 2011.
- COSCULLUELA MONTANER, Luís. *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 1, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008.
- COSIALLS UBACH, Andrés Miguel. *Régimen Jurídico de la propiedad agraria sujeta a la nueva PAC*, Barcelona, Atelier.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas», en *Revista de Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María. «Las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo», en ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María (dir.). *Cuestiones sobre al competencia surgidas con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991.
- DAMIÁN MORENO, Juan, «Consideraciones en torno al procedimiento previsto para el cierre de páginas web (a propósito de la “Ley Sinde”)», en *Diario La Ley*, núm. 7455, año XXXI, 2010, ref. D-248.
- DE ALFONSO BOZZO, Alfonso. «Sobre la inviolabilidad del domicilio», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 1985.

- DE HOYOS SANCHO, Montserrat. «Las medidas cautelares de suspensión del servicio y clausura de páginas web por vulneración de los derechos de autor en Internet», en MATA Y MARTÍN, R.M. *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en Internet*, Madrid, La Ley, 2011.
- DE PALMA DEL TESO, M^a Ángeles. *Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2006.
- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, Luí María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, Luí; GUILLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil. Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*, vol. 3, Madrid, Tecnos, 2005.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Alicante, Civitas, 1992.
- ESCUADERO HERRERA, Concepción. «La delimitación de la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 2004.
- ESCUÍN PALOP, Vicente. «La intervención del beneficiario en el procedimiento expropiatorio», en *RAP*, núm. 100-102, 1983.
— *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Civitas, 2004.
- ESPÍN TEMPLADO, Eduardo. «Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991.
- ESTEVE SEGARRA, Amparo. «El proceso ordinario», en BLASCO PELLICER, Ángel; GOERLICH PESET, José María (dirs.). *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- ESTEVE PARDO, José. *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Barcelona, Ariel, 1999.
— *El desconcierto de Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. «La intervención médica en las diligencias procesales de investigación», en DE LA MATA BARRANCO, Isabel (Ed.).

- Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios (Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios celebrada en Madrid el día 24 de junio de 1999)*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 136-137.
- EZQUERRA HUERVA, Antonio. *La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública*, trabajo inédito correspondiente al ejercicio de titularidad realizado en 2002 en la Universitat de Lleida.
- «Extranjería y régimen local: la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal de habitantes», en *REDA*, núm. 114, 2008.
- «El estatuto jurídico de los usuarios de centros y establecimientos de servicios sociales», en EZQUERRA HUERVA, Antonio (coord.). *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Madrid, Iustel, 2010.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Madrid, EDER-SA, 1986.
- FARIÑAS MANTONI, Luís María. *El derecho a la intimidad*, Madrid, Trivium, 1983.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles. «La posible configuración de la propiedad intelectual como un derecho de la personalidad en el proyecto de Ley de Economía Sostenible», en O'CALLAGHAN, Xavier (coord.). *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. «El derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la actuación inspectora», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 17, 2000.
- *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Granada, Comares, 2002.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. «De nuevo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», en *REDA*, núm. 2, 1974.
- *Las Leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa, 1845-1868*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Estado, Civitas, 1998.
- FERRÁINZ AVENDAÑO, Pablo. «La proyectada reforma de la Comisión de Propiedad Intelectual de Ministerio de Cultura y el “procedimiento para el restablecimiento de la legalidad”, cuya instrucción y resolución se quiere atribuir a su propuesta

- Sección Segunda», en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 10, 2010.
- FERRERES COMELLA, Víctor. «La inconstitucionalidad de la entrada y registro en las habitaciones de hotel sin autorización judicial: ¿Una cuestión irrelevante? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 10/2002, de 17 de enero», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 2002.
- FIGUEROA NAVARRO, M^a Carmen. *Aspectos de la protección del domicilio en el derecho español*, Madrid, Edisofer, 1998.
- FONT I LLOVET, Tomás. *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Madrid, Civitas, 1985.
- FRÍAS LÓPEZ, Alejandra. «Las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 6, 2000.
- GALINDO MORELL, Pilar. «La autorización judicial de entrada en el domicilio», *Cuadernos de derecho local*, núm. 2, 2003.
- GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Madrid, Tecnos, 2010.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. «Derecho sancionador: infracciones y sanciones administrativas en materia de sanidad», en PEMÁN GAVÍN, Juan María (dir.). *Derecho sanitario aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón*, vol. II, Zaragoza, Cortes de Aragón, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La formación histórica del principio de autotutela de la Administración», en *Moneda y Crédito*, núm. 128 (homenaje al J. A. RUBIO SACRISTÁN), vol. 1, 1974.
- *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992.
- *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, Civitas, 1995.
- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, Civitas, 2004.
- *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II (duodécima edición), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. «La inviolabilidad del domicilio», en *REDA*, núm. 32, 1982.

- GARCÍA TORRES, J.; REQUEJO PAGÉS, J. L. «Derecho a la inviolabilidad del domicilio», en ARAGÓN REYES, Manuel (coord.). *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Madrid, vol. 3, Civitas, 2001.
- GARCÍA URETA, Agustín. *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- *El domicilio y su régimen jurídico*, Bilbao, Lete, 2007.
- «Protección del domicilio en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el caso de los despachos de abogados», en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández. Volumen II: Europa y América*. Eduardo, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 1992.
- GARRORENA MORALES, Ángel. «Las Leyes Orgánicas y su espuria naturaleza jurídica», *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, núm. 13, 1980.
- GIL IBÁÑEZ, José Luis. «La Comisión y la aplicación del Derecho comunitario de la competencia», en GARRIDO ESTEPÁ, Luis (dir.). *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE 1/2003*, Madrid, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2005.
- 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 MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, Julián; ARAGÓN REYES, Manuel (coords.). *La Constitución y la práctica del derecho*, vol. 2, 1998, p. 1.008.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael. *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2008.
- GÓMEZ GUILLAMÓN, Rogelio. «El artículo 87.2 de la LOPJ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. 23, 1991.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J. «La titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002.
- GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique Antonio. «El ruido, derechos fundamentales y medio ambiente. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3), de 16 de noviembre de 2004, asunto Pilar Moreno Gómez c. España», en la obra colectiva coordinada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO

- GARCÍA, *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández. Volumen II. Europa y América*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.
- GONZÁLEZ ALONSO, Augusto. «La intervención administrativa en Internet y su control jurisdiccional contencioso-administrativo. Novedades del Proyecto de Ley de Economía Sostenible», en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 10, 2011.
- GONZÁLEZ GARCÍA, José. *La facultad de exclusión del propietario*, Granada, Servicio de publicaciones de la Universidad de Granada, 1986.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. «Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos», en *REVL*, núm. 211, 1981.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La sentencia administrativa. Su impugnación y efectos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954.
- «Ejecución forzosa en Derecho administrativo», en Carlos-E MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. 8, Barcelona, Editorial Francisco Seix, S.A., 1956.
- «Unidad jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales», en el volumen colectivo *El Poder Judicial*, vol. 1, Madrid, IEF, 1985.
- «Evolución de la legislación contencioso-administrativa», en *RAP*, núm. 150, 1999.
- *Manual de procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 2002.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, vol. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. *La inviolabilidad de domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier. «La creación de órganos administrativos de defensa de la competencia por las Comunidades Autónomas», en *RGDA*, núm. 1, 2002.
- «Las investigaciones domiciliarias y el derecho a la confidencialidad en el Derecho de la competencia», en BACHES OPI, Sergio. *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, en la *Revista de Derecho de la competencia y distribución*, monografía núm. 4, 2010, pp. 218 y ss.
- *Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la competencia*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010.
- «Los derechos de los sujetos pasivos de la inspección en el Derecho de la Competencia», en en MARTÍN REBOLLO, Luís (dir.). *Derechos fundamentales y otros*

- estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 1, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008.
- GUTIÉRREZ, Alfonso; LORENTE, Fernando. «Inspecciones de competencia y su control judicial: aspectos constitucionales y penales», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 25, 2010.
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel. *El derecho a la intimidad en la nueva Ley orgánica de Protección de Datos Personales*, Madrid, Dykinson, 2002.
- HUERGO LORA, Alejandro. *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2000.
- «El delito y la falta de desobediencia y las relaciones entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 1, 2002.
- *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007
- IRURZUN MONOTORO, Fernando. «Principales innovaciones en materia de órganos, competencia y procedimiento», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 2, 1999.
- JORDANO DE POZAS, Luís. «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949.
- «El problema de los fines de la actividad administrativa», en *RAP*, núm. 4, 1951.
- KILKELLY, Ursula. «The right to respect for private and family life» [en línea], Directorate General of Human Rights, Council of Europe, 2003. Accessible en la web <www. http://echr.coe.int>
- LABACA ZABALA, M.^a Lourdes; ARIETA-ARAUNABEÑA ALZAGA, Jaione; GAMBOA URIBARREN, Blanca. «Transfusiones de sangre y Testigos de Jehová: posición de los tribunales en relación con el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados en centros sanitarios privados», en *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, núm. 6, 2008.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al.* *Derechos reales III*, Madrid, Dykinson, 2008.
- LAFUENTE BENACHES, Mercedes. *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública*, Madrid, Tecnos, 1991.
- «Sobre la constitucionalidad de la potestad de la Administración de ejecución forzosa de sus actos», en *Poder Judicial*, núm. 21, 1991.

- «Reflexiones sobre la inviolabilidad del domicilio (A propósito de la STC 160/1991 de 18 de julio)», en *REDA*, núm. 73, 1992.
- LARIOS RISCO, David (coord.). *El marco jurídico de las profesiones sanitarias*, Valladolid, Lex Nova, 2007.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. «Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho Público», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. «Propiedad privada e intervencionismo administrativo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 71, 1975.
- *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de Derecho civil IV*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- LASCUAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. «El derecho a la libertad», en CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (dirs.). *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Las Rozas, Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- LAVILLA, Juan José. «Disposición adicional séptima», en ODRIOZOLA, Miguel (dir.). *Derecho español de la competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*, vol. II, Barcelona, Bosch, 2008.
- LÓPEZ AZCONA, María Aurora. «La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2001.
- LÓPEZ MENUIDO, Francisco. *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Madrid, Civitas y Universidad de Córdoba, 1988.
- «La entrada en vigor de la ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *Revista andaluza de administración pública*, núm. 12, 1992.
- «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en *REDA*, núm. 100, 1998.
- «La intervención del juez para la defensa del domicilio ¿y también de la propiedad?», en MARTÍN REBOLLO, Luís (dir.). *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 2, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008.
- «Fin de la tutela sumaria de la posesión —interdictos— frente a la Administración pública (el atípico final de una larga polémica)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Administración y justicia. Un análisis Jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. I. España, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco. *Manual de expropiación forzosa*, Barcelona, Bayer Hnos., S.A., 1990.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando. «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en *REALA*, núm. 225, 1985.
— «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», en *RAP*, núm. 115, 1988.
- MACÍAS CASTAÑO, José María. «El desahucio administrativo: la problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional», en *REDA*, núm. 127, 2005.
- MARINA JALVO, Belén. *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Valladolid, Lex Nova, 2007.
- 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», en *Revista General del Derecho*, núm. 664-665, enero-febrero 2000.
- MARTÍN DELGADO, Isaac. *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- MARTÍNEZ CUEVAS, María Dolores. *Suspensión individual de derechos fundamentales: un instrumento de defensa de la Constitución de 1978*, Comares, 2002.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. «Unidad de jurisdicción para la Administración pública», en *RAP*, núm. 49, 1966.
— *Materiales para una Constitución: los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado*, Madrid, AKAL, 1984.
— «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional», en *RAP*, núm. 115, 1988.
— «El ruido en la reciente jurisprudencia», en *RAP*, núm. 125, 1991.
— «El ruido de los grandes aeropuertos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en IGLESIAS PRADA, Juan Luis (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Vol. IV, Madrid, Civitas, 1996.
— «Nueve puntos sobre el procedimiento de protección de los derechos fundamentales en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, Atelier, 2003.
— «El ruido: una pesadilla del Justicia», en *Revista interdisciplinar de gestión ambiental*, núm. 58, 2003.

- «El ruido: reciente respuesta legal y jurisprudencial», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 1, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2006.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. «Reflexiones sobre el Procedimiento Administrativo Común», en *RAP*, núm. 131, 1993.
- *Instituciones de Derecho administrativo*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.
- MATÍA PORTILLA, Francisco Javier. *El derecho a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel. «Procedimientos administrativos: finalización y ejecución», en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dirs.). *La nueva Ley de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Tecnos, 1993.
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco. «El régimen de la autotutela ejecutiva en el ordenamiento constitucional», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 11, 2006.
- MORELL OCAÑA, Luís. «El aislamiento conceptual de la actividad técnica de la administración: tres claves para un problema», en SOSA WAGNER, Francisco (coord.). *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 2, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2002.
- MORÓN LERMA, Esther. «La libertad de entrada en los centros de trabajo y la inviolabilidad del domicilio», en ESPUNY TOMÁS, María Jesús y PAZ TORRES, Olga (coords.). *La inspección de trabajo 1906-2006*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los Derechos fundamentales en el Derecho constitucional español*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, 1989.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Madrid, Iustel, 2006.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio. «La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2009.
- NIETO, Alejandro. «Los orígenes de los Contencioso-Administrativo en España», en *RAP*, núm. 50, 1966.

- «Sobre la tesis de PARADA en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo», en *RAP*, núm. 57, 1968.
- «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», en *RAP*, núm. 112, 1987.
- O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales e hipotecario*, vol. 3, VLEX, Id VLEX-215170.
- (coord.). *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011.
- OLIVÁN DEL CACHO, Javier. «La autorización judicial para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular: aspectos prácticos», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 25, 2011.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David. «Las descargas ilegales en Internet: el contexto jurídico europeo de la Ley Sinde», en *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm. 11, 2011.
- OROZCO PARDO, Guillermo *et al.* «Artículo 7. Respeto de al vida privada y familiar», en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luís. *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 133 y ss.
- PADRÓS REIG, Carlos; ROCA SAGARRA, Joan. «La armonización europea en el control judicial de la administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 136, enero-abril 1995.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón. «Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso», en *RAP*, núm. 55, 1968.
- «Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo», en *RAP*, núm. 59, 1969.
- *Derecho Administrativo I. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- PARDO FALCÓN, Javier. «Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 34, 1992.
- «Art. 18.1. Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», en CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (dirs.). *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Las Rozas, Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública», en *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, 1989.
- *Crisis y renovación del Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991.

- PAREJO ALFONSO, Luciano *et al.*, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 1, Barcelona, Ariel, 1996.
- PASCUA MATEO, Fabio. «Las entradas administrativas en inmuebles de propiedad privada», en MARTÍN REBOLLO, Luís (dir.). *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 1, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008.
- PASCUAL LÓPEZ, Silvia. *La inviolabilidad de domicilio en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, 2001.
- PECES MORATE, Jesús Ernesto. «La entrada en el domicilio o en otros lugares cerrados para la ejecución de actos de la Administración. Hacia un modelo garantista», en *Jueces para la democracia*, núm. 21, 1994.
- PEMÁN GAVÍN, Juan María. «Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Madrid, Civitas, 1991.
- «Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre», en *Revista del poder judicial*, núm. 74, 2004.
- PEMÁN GAVÍN, Juan María; EZQUERRA HUERVA, Antonio. «La población municipal: la regulación de la vecindad administrativa y del estatuto del vecino», en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Madrid, Civitas, 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. «El sistema de los derechos fundamentales», en PECES-BARBA, Gregorio; RAMÍREZ, Miguel Ángel. *La Constitución a examen. Un estudio académico veinticinco años después*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2007.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- *Las fuentes del Derecho*, Madrid, Tecnos, 2008.
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luis. «Testigos de Jehová: entre la autonomía del paciente y el paternalismo justificado», en *InDret*, núm. 2, 2010.
- PLAZA ARRIMADAS, Lorenzo. «La inviolabilidad del domicilio», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 216, 1982.
- PONS CÀNOVAS, Ferran. *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

- PULIDO QUECEDO, Manuel. «Ejecución de sentencia contencioso-administrativa y autorización judicial de entrada en domicilio», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 17, 1998 (Tribuna). Acceso a través de www.westlaw.es, referencia BIB 1998/1782.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. «La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. Especial referencia a la de las empresas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás. «Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho», en *REALA*, núm. 229, 1986.
- «Tutela judicial efectiva y garantía judicial de la inviolabilidad del domicilio (STC 199/1998, de 13 de octubre)», en *Sentencias de TSJ y Ap y otros Tribunales*, vol. V, Pamplona, Aranzadi, 1998. Acceso a través de www.westlaw.es, referencia BIB 1998/1177.
- REBOLLO PUIG, Manuel. «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (coord.). *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, vol. 1, Madrid, Civitas, 1993.
- Manuel REBOLLO PUIG, «Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas», en VV.AA. *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, INAP, 2004.
- «Concepto de sanción administrativa», en REBOLLO PUIG, Manuel *et al.* *Derecho Administrativo Sancionador*, Valladolid, Lex Nova, 2010.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma. «De la suspensión de los derechos y libertades (art. 55)», en CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (dirs.). *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Las Rozas, Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El Estado vigilante*, Madrid, Tecnos, 2000.
- RIVES SEVA, Antonio Pablo. «La autorización judicial de entrada en domicilio para la ejecución forzosa de los actos de la Administración», [en línea], marzo de 2012, disponible en web: <<http://noticias.juridicas.com/articulos>>.
- ROJÍ BUQUERAS, José María. «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», en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2000.

- RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José. *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2005.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel. *La tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Madrid, Iustel, 2013.
- RUBÍ NAVARRETE, Jesús. «El tratamiento de los datos de salud y la legislación sobre protección de datos», en GUERRERO NAVARRO, José (dir.). *Salud pública y Derecho administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel. «La autorización judicial de entrada en el domicilio como límite sustantivo a la ejecución de las potestades administrativas» [en línea], julio de 2012, disponible en web: <<http://www.urbeetius.org>>.
- RUIZ RISUEÑO, Francisco. *El proceso contencioso-administrativo, Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, (9.ª edición), Madrid, Colex, 2012.
- SAÍNZ DE VARANDA, Ramón. *Colección de leyes fundamentales*, Zaragoza, Acribia, 1957.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual; XIOL RÍOS, Juan Antonio; FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. *Jurisdicción y competencia en el proceso contencioso-administrativo*, Barcelona, Bosch, 2002.
- SALAS CARCELLER, Antonio. «El papel y las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual: la base de la Comisión», en O'CALLAGHAN, Xavier (coord.). *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011.
- SÁNCHEZ DE LAMADRID, C.; MORILLO-VELARDE DEL PESO, J. A. «La garantía judicial de los derechos concretos: la Administración, el domicilio y los interdictos», *La Ley*, 1989-1.
- SÁNCHEZ DOMINGO, M^a. Belén. *Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código Penal*, Granada, Comares, 1998.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2009.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco; PUNZÓN MORALEDA, Jesús. «La responsabilidad médica y la problemática del consentimiento informado en la jurisprudencia española. Especial atención a su problemática en referencia a los Testigos de Jehová», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 45, 2008.

- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo I* (1988), Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, reimpresión 1991.
- *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. 2, Madrid, Iustel, 2009.
- SANZ ACOSTA, Luis. «La publicación de la llamada “Ley Sinde” y la cuestión de la suficiencia de control judicial en ella contemplado», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2011.
- SANZ GANDÁSEGUI, Francisco. «La ejecución de los actos administrativos que requieren entrada en domicilio», en *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1.688, 1993.
- SEMPERE RODRÍGUEZ, César. «El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen», en ALZAGA VILLAMIL, Óscar (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. 2, Madrid, Cortes Generales Editoriales de Derecho reunidas, 1997.
- SOSA WAGNER, Francisco. «Ejecución forzosa e inviolabilidad del domicilio», en *REDA*, núm. 14, 1977.
- SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (coord.). *Práctica del proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Civitas, 2002.
- TARDÍO PATO, José Antonio. «Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 38, 2004.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro J. «Constitución y legislación antiterrorista», en *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, 2008.
- TESO GAMELLA, Pilar. *Medidas cautelares en la justicia administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo. *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1996.
- TORNOS MAS, Joaquín. «Ejecución de sentencias favorables a la Administración y medidas cautelares», en *Justicia Administrativa: revista de Derecho Administrativo*, núm. 15, 2002.
- TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel. «El arbitraje de Derecho administrativo», en *RAP*, núm. 143, 1997.
- VALERO HEREDIA, Ana. «Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego. A

propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 de julio en el Caso de los Testigos de Jehová», en *Parlamento y Constitución*, núm. 6, 2002.

VELASCO SAN PEDRO, Luís Antonio. «La regulación económica como barrera a la competencia: liberalización y política de mejora de su calidad», en GUILLÉN CAMARÉS, Javier (dir.). *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011.

La Vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos, V Congreso Hispano-Italiano de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976.

VÍRGALA FORURIA, Eduardo. «La suspensión de derechos por terrorismo en el Derecho español», en *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994.