

Entre los derechos a la inviolabilidad del domicilio y de propiedad: la protección de los inmuebles privados frente a las visitas de la Administración¹

Sumario: RESUMEN. I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHOS AFECTADOS: LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y LA PROPIEDAD PRIVADA. III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO Y EL DERECHO COMUNITARIO. 3.1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3.2. La regulación de las visitas de los agentes de la comisión en el derecho comunitario. IV. EL FRAGMENTARIO RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL. V. PROPUESTA PARA UNA REGULACIÓN GENERAL. 5.1. Condicionamientos formales: la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley 30/1992. 5.2. Requisitos subjetivos: la condición funcionarial del personal que lleve a cabo las entradas. 5.3. La necesidad o no de autorización judicial. 5.4. Horario. 5.5. Comunicación al titular y presencia de testigos. 5.6. Levantamiento preceptivo de acta e inscripción de la vista en registro público.

RESUMEN

Se aborda en este trabajo una propuesta de regulación general de las entradas de los agentes de la Administración en los inmuebles de titularidad privada que no tengan condición de domicilio, tanto a efectos de ejecutar actos administrativos firmes, como en el curso de una inspección. El punto de partida es la idea de que tales propiedades —generalmente fincas rústicas o locales urbanos dedicados

★ Secretario General de la Asamblea de Madrid. Profesor doctor de Derecho administrativo. Letrado de las Cortes Generales.

¹ Este trabajo es una versión actualizada y ampliada de la colaboración presentada al Libro Homenaje al Profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Derechos fundamentales y otros estudios, vol. I, Zaragoza, 2008, pp. 909 y ss. El año transcurrido desde la entrega del trabajo me ha permitido una importante puesta al día que es la que se presenta en estas páginas.

a algún tipo de actividad económica— aunque no se encuentran protegidas por las técnicas previstas en el artículo 18.2 CE sí han de rodearse de una serie de garantías que, sin volver imposible la actuación de la Administración, proteja lo que no deja de ser objeto de todo un derecho fundamental como es el de propiedad privada. A continuación se ofrece un examen del panorama legislativo en España, así como un vistazo a la normativa procedente del derecho comunitario y de la jurisprudencia del TEDH, del que destaca la falta de regulación general y la heterogeneidad de regímenes previstos en nuestro derecho. A partir de tales datos se propone introducir una regulación específica en la Ley 30/1992 que establezca las formalidades mínimas para todo procedimiento de entrada, entre las que se incluyen la reserva a funcionarios debidamente identificados del ejercicio de esta potestad, la posible sujeción a autorización judicial para ciertos supuestos, la comunicación previa o coetánea al titular o responsable del inmueble y el correspondiente levantamiento de acta.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las facultades más típicas del derecho de propiedad, ese derecho calificado de “sagrado e inviolable” por el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789², hoy sometido a la profunda delimitación que entraña su “función social” por el artículo 33.2 CE, es el derecho de exclusión de terceros en su uso, en el caso de bienes muebles, uso y acceso, en el de inmuebles. Así, el artículo 388 del Código Civil, autoriza a todo propietario, a “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”, consagrando, por cierto, la inversión de la regla tradicional en nuestro derecho, que, en aras a proteger los derechos de los ganaderos trashumantes, vedaba este tipo de actuaciones. Sin embargo, es también una potestad de larga tradición la que permite en numerosos supuestos a los agentes de las Administraciones Públicas la entrada a dichas propiedades —siempre que no constituyan domicilio— sin necesidad del consentimiento del titular ni resolución judicial, bien en el ejercicio de sus funciones inspectoras, bien con el fin de proceder a la ejecución forzosa de un acto administrativo, aspecto éste sobre el que nos detendremos algo menos por encontrarse un poco más asentado su tratamiento en la legislación, la práctica, la doctrina y la jurisprudencia. A lo largo de las próximas páginas vamos a ir exponiendo los principales problemas jurídicos de un tema de indudable repercusión en tanto técnica de limitación de un derecho de rango constitucional, pero que, sin embargo, ha recibido escasos comentarios generales por parte de la doctrina, que

² Precepto que reproduce las tesis liberales acerca de la incapacidad del Estado para privar a un hombre de su propiedad sin su consentimiento. Así, vid. LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, Second Treatise, Chap XI, 138, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

se ha limitado con toda frecuencia a menciones ligadas a estudios de las leyes especiales en las que se contempla y regula³.

Su origen y justificación se encuentra, naturalmente, en el reconocimiento a lo largo del siglo XIX del poder de policía por parte de la Administración en las relaciones de sujeción general⁴, poder que facultaba a los poderes públicos, entre otras importantes potestades, a entrar en inmuebles privados bajo determinadas condiciones y encontró un importante desarrollo en la acción administrativa de mantenimiento del orden público sanitario, donde los poderes gubernativos eran particularmente intensos con el fin de prevenir las entonces frecuentes epidemias⁵, así como en el derecho tributario, con privilegio de la Hacienda para garantizar el cobro de sus deudas que permitía incluso el acceso al domicilio del obligado sin necesidad de recabar autorización judicial a lo largo del procedimiento de apremio. Algo más tarde, la protección del dominio público, sobre todo en sectores como el ferroviario⁶, que requerían de un especial cuidado e inspección, reforzó esta potestad administrativa.

Durante cierto tiempo la extensión de esta facultad encontró límite siquiera en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, de modo que en determinadas circunstancias se admitieron entradas administrativas sin orden judicial ni consentimiento del titular⁷. Aún hoy, no faltan ordenamientos, muy cercanos, por

³ Entre los pocos trabajos disponibles, véase AGIRREAZKUENAGA, I., La coacción administrativa directa en el ámbito de la inspección de consumo: límites en el acceso a locales a inspeccionar, REDA, núm. 69, 1991, pp. 43 y ss.; BAÑO LEÓN, J.M.^a, Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 185 y ss. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., El derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la actuación inspectora, Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 17, diciembre 2000, pp. 219 y ss.

⁴ Una justificación y limitación en su extensión en un autor de la época puede encontrarse en COLMEIRO, M., Derecho administrativo español, tomo 1, imprenta y librería de Eduardo Martínez, Madrid, 1876, pp. 344 y ss. Asimismo, teoriza sobre su naturaleza MERKL, A., Teoría general del Derecho Administrativo, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 315 y ss.

⁵ Así, los artículos. 23 a 25 de la Ley de 28 de noviembre de 1855 sujetaban a visita, por razones sanitarias, a todos los buques que llegaran a puertos de la Península e Islas adyacentes, sin la cual no se les admitía a libre plática ni se les permitía dejar en tierra mercancías o pasajeros.

⁶ Destaca a estos efectos la sistemática de normas como la Ley de policía de ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, que tipificaba como delito, en los términos fijados por el Código Penal, la resistencia a los empleados de los caminos de hierro en el ejercicio de sus funciones. Véase SANTA-MARÍA DE PAREDES, V., Curso de Derecho Administrativo, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1886, pp. 578 y ss. Asimismo, por Real Orden de 19 de julio de 1850 se reguló la visita de los guardas forestales a las casas, talleres y demás establecimientos dentro del monte y a dos mil varas de él. Vid. COLMEIRO, M., Derecho administrativo español, tomo segundo, Imprenta y librería de Eduardo Martínez, Madrid, 1876, p. 152.

⁷ Así, durante la vigencia de la Constitución de 1869, pero también durante la de 1876, se admitía que la autoridad penetrara en el domicilio directamente en casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, de agresión ilegítima procedente de dentro o para auxiliar a persona que desde allí pidiera socorro. Vid. COLMEIRO, M., Derecho administrativo español, tomo 1, op. cit., p. 532. Durante la II República, aunque la Constitución de 1931 nada preveía al efecto, la Ley de Orden Público reiteraba idénticas previsiones, no sin ciertas críticas doctrinales. En este sentido, véase PÉREZ SERRANO, N., Tratado de Derecho Político, (edición de su hijo, N. Pérez Serrano Jáuregui), Civitas, Madrid, 1984, p. 618. En fin, durante la dictadura del General Franco, ni el Fuero de los Españoles de 1945, ni la Ley de Orden Público, regularon una garantía judicial previa, sino que los registros se producían con orden gubernativa y sólo una vez producidos, y no en todas las ocasiones, se remitía al juez copia de las actuaciones, para que, en su caso, se depuraran

lo demás, al nuestro, en los que se admite bajo ciertas condiciones la facultad de la Administración para acceder a los domicilios particulares. Es el caso de la Constitución italiana de 1947, cuyo artículo 14, en su último párrafo, establece que “se regularán por leyes especiales las verificaciones e inspecciones realizadas (en el domicilio) por motivos de higiene y salubridad públicas o con fines económicos y fiscales”. En una línea similar se sitúa el artículo 13 de la Ley Fundamental de Bonn, conforme al cual, “Los registros sólo podrán ser ordenados por la autoridad judicial y, *cuando sea peligroso demorarlos, por los demás órganos previstos en las leyes y únicamente podrán realizarse en la forma establecida*”; por otro lado, el apartado 4, añadido en 1998, dispone que “en la defensa frente a peligros inminentes para el orden público, especialmente frente a un peligro para la comunidad o para la vida, los medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas sólo podrán ser utilizados en base a una autorización judicial”, aunque “si la demora implicare un peligro inminente, la medida puede ser autorizada por otro órgano predeterminado por la ley”, sin perjuicio de lo cual, “una resolución judicial deberá ser solicitada sin dilación”.

No obstante, el artículo 18.2 de la CE de 1978 es taxativo al respecto, y hoy no cabe duda en España de que toda medida de registro o de acceso a un domicilio con el fin de ejecutar forzosamente una sentencia, requiere la correspondiente autorización judicial. Lo mismo vale para el ámbito administrativo, dentro del cual el Tribunal Constitucional⁸ ha establecido tajantemente la necesidad de que cuando la ejecución forzosa de un acto administrativo requiera la entrada en un domicilio se obtenga previamente mandamiento judicial por parte de la jurisdicción ordinaria primero, de la jurisdicción contencioso-administrativa después, todo ello sin perjuicio del derecho del afectado a interponer recurso contencioso-administrativo contra el acto que se pretende ejecutar. En estas páginas vamos a abordar una cuestión ulterior como es el régimen de entradas administrativas en recintos de titularidad privada pero que no se encuadran dentro de lo que usualmente se reputa como domicilio a efectos de estar protegidos, *ope constitutione*, por la garantía judicial.

II. DERECHOS AFECTADOS: LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y LA PROPIEDAD PRIVADA

El primer aspecto que debe determinarse es el del fundamento constitucional de la protección de los locales y espacios cerrados de titularidad priva-

los excesos producidos. ROYO VILLANOVA, A., Elementos de Derecho Administrativo, tomo 1, Santarén, Valladolid, 1950, pp. 386 y ss.

⁸ STC 22/1984, de 17 de febrero. No obstante, la STC 160/1991 precisó que esta autorización no sería necesaria en el caso de que el acto administrativo haya sido declarado conforme a derecho por sentencia firme que resuelva un recurso contencioso-administrativo. Un comentario a la misma puede encontrarse en LAFUENTE BENACHES, M., Reflexiones sobre la inviolabilidad del domicilio (a propósito de la STC 160/1991, de 18 de julio), REDA, núm. 73, enero-marzo 1992, pp. 79 y ss.

da frente a la actuación de la Administración. Precisamente, son dos las referencias que *prima facie* pueden considerarse. Ante todo, la inviolabilidad del domicilio, regulada en el artículo 18.2 CE, según el cual, ninguna entrada o registro pueden practicarse en él sin consentimiento de su titular o autorización judicial, salvo en caso de flagrante delito. Junto a ella, el derecho de propiedad privada, reconocido en el artículo 33.1 CE. Centrándonos por ahora en el primero de ellos, destaca en primer término la existencia de una amplia jurisprudencia constitucional acerca de la extensión de esta categoría. Como principio general, el Tribunal Constitucional señala que el concepto constitucional de domicilio tiene mayor amplitud que el jurídico privado o jurídico administrativo y no admite “concepciones reduccionistas”⁹. El rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el artículo 18.2 CE reside en la “aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual”, lo que ha de deducirse de signos externos, entre otros, “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”, si bien estas notas no son decisivas por sí mismas, sino en la medida en que traslucen el destino apuntado¹⁰. Así, se ha reconocido como posible domicilio a las habitaciones de hotel¹¹, a las de las residencias militares¹²; al domicilio social de las personas jurídicas¹³, o a los garajes y trasteros de la vivienda habitual¹⁴.

Todas estas sentencias han permitido a algún importante sector doctrinal hablar de un concepto constitucional de domicilio, que, presente en la Ley Fundamental, se ha ido perfilando en cada caso concreto por el Tribunal Constitucional¹⁵. Es ésta, sin embargo, una teoría discutible. En realidad, como se sabe, 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 (para éstos, art. 5 de la LOPJ). Ello no significa, en cambio, que uno y otros no tengan nada que decir a la hora de precisar las concepciones constitucionales. De hecho, el legislador, no

⁹ Por todas SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5, y 10/2002, de 17 de enero, FJ 6 *in fine*.

¹⁰ STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ.2.

¹¹ STC 10/2002, de 17 de enero, que declara la inconstitucionalidad del artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la medida en que, de modo absoluto, impide que se puedan calificar como tal dichos espacios (FJ.9).

¹² STC 189/2004.

¹³ STC 23/1989, de 2 de febrero, FJ.2, entre otras.

¹⁴ STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ.9.

¹⁵ Así, MATÍA PORTILLA, F. J., *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 217 y ss., donde se inclina por una concepción estricta del domicilio constitucionalmente protegido, ligada a la noción penal de morada, sin perjuicio de las potestades que ostenta el legislador para, en atención a la protección de otros derechos, como el de propiedad, extender técnicas similares de protección a otros espacios. En cambio, señala su carácter problemático LÓPEZ RAMÓN, F., *Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 225, enero-marzo 1985, pp. 47 y ss.

es un mero ejecutor de la Constitución (STC 194/1989), de manera que se encuentra vinculado de manera negativa a ésta, es decir, que no está forzado a detallarla, como hace el reglamento respecto de la ley, sino que basta con que no la vulnere. Es éste el sentido que emana de la muy razonable jurisprudencia en torno a la capacidad del legislador para definir términos jurídicos empleados en la Constitución, que se encuentra limitada sólo en la medida en que con ello se introduzcan confusiones que reduzcan la garantía constitucional, expuesta sobre todo en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, en relación con la definición legal de delito flagrante como excepción, ya citada, a la autorización judicial para entrar en un domicilio sin consentimiento de su titular.

Dice al efecto el FJ.8.A:

“La Constitución «no surge, ciertamente, en una situación de vacío jurídico, sino en una sociedad jurídicamente organizada» (STC 108/1986, fundamento jurídico 16) y esta advertencia es de especial valor cuando se trata de desarrollar o, en su caso, interpretar los conceptos jurídicos que el Texto fundamental ha incorporado, conceptos que pueden tener —así ocurre con el de «flagrancia»— un arraigo en la cultura jurídica en la que la Constitución se inscribe y que deben ser identificados, por lo tanto, sin desatender lo que tempranamente llamó este Tribunal las «ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los Jueces y, en general, los especialistas en Derecho» (STC 11/1981, fundamento jurídico 8). Ideas y convicciones que contribuyen así, en cada momento, a delimitar una imagen del Derecho, o de los conceptos que lo perfilan, que resulta indispensable, como dijimos en la Sentencia citada, para reconocerlo o no subsistente en las regulaciones de las que pueda ser objeto, esto es, para captar, en definitiva, lo que la Constitución llama su contenido esencial (art. 53.1 de la Constitución). Sin embargo, *ello no supone que le esté vedado a la Ley desarrollar ese contenido y regular qué deba entenderse por delito flagrante a los efectos de la entrada en domicilio sin autorización judicial. Incluso tal regulación legal podría estar justificada*, como señalan la Fiscalía General y la Abogacía del Estado, para alcanzar una mayor seguridad jurídica en la aplicación del precepto constitucional y de las normas legales en conexión con él. El legislador actúa aquí no para precisar «el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución», y por tanto, dictando una norma meramente interpretativa de la Constitución [STC 76/1983, fundamento jurídico 4.c), 227/1988, fundamento jurídico 3 y 17/1991, fundamento jurídico 7], sino en la función que le corresponde de reflejar o formalizar en su norma el sentido de un concepto presente aunque no definido en la Constitución. Esta labor legislativa puede estimarse necesaria a fin de proporcionar a los titulares del derecho y a los agentes de la autoridad una identificación segura de la hipótesis en la cual será legítima la entrada forzosa en domicilio por delito flagrante, designio de certeza que no puede decirse irrelevante o caprichoso, dada la trascendencia que tiene la valoración acerca de una entrada en domicilio que se intente o se lleve a cabo

con invocación de tal causa. *Por consiguiente, no cabe tachar de inconstitucional la formalización legislativa del concepto de delito flagrante a efectos de la entrada en domicilio, y ello sin perjuicio que esa regulación legal ha de respetar el contenido esencial del derecho de acuerdo a lo que establece el artículo 53.1 C.E.*, aunque en tal caso la tacha de inconstitucionalidad no estaría en la existencia misma de la norma, sino en su contenido”.

Si pasamos al plano de la legislación positiva, veremos que esta posibilidad esbozada ha sido utilizada con cierta generosidad por parte de las Cortes, en especial en el Código Penal de 1995¹⁶, cuyo artículo 203 regula, dentro del delito de allanamiento de morada, la entrada ilegal en distintos espacios más o menos privados. Dispone en este sentido su primer párrafo que “será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el *domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura*”. Algo más adelante, el artículo 241, dentro de la tipificación de los delitos de robo —diferenciados tradicionalmente del simple hurto por producirse con violencia sobre personas o con fuerza en las cosas, circunstancia que es la que ahora nos interesa— establece una pena agravada cuando éste “se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias”, entendidas éstas como “sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física” (art. 241.3). Con una antigüedad ciertamente mayor, merece mención el artículo 554.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que reputa domicilio a los “buques mercantes nacionales”. En el ámbito tributario, el domicilio fiscal se regula en el artículo 48 de la LGT¹⁷, según el cual para las personas físicas lo será el lugar donde tengan su residencia habitual, si bien para quienes desarrollen principalmente actividades económicas la Administración tributaria podrá considerar como domicilio fiscal el lugar donde esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de las actividades desarrolladas, y, si éste no pudiera establecerse, prevalecerá aquél donde radique el mayor valor del inmovilizado en el que se realicen las actividades económicas. Para las personas jurídicas, su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios, pues en otro caso se atenderá al lugar en el que se lleve a cabo dicha gestión o dirección. Cuando no pueda determinarse el lugar del domicilio fiscal de acuerdo con los criterios anteriores prevalecerá aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado. En fin, por no apurar argumentos, desde el punto de vista del derecho civil, “el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual”

¹⁶ Aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre. Un estudio sobre la evolución histórica de la protección penal al domicilio en España puede encontrarse en SÁNCHEZ DOMINGO, M.^aB., El delito contra la inviolabilidad del domicilio: rasgos característicos de su evolución histórica, *Studia Carande*, núm. 4, 1999, pp. 293 y ss.

¹⁷ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

(art. 40 CC), mientras que para las personas jurídicas, si nada se dispone en su norma o negocio fundacional, “se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto” (art. 41), aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil amplía a sus efectos este último a los lugares donde tengan establecimientos abiertos al público¹⁸.

En definitiva, no existe una prohibición al legislador para ampliar las garantías previstas en el artículo 18.2 CE a espacios que no constituyen necesariamente domicilio, y, de hecho, la amplia jurisprudencia mencionada lo que hace es determinar, en supuestos en los que los poderes públicos se resisten a aplicar tales garantías, si dicha actitud es o no conforme con la Constitución. Por lo tanto, el legislador no puede reducir el concepto de domicilio en detrimento del contenido esencial del artículo 18.2 CE, pero sí puede ampliarlo cuando estime oportuno proteger con sus garantías situaciones inicialmente no previstas en la norma. Por ello no plantea problema alguno a la construcción que estamos sosteniendo la jurisprudencia constitucional, expuesta en la STC 69/1999¹⁹, que ha negado que ostenten necesariamente la condición de domicilio los locales de negocios y otros inmuebles, señalando que no puede confundirse el derecho aquí mencionado “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”, porque una cosa es sostener que la garantía del artículo 18.2 CE cubre tales recintos, cuestión ciertamente de defensa más que problemática, y otra que no puedan por vía legislativa extenderse dichas cautelas a ámbitos no previstos por el texto constitucional²⁰.

Si lo anterior no bastara para plantear la necesaria protección, en los términos precisos que no impidan la actuación administrativa de inspección o la ejecución de sus propios actos por la Administración, puede acudir también al derecho de propiedad privada, que goza de rango constitucional, por más que su protección resulte algo menos intensa que la de los previstos en los artículos 15 a 29 CE. Ello es tanto más evidente cuanto que es una doctrina asentada en el Tribunal Constitucional la que reconoce la existencia de un derecho a la tutela judicial de la propiedad, anclado no sólo en el artículo 33 CE, sino también en el artículo 24.1 CE, y así se ha señalado en distintas Sentencias, como la 166/1986²¹, donde se afirma que “las leyes singulares de expropiación inciden sobre el derecho a la tutela judicial de la propiedad, que el artículo 24.1 de la misma Constitución garantiza a los propietarios” y, sobre todo, por lo enérgico del pronunciamiento y por lo reciente del mismo, la 48/2005²², que recuerda que toda injerencia en

¹⁸ Artículo 51 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹⁹ STC 69/1999, de 26 de abril, F.J.2.

²⁰ En un sentido parecido, GONZÁLEZ NAVARRO, F., La regulación de los procedimientos administrativos en la Ley de Defensa de la Competencia, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 9, 1990, p. 56, donde señala cómo el concepto de domicilio ha de reputarse más amplio de lo usual a tenor de la dicción del artículo 34 de la Ley 16/1989.

²¹ STC 166/1986, de 19 de diciembre, F.J.12.

²² STC 48/2005, de 3 de marzo, F.J.7.

un derecho fundamental debe resultar proporcionada y lo mismo sucede con las que atañen al derecho de propiedad, doctrina, añade, que “es coincidente, por lo demás, con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que a propósito del derecho a la propiedad privada protegido por el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, señala que una medida de injerencia en el derecho al respeto de los bienes debe velar por el justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y las de protección de los derechos fundamentales del individuo (por todas, STEDH Sporrang y Lönnroth contra Suecia, de 23 de septiembre de 1982, 69) ”.

Resulta palmario que la entrada en una propiedad privada que no constituya en términos rigurosos domicilio de su titular significa en todo caso una injerencia en un derecho de rango constitucional que habrá de regularse y modularse con el fin de no dejar desprotegido al ciudadano y de aportar la necesaria seguridad jurídica, tanto a éste como a los agentes de la Administración encargados de acometerlas físicamente.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO Y EL DERECHO COMUNITARIO

Resulta interesante, antes de referirnos a la regulación legal en España, echar un somero vistazo al marco jurídico que proporcionan el ordenamiento comunitario y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el primero a través no sólo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sino también de reglamentos y directivas que regulan regímenes sectoriales como la política de la competencia en los que la Comisión dispone de potestades administrativas de inspección; el segundo a partir de cuestiones planteadas al hilo de la inviolabilidad del domicilio regulada en el artículo 8 del Convenio.

3.1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Comenzando por el Convenio de Roma de 1950, es necesario destacar alguna jurisprudencia muy interesante del TEDH respecto de su artículo 8, relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar, cuyo texto literal es el siguiente:

- “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección

de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Tradicionalmente se ha considerado que las garantías reservadas al domicilio no podían extenderse al resto de bienes inmuebles propiedad de un individuo ni tampoco al domicilio social o locales de una empresa. No obstante, el Tribunal ha venido, con mucha prudencia, abriendo cauces para la ampliación, condicionada y parcial, de algunas de estas garantías, ampliando la noción clásica de domicilio manejada por el Convenio. Resulta básica en este sentido la STEDH dictada en el caso Niemietz, que declara la posibilidad de aplicar la protección del artículo 8 a locales profesionales a partir de razones como la dificultad objetiva en muchos casos para distinguir lo que es puramente domicilio de lo que son despachos profesionales —por ejemplo cuando se utiliza la vivienda habitual a tal efecto— la mayor amplitud del término francés “*domicile*” frente al inglés de “*home*”, que permite cerrar el paso a interpretaciones estrictas, y a la continuidad de fin, en la medida en que tanto la protección del domicilio estricto como en la de los locales profesionales buscan la protección del individuo contra las interferencias arbitrarias de las autoridades públicas²³.

Quizá haya sido, no obstante, la STEDH dictada en el caso Stés Colas Est²⁴ contra Francia, en la que se ponían en cuestión entradas llevadas a cabo en el marco de una investigación general respecto de la conducta de los contratistas de obras públicas, el caso en el que la posición del Tribunal ha sido más firme. En efecto, en el curso de la investigación a gran escala se dictó orden de entrada simultánea en los locales de hasta 55 empresas para llevar a cabo tareas de inspección que no quedaron sujetas a autorización judicial por aplicación de una Ordenanza de 1945. El Tribunal invoca una interpretación dinámica del artículo 8 del Convenio y diversas sentencias en las que se reconocían derechos fundamentales a las personas jurídicas —singularmente el derecho a una compensación equitativa por infracciones del artículo 6— para concluir que “*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*” (“ha llegado el momento de sostener que bajo ciertas condiciones los derechos garantizados por el art. 8 del Convenio pueden interpretarse en el sentido de incluir el derecho al respeto a la sede social de una empresa, sus sucursales u otros locales profesionales”)²⁵.

A partir de esta declaración de principio el Tribunal aplica su habitual examen para comprobar si las entradas, que se consideran una interferencia

²³ STEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, párrafos 29 a 31. Da cuenta de la misma y de la jurisprudencia más relevante GARCÍA URETA, A., La potestad inspectora en el Derecho comunitario. Fundamentos, sectores de actuación y límites, Iustel, Madrid, 2008, pp. 406 y ss.

²⁴ STEDH de 16 de abril de 2002, Société Colas Est y otros c. Francia.

²⁵ STEDH de 16 de abril de 2002, Société Colas Est y otros c. Francia, párrafo 41.

en un derecho del Convenio, pueden o no estar legitimadas y, tras constatar el cumplimiento de su adecuada previsión normativa y del fin legítimo que perseguían —la búsqueda de pruebas acerca de la existencia de prácticas anticompetitivas— estima, sin embargo, que no son medidas “necesarias en una sociedad democrática”. En este sentido se considera que la Ordenanza de 1945 atribuye un excesivo margen de actuación a los inspectores, que podían decidir en solitario sobre la oportunidad, número, duración y escala de las inspecciones, las cuales, además, tenían lugar sin una orden judicial previa y sin la presencia de un funcionario de policía²⁶, circunstancias todas que justifican la decisión del Tribunal. Queda sólo un dato por añadir y es que la Sentencia no considera suficiente garantía la confirmación *ex post* de las visitas por un juez; asimismo, que la legislación francesa hacía ya tiempo que había cambiado, puesto que la Ordenanza de 1945 había sido sustituida por otra de 1986²⁷ en la que las visitas de inspección quedaban sujetas a autorización judicial previa.

3.2. La regulación de las visitas de los agentes de la comisión en el derecho comunitario

La jurisprudencia de Estrasburgo no ha dejado de notarse en el ámbito del Derecho comunitario²⁸, si bien no en toda la medida en que parece desprenderse de los enérgicos aunque prudentes pronunciamientos reseñados, de manera que, en principio, la normativa sectorial sólo somete a autorización judicial la entrada en locales en funciones de inspección en el marco de la política de la competencia y sólo en determinados casos, precisamente el ámbito en el que se dicta la Sentencia Stés Colas. A ello ha contribuido la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que ha adoptado una línea favorable a los poderes de la Comisión y ha rechazado aplicar el estándar máximo de protección derivado de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. El caso más relevante es el asunto Hoescht²⁹, dictado hace ya algún tiempo, desde luego antes de las sentencias comentadas del TEDH, por lo que limitó sensiblemente la protección de los locales de las personas jurídicas frente a los poderes de inspección de la Comisión Europea.

²⁶ STEDH de 16 de abril de 2002, *Société Colas Est y otros c. Francia*, párrafo 49.

²⁷ Se trata del Decreto Legislativo núm. 86-1243, de 1 de diciembre de 1986, relativo a la libertad de precios y de competencia.

²⁸ Muestra evidente de la creciente relación y permeabilidad entre los sistemas normativos europeos objeto de estudio por parte de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2004, así como, en lo relativo específicamente a la garantías de las libertades públicas, Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. *Perspectivas española y europeas*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.

²⁹ STJUE de 21 de septiembre de 1989, *Hoescht c. Comisión Europea*, asuntos acumulados 46/1987 y 117/1988.

El demandante había invocado la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en este caso como consecuencia de una decisión de la Comisión que ordenaba a sus agentes una inspección en los locales de la empresa. El Tribunal reconoce que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho comunitario tal y como se derivan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y de la jurisprudencia del TEDH. En este sentido entiende que es unánime el reconocimiento de la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas, pero, sin embargo, resulta más problemático el de las personas jurídicas, no sólo por la ausencia en aquel tiempo de jurisprudencia proveniente de Estrasburgo, sino también porque las tradiciones constitucionales de los Estados diferían notablemente en este punto, de modo que no consideran extensibles a los locales empresariales las garantías derivadas de la inviolabilidad del domicilio de personas físicas. A pesar de todo, sí se contemplan ciertas cautelas, ya que “en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, han de tener un fundamento legal y estar justificadas por las causas previstas en la ley y, en consecuencia, dichos sistemas prevén, con diferentes modalidades, una protección frente a las intervenciones que fueren arbitrarias o desproporcionadas”. Además de ello, el Tribunal afirmó su competencia de control del carácter excesivo de las inspecciones ordenadas por la Comisión³⁰.

Por su parte, en el caso *Roquette Frères*³¹ se incorpora la jurisprudencia de Estrasburgo posterior al caso *Hoescht*, haciendo buena la afirmación hecha en su párrafo 23 de que el Convenio reviste “un significado particular” a la hora de perfilar el contenido de los derechos fundamentales que actúan como principios generales del Derecho comunitario. En este caso, a la luz de la nueva jurisprudencia del TEDH se sostiene sin ambages que la protección contra las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, física o jurídica, constituye un principio general del derecho comunitario al que quedan sujetas también las autoridades estatales cuando asisten a la Comisión en sus tareas de inspección. Asimismo se señala que la protección al domicilio puede extenderse en determinadas circunstancias a los locales de negocio de las personas jurídicas, si bien el derecho de injerencia de la Comisión al amparo del artículo 8.2 del Convenio “podría muy bien ir más lejos” en estos casos³², por lo que el deber de cooperación de los Estados impide una revisión judicial que vaya más allá de las exigencias del citado principio general.

Pasando al derecho legislado, el documento más importante es el Reglamento (CE) 1/2003³³, que regula la aplicación de las normas sobre compe-

³⁰ STJUE de 21 de septiembre de 1989, *Hoescht c. Comisión Europea*, párrafo 19.

³¹ STJUE, de 22 de octubre de 2002, asunto *Roquette Frères c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, C-94/00.

³² STJUE, de 22 de octubre de 2002, asunto *Roquette Frères*, párrafo 29.

³³ Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

tencia teniendo muy presente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal y como se deduce del apartado 27 de los “considerandos” del Preámbulo. Distingue esta norma entre dos tipos de locales susceptibles de ser visitados en el curso de una inspección. De un lado se sitúan “los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas” (art. 20.2), respecto de los que se regula un deber de las empresas de permitir el acceso de los agentes de la Comisión, eso sí, previa exhibición de un mandamiento escrito que indique el objeto y la finalidad de la inspección y el régimen sancionador aplicable, debidamente comunicado al Estado en cuyo territorio vaya a verificarse la inspección y expedido como consecuencia de una decisión adoptada por esta Institución que contenga el objeto y la finalidad de la inspección, la fecha en que dará comienzo, referencia a las sanciones previstas, así como al derecho a recurrir contra la decisión ante el Tribunal de Justicia. En principio el reglamento no establece un control judicial previo, aunque admite los que puedan regular los derechos nacionales para el supuesto en que sea necesaria la asistencia de las autoridades estatales, siempre que el juez nacional se limite a verificar la autenticidad de la decisión de la Comisión y que las medidas coercitivas contempladas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con el objeto de la inspección, sin que se pueda, en consecuencia, “poner en cuestión la necesidad de proceder a la inspección ni exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión”, ya que “se reserva al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión”. Dentro del examen de la proporcionalidad de las medidas coercitivas contempladas, el juez nacional puede “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”.

Junto a ellos se sitúan “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), para los que las exigencias son más intensas, ya que sólo podrá acordarse la entrada si existen sospechas fundadas de que allí “se hallan libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección que puedan servir para demostrar una infracción grave”, circunstancia que ha de acreditarse en la correspondiente decisión de la Comisión, adoptada por lo demás con los mismos requisitos ya expuestos. Pero lo más relevante es que tales decisiones no pueden ejecutarse “sino previa obtención de un mandamiento judicial de un juez del Estado miembro afectado”. Es decir, y a diferencia de lo que sucede con el supuesto anterior, es la norma comunitaria la que directamente impone la previa autorización judicial. A estos efectos “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”. En el curso de este examen el juez nacional puede asimismo 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 (art. 21.3), si bien tampoco le es dado pronunciarse sobre la necesidad de la inspección ni exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión, ya que se sigue reservando al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión.

Fuera del derecho de la competencia, aunque no se incluyen referencias a la necesaria autorización judicial de la entrada, sí se mantienen las demás garantías, esto es, previa identificación de los inspectores y sujeción al principio de proporcionalidad que ha de fundamentarse en el mandamiento escrito de la Comisión que ha de preceder a la visita, así como la previsión de que los agentes comunitarios no asumen más potestades de las que confieren los ordenamientos nacionales a sus propios inspectores e incluso la necesidad de estar acompañados por éstos para el ejercicio de sus funciones. Podemos citar en este sentido, dentro de la Política Pesquera Común, el artículo 29 del Reglamento CE 2487/93³⁴ o, en el Reglamento CE 736/2006³⁵, dentro de las funciones de seguridad aérea, cuyo artículo 9.2 exige un preaviso a la autoridad nacional de dos semanas si se pretende realizar una visita a las instalaciones de una empresa.

IV. EL FRAGMENTARIO RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL

Pasando ya a la regulación española de las entradas administrativas en la propiedad privada, el primer dato destacable y verdaderamente sorprendente es la propia situación de la legislación estatal, que no sólo no contempla dentro de sus disposiciones generales regla alguna al respecto, sino que tampoco es unánime con el régimen de acceso a espacios de titularidad privada en el ámbito sectorial. Así, el artículo 95 de la Ley 30/1992, que constituye la norma común en la materia, dispone que “Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, *o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales*”. El inciso subrayado supone una cautela que salva los procedimientos de ejecución en los que se imponga pre-

³⁴ Reglamento (CE) 2487/93, de 12 de octubre, del Consejo, por el que se establece un régimen de control aplicable a la política pesquera común.

³⁵ Reglamento (CE) 736/2006, de la Comisión, de 16 de mayo de 2006, sobre los métodos de trabajo que debe aplicar la Agencia Europea de Seguridad Aérea en las inspecciones de normalización (Texto pertinente a efectos del EEE).

ceptivamente la autorización judicial de la entrada de los funcionarios públicos u otros agentes de la Administración en lugares de propiedad privada. Menor fundamento encontramos para las entradas que deban efectuarse con ocasión de las funciones de inspección y control preventivo, toda vez que sólo el artículo 39.1 contiene alguna previsión aplicable y lo hace exclusivamente para determinar que “los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos por la Ley”. Se establece, por tanto un requisito, importante sí, pero absolutamente insuficiente, como es la previsión legal de la potestad administrativa correspondiente, que no puede ampararse en la genérica mención de este deber de colaboración ni en poder general de policía alguno.

La legislación sectorial, por su parte, ofrece ejemplos de lo más variado, si bien podemos delimitar tres grandes grupos. En primer término aparece el más numeroso, esto es, el de aquellas disposiciones que permiten una entrada libre de los agentes administrativos en lugares de propiedad privada. En él encontramos al artículo 101.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, que faculta a los funcionarios y agentes de la Administración para “acceder a los terrenos de propiedad privada en que hubieren de realizarse las comprobaciones y actuaciones correspondientes”. Por su parte, el artículo 94.3.a) la Ley de Aguas, en la redacción dada por la Ley 11/2005, de 22 de junio, dispone que en el ejercicio de su función los agentes medioambientales de los organismos de cuenca están facultados para “entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en los lugares sujetos a inspección y a permanecer en los mismos, con respeto en todo caso a la inviolabilidad del domicilio. Al efectuar una visita de inspección, deberán comunicar su presencia a la persona inspeccionada o su representante, a menos que consideren que dicha comunicación pueda perjudicar el éxito de sus funciones”. Asimismo, el artículo 86 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, tras obligar en su apartado 2 a las empresas habilitadas para la prestación de los servicios de transporte ferroviario a facilitar el acceso a sus instalaciones al personal de la Inspección en el ejercicio de sus funciones, establece en su párrafo 9 que el personal del Ministerio de Fomento o del ADIF está autorizado para “realizar materialmente las actuaciones inspectoras precisas en cualquier lugar en que se desarrollen actividades afectadas por la legislación de transporte ferroviario”, si bien, “cuando se requiera el acceso al domicilio de personas físicas o jurídicas, será necesaria la previa obtención del oportuno mandamiento judicial”. Podemos concluir este repaso por la legislación sobre propiedades públicas especiales recordando el artículo 125.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, de acuerdo con el cual “el personal con funciones de inspección o control estará facultado para acceder a las superficies e instalaciones objeto de concesión o autorización situadas en la zona de servicio de los puertos o a los buques y plataformas de pabellón español o, con las limitaciones, en su caso, establecidas en los Convenios Internacionales suscritos por España, a los de pabellón extranjero que se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción en

que hubieran de realizarse las comprobaciones y actuaciones correspondientes, salvo que tuvieran la consideración legal de domicilio, en cuyo caso la labor inspectora deberá ajustarse a las reglas que garantizan su inviolabilidad”.

En otros sectores, es destacable la legislación sanitaria, dentro de la cual, el artículo 31.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establece que “el personal al servicio de las Administraciones públicas que desarrolle las funciones de inspección, cuando ejerza tales funciones y acreditando si es preciso su identidad, estará autorizado para [...] entrar libremente y sin previa notificación, en cualquier momento, en todo centro o establecimiento sujeto a esta Ley”. Idéntica regulación aparece en el artículo 98.3 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios. Muy similar, con la diferencia de exigir expresamente la condición de funcionarios para los inspectores, es el régimen contenido en el artículo 27.1 de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, conforme al cual “los funcionarios que realicen labores de inspección en materia de contaminación acústica tendrán el carácter de agentes de la autoridad, [...] y podrán acceder a cualquier lugar, instalación o dependencia, de titularidad pública o privada”, salvo en el supuesto de entradas domiciliarias en que “se requerirá el previo consentimiento del titular o resolución judicial”, precepto sustancialmente igual al artículo 26.2 de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera. Por su parte, el artículo 46.1.b) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, establece que los beneficiarios han de colaborar con la Intervención General de la Administración del Estado, de las comunidades autónomas o de las corporaciones locales, así como con los órganos que, de acuerdo con la normativa comunitaria, tengan atribuidas funciones de control financiero, quienes disfrutan de “libre acceso a los locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrolle la actividad subvencionada o se permita verificar la realidad y regularidad de las operaciones financiadas con cargo a la subvención”. En fin, por no extendernos más allá, los artículos 33 y 34 de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y el Vino, establecen el deber de las personas físicas o jurídicas, asociaciones o entidades, de consentir las visitas de inspección y dar las máximas facilidades para ello, de modo que se autoriza a los inspectores a acceder directamente a las viñas en el curso de sus actuaciones, aunque imponiéndoles un deber de confidencialidad.

Un segundo grupo lo constituyen las normas que someten la entrada a autorización de un órgano administrativo distinto de aquél que tiene que efectuarla materialmente. Es el caso, en un ámbito algo distinto al de los recién referidos, aunque con una línea similar, de la normativa tributaria, ya que el artículo 113 de la Ley 58/2003 exige autorización judicial exclusivamente para el acceso al domicilio del obligado tributario, previsión reiterada por el Reglamento General de Inspección aprobado por Real Decreto 939/1986, cuyo artículo 39 exige, no obstante, una autorización meramente administrativa, otorgada por el Delegado o Administrador de Hacienda territorialmente competente, o por el Director general correspondiente, cuando la entrada y

reconocimiento se intenten fuera del horario usual de funcionamiento o desarrollo de la actividad o respecto de fincas o lugares donde no se desarrollen actividades de la Administración Pública o bien de naturaleza empresarial o profesional. Algo parecido sucede con el artículo 72.4 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación del Seguro Privado, que somete a autorización judicial las visitas a locales que tengan la consideración de domicilio social y a la del Director General de Seguros las que se giren al resto de instalaciones. En todos estos casos razones de policía demanial — tal condición ostentan las costas, aguas fluviales e instalaciones portuarias conforme al art.132 CE y su legislación respectiva — así como de aseguramiento de un deber público de rango constitucional, como es el del pago de tributos — art. 31.1 CE — parecen justificar la opción del legislador.

Finalmente, en otras ocasiones, se ha considerado más conveniente someter a autorización judicial el acceso de agentes de las Administraciones Públicas a lugares de propiedad privada. Es el caso del artículo 51 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, introducido por Ley 53/2002, de 30 de diciembre, cuyo párrafo 2 extiende 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, a los locales cerrados sin acceso al público. Asimismo, el artículo 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, reproduciendo la normativa ya contenida en la hoy derogada Ley 16/1989³⁶, dispone que los agentes de la Comisión Nacional de la Competencia deberán contar con el consentimiento del titular o con la correspondiente autorización judicial para “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”, así como para “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”. Probablemente los antecedentes del derecho comunitario y de la jurisprudencia del TEDH a los que se ha hecho cumplida referencia hayan tenido mucho que ver en esta decisión del legislador español.

En definitiva, no existe una actitud unánime del legislador estatal en orden a determinar la necesidad o no de recabar autorización judicial o el consentimiento del titular para el acceso de los agentes de la Administración a aquellos locales o espacios físicos de propiedad privada o sobre los que los particulares ostenten algún tipo de derechos —como puede ser una concesión administrativa—. Esta falta de regulación general, así como el casuismo y falta de sistematica de la legislación sectorial, traen como resultado dos consecuencias poco deseables. Por un lado, desde el punto de vista de las relaciones con los particulares, los empleados públicos que pretendan llevar a cabo tales entradas se

³⁶ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, arts. 32 a 34.

encuentran en una suerte de limbo jurídico en la mayor parte de las ocasiones, faltos por tanto de la cobertura legal necesaria, y expuestos en consecuencia a la reacción del propietario, que bien pudiera incluso reclamar una responsabilidad de índole penal por acceso indebido a un espacio en el que éste goza de un innegable derecho de exclusión³⁷. A la inversa, por supuesto, tampoco puede generalizarse un pretendido derecho incondicionado de los agentes públicos para entrar en una propiedad privada, no ya sólo a efectos de ejecutar un acto administrativo firme —ámbito en el que su presunción de validez y la regulación sobre autotutela ejecutiva proporcionan un asidero razonable, con las salvedades legalmente previstas— sino, sobre todo, para llevar a cabo actuaciones de inspección, del todo imprescindibles para la actividad administrativa de control, pero que han de ser sometidas a un régimen legal que equilibre los derechos subjetivos y el principio de eficacia administrativa.

Por otro lado, el estado actual de la regulación legal permite afirmar con pocas dudas razonables que no existe un procedimiento administrativo común al respecto. Esta es una cuestión no menor, en la medida en que las Comunidades Autónomas han asumido la competencia exclusiva para regular el procedimiento administrativo con las especificidades derivadas de sus especialidades organizativas (por todas, citemos el art. 26.1.3 del Estatuto de Autonomía de Madrid). Ello significa que, a falta de dicho procedimiento administrativo común, que garantice a los ciudadanos un tratamiento común ante las Administraciones Públicas, competencia cuya regulación se atribuye expresamente al Estado por el artículo 149.1.18 CE, las Comunidades Autónomas pueden perfectamente establecer las previsiones que estimen más oportunas, lo que, con toda seguridad, abocará a una indeseable disparidad de regímenes en todo el territorio nacional³⁸. No estamos hablando de un supuesto de laboratorio.

³⁷ En una línea similar se sitúa REBOLLO PUIG, M., Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas, Estudios para la reforma de la Administración Pública, Fernando Sainz Moreno (dir.), INAP, Madrid, 2004, p. 452.

³⁸ En este sentido es ilustrativa la STC 98/2001, cuyo fundamento 8.1.b) es oportuno reproducir a pesar de su extensión: «En relación con el procedimiento administrativo hemos distinguido entre «procedimiento administrativo común» y «procedimientos *ratione materiae*», de modo que el primero está integrado por los «principios o normas, que, por un lado, definen la 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», considerando todos estos aspectos propios de la competencia estatal regulada en el artículo 149.1.18 CE. A continuación hemos matizado que «sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del procedimiento administrativo común, que en la actualidad se encuentran en las leyes generales sobre la materia... coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que esta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. ... De lo contrario, es decir, *si las competencias del régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o*

Mencionemos al efecto el artículo 100 de la Ley de la Comunidad de Madrid 16/1995, redactado por la Ley 3/2007, de 27 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid. En él se somete a autorización judicial la entrada de los agentes forestales, cuerpo funcional propio de la Comunidad, en terrenos de propiedad privada, y ello contra el criterio fijado para el sector forestal en el artículo 58.3.a) de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, reformado por la Ley 10/2006, el cual establece que “los funcionarios que desempeñen funciones de policía administrativa forestal, por atribución legal o por delegación”, están facultados para “entrar 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”, si bien se aclara que “al efectuar una visita de inspección, deberán comunicar su presencia a la persona inspeccionada o a su representante, a menos que consideren que dicha comunicación pueda perjudicar el éxito de sus funciones”. Esta contradicción ha desembocado en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la norma autonómica, alegando que se vulneraba la competencia estatal sobre legislación básica en materia de medio ambiente prevista en el artículo 149.1.23 y sobre la administración de justicia contemplada en el artículo 149.1.5 CE. Sin pretender adoptar una posición de objetividad al respecto, imposible a quien esto escribe, en la medida en que ha sido cofirmante de las alegaciones de la Asamblea de Madrid en defensa de dicha Ley, creo honradamente que no ha existido exceso competencial autonómico, en la medida en que no estamos ante una norma ambiental, sino de procedimiento administrativo y, como se ha señalado, no puede hablarse de un procedimiento administrativo común en la materia que deba ser respetado por la Comunidad de Madrid, y porque la Ley 3/2007 no atribuye a los tribunales una competencia nueva, ya que la función de autorización de entradas ya se contempla en el artículo 91.2 de la LOPJ. No obstante, en breve abordaremos esta segunda cuestión. Baste, por ahora, señalar que la delimitación del régimen general apuntado serviría para evitar este tipo de problemas.

Lo señalado en el ámbito legislativo puede extenderse perfectamente al judicial, en el que resulta sencillo encontrar múltiples sentencias no ya de la jurisdicción constitucional sino de la contencioso-administrativa que se inclinan tanto por restringir el ámbito legal de protección exclusivamente al domicilio, como por extenderlo al resto de inmuebles o locales, eso sí, en los términos planteados, es decir, no como derivación del artículo 18.2 CE, sino como un derecho subjetivo legislativamente configurado. Así, numerosos Tribunales Superiores de Justicia —País Vasco, principalmente, pero también el de la Co-

paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones Autonómicas si no dictan las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias» (STC 227/1988, de 29 de noviembre, F.J. 32”.

munidad Valenciana y Cantabria— han reclamado la necesaria autorización judicial previa en el caso de fincas rústicas, sobre todo cuando hayan sido valladas por su propietario. No obstante, tampoco faltan numerosos ejemplos en contrario —provenientes sobre todos de sus homólogos de Andalucía y Madrid— que establecen que la autorización judicial es un instrumento exclusivamente referido al domicilio, sin que pueda extenderse a otros lugares, ni tan siquiera a elementos tan relacionados con aquél como los jardines o pistas de tenis anejos a una vivienda y que estén cercados, si dicha barrera se revela por sus características como puesta exclusivamente al servicio de la propiedad³⁹.

V. PROPUESTA PARA UNA REGULACIÓN GENERAL

5.1. **Condicionamientos formales: la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley 30/1992**

Procede, por tanto, pasar a presentar una propuesta de regulación general de este tipo de entradas y para ello bueno será comenzar por la selección del tipo de norma adecuado. Es evidente que hace falta una ley, ya que estamos ante una restricción de un derecho fundamental y este rango viene impuesto por el artículo 53.1 CE. Puede también sostenerse con relativa facilidad que este requisito no puede rellenarse con un decreto-ley, no sólo por la exclusión que el artículo 86.1 CE hace de los derechos y deberes constitucionales del ámbito material sobre el que éste puede actuar⁴⁰, sino, sobre todo, porque se antoja sumamente difícil justificar la extraordinaria y urgente necesidad reclamadas como presupuesto de hecho habilitante, en los términos fijados por la reciente STC 68/2007. En buena medida, el artículo 39.1 ya transcrito de la Ley 30/1992 reitera estos requerimientos al exigir previsión legal específica para la imposición a los ciudadanos de deberes de colaboración con la Administración, entre ellos el de facilitar las inspecciones. En fin, también es sencillo recordar que no se necesita ley orgánica, ya que el derecho de propiedad no está sujeto a la reserva establecida en el artículo 81.1 CE.

Ahora bien, existen dos aspectos relevantes que obligan a consideraciones algo más profundas. En primer lugar, como más adelante estudiaremos, en no

³⁹ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 11 de febrero de 1999. Un resumen de estas líneas jurisprudenciales puede encontrarse en BAÑO LEÓN, J.M^a, La intervención del juez para la defensa del domicilio ¿y también de la propiedad?, *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer*, vol. II, Zaragoza, 2008, pp. 1880 y ss.

⁴⁰ Recordemos que esta exclusión no es absoluta, sino que viene referida a los elementos básicos del derecho afectado. Baste mencionar a tal efecto la no siempre clara jurisprudencia constitucional acerca de los límites del decreto-ley y el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos establecido en el artículo 31.1 CE, dentro de la que encontramos las SSTC 6/1983 o 129/2005, que rechazan determinadas reformas en los elementos cuantitativos del Impuesto sobre la Renta hechas por decreto-ley, mientras que las SSTC 137/2003 y 108/2004 llegan a conclusiones opuestas respecto de los impuestos especiales.

pocas ocasiones será conveniente someter la entrada a autorización judicial previa, lo cual implica una regulación de las competencias de los juzgados y tribunales. Por otro lado, será preciso asegurar además que la ley determine sin lugar a dudas su condición de legislación básica sobre el procedimiento administrativo común para encuadrarla sin problemas dentro del artículo 149.1.18 CE y vincular de este modo a las Comunidades Autónomas. En relación con la primera cuestión, podemos traer a colación la reserva específica a favor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece con claridad el artículo 122.1 CE, cuando dispone que ésta “determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera”. La regulación de las atribuciones de cada orden jurisdiccional y, dentro de éste, de cada órgano jurisdiccional, encaja sin violencia dentro del concepto constitución de juzgados y tribunales. Esta reserva ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 60/1986, cuyo fundamento 5 señala que el artículo 122.1 CE “remite no a cualquier Ley Orgánica, sino muy precisamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial -entendida, por tanto, como un texto normativo unitario- el régimen estatutario de los Jueces y Magistrados globalmente considerado, sin diferenciar dentro del mismo las tareas estrictamente jurisdiccionales de las de otra naturaleza que los Jueces y Magistrados pueden también llevar a cabo en otros oficios o cargos públicos”.

El propio Tribunal Constitucional ha venido, no obstante, a matizar esta reserva. Así, podemos mencionar la STC 224/1993 que en su fundamento 3 comienza afirmando que “aunque no existe, en la doctrina, una construcción acabada y pacíficamente aceptada sobre las materias incluidas en el término «constitución» de los Juzgados y Tribunales que el artículo 122.1 CE reserva a la Ley Orgánica del Poder Judicial, resulta indudable que ese vocablo debe comprender, como mínimo, en lo que aquí interesa, *la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso*. Esta materia es, en efecto, de capital importancia en el conjunto del diseño de la organización judicial constitucionalmente reservado al Legislador orgánico, y de ahí que parezca evidente que su regulación deba tener lugar a través de un tipo de ley que, de forma excepcional y tasada, ha previsto la Constitución como expresión de una democracia de consenso”. Ahora bien, un poco más adelante sostiene que “*sin perjuicio de la definición de cada uno de los órdenes jurisdiccionales efectuada in abstracto por el Legislador orgánico, cabe que el Legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de tales órdenes, produciéndose, de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas -Ley Orgánica y Ley ordinaria- que no obsta a la reserva establecida en el artículo 122.1 CE y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita* (cfr. sobre la admisibilidad de semejante colaboración dispuesta en las Leyes Orgánicas, la STC 137/1986, fundamento jurídico 3.º). Por consiguiente, siendo en principio correcto en términos constitucionales que una Ley ordinaria atribuya a determinado orden jurisdiccional el conocimiento de tales o cuales asuntos, integrando los genéricos enunciados de la LOPJ, la cuestión ha de radicar en

la verificación del grado de acomodo de aquélla a las previsiones de ésta, que, como propias de la reserva reforzada instituida por la Constitución, resultan indisponibles para el Legislador ordinario y gozan frente al mismo de la fuerza pasiva característica de las Leyes Orgánicas (art. 81.2 CE), de modo que la Ley ordinaria no pueda excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica”.

De hecho, la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla una de las modalidades de entradas administrativas en su artículo 91.2, introducido por la LO 6/1998. Este precepto regula la competencia de los tribunales, y más en concreto de los juzgados de lo contencioso-administrativo, para “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”. Semejante redacción ampara las previsiones contenidas en las leyes ordinarias estatales anteriormente citadas —singularmente el art. 51 de la Ley de Expropiación Forzosa, el art. 40 de la Ley 15/2007 o el 9 de la Ley de la Comunidad de Madrid 3/2007— a pesar de que algunas de ellas exceden los términos estrictos del precepto mencionado, ya que es discutible que la función de inspección quede subsumida en la de ejecución forzosa de los actos de la Administración, más relacionada en cambio con el principio de autotutela ejecutiva regulado en los artículos 93 a 95 de la Ley 30/1992. Así, aunque la doctrina mayoritaria⁴¹, a la que no tengo inconveniente de unirme, subraya que sería paradójico que necesitara de autorización la ejecución de un acto definitivo y ejecutorio y, en cambio, no se exigiese para lo que no deja de ser una intervención preliminar, además de que, al no hablarse específicamente en el artículo 91.2 de actos definitivos, pueden entenderse incluidos los de trámite, dentro de los que se inserta la labor de inspección, no han faltado voces que defienden una postura opuesta⁴². No obstante, la aplicación de la jurisprudencia antes citada permite salvar este inconveniente que, de otro modo, no hubiera quedado solventado —en el supuesto de la Ley 15/2007— por la reforma del artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa llevada a cabo por la propia Ley, debido a su carácter de ley ordinaria y a la especificidad de la reserva del artículo 122.1 CE.

Se discute, por lo demás, si la habilitación de la LOPJ al legislador ordinario puede englobar al legislador autonómico y no sólo al estatal. De hecho, el artículo 9 de la Ley de la Comunidad de Madrid 3/2007, tal y como hemos señalado, ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Gobierno, alegando, entre otras razones, infracción de la competencia estatal sobre administración de justicia contemplada en el artículo 149.1.5

⁴¹ En este sentido, véase, MURO I BAS, X., La Agencia de protección de datos, RAP, núm. 147, septiembre-diciembre 1998, p. 404. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., El derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la actuación inspectora, op. cit., p. 237.

⁴² Véase BARCELONA LLOP, J., Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos, Universidad de Cantabria, Santander, p. 532.

CE. No obstante, entiendo que la previsión de la LOPJ, anudada con la jurisprudencia constitucional mencionada, sí permite una regulación semejante, que es más una reglamentación del procedimiento de actuación de un funcionario autonómico que creación de nuevas funciones jurisdiccionales, aparte de que el legislador autonómico es tan ordinario como el estatal (STC 37/1981). No existe, en este sentido, impedimento en el estado actual de la jurisprudencia constitucional, ya que lo único que se le ha prohibido al legislador autonómico ha sido integrar a miembros del poder judicial en órganos administrativos (SSTC 150/1998 y 127/1999) y atribuirles funciones “*distintas de la jurisdiccional*”⁴³.

En cualquier caso, a pesar de esta tolerancia constitucional, es importante subrayar la conveniencia desde el punto de vista de la buena gestión pública de que toda nueva tarea que se encomiende a los órganos jurisdiccionales tenga en cuenta el funcionamiento de la generalidad del sistema judicial, de manera que no se sobrecarguen los juzgados y se pueda dar satisfacción al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas proclamado en el artículo 24.2 CE. Piénsese en los resultados que determinadas reformas quizá poco meditadas han acarreado en términos de colapso judicial en jurisdicciones tan notables como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras la entrada en vigor del recurso directo regulado en el Protocolo 11 anejo al Convenio de Roma de 4 de diciembre de 1950, que suprimió el valioso filtro constituido por la Comisión Europea de Derechos Humanos. En una palabra, cada vez que se pretenda atribuir nuevas labores a los tribunales será preciso evaluar el impacto previsible en la carga de trabajo y adoptar las medidas oportunas en términos de regulación de un procedimiento rápido y expeditivo, así como, en su caso, ampliar debidamente la planta judicial, tareas éstas que se cumplen mucho mejor a través de revisiones meditadas de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el caso concreto al que nos estamos refiriendo, bastaría con ampliar el artículo 91.2 a las autorizaciones de entradas en ejercicio de funciones inspectoras o de control, remitiendo a la legislación sobre procedimiento administrativo común y, en el marco de los principios que ésta fije, a la legislación administrativa sectorial, la precisión de los supuestos en que dicha autorización ha de ser preceptiva.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es decir, la inclusión de esta regulación en la Ley 30/1992 obedece al carácter de ley general de procedimiento administrativo que reviste esta norma y a la conveniencia de que esté contemplada con carácter básico una regulación que incide directamente sobre la esfera jurídica del ciudadano, ámbito que la jurisprudencia constitucional ha entendido propicio para la desenvoltura de la competencia estatal⁴⁴. De otro

⁴³ Por cierto, sería conveniente, a efectos de prevenir efectos no deseados de esta línea doctrinal, reformar la LOREG para permitir que las leyes autonómicas mantengan en las Juntas Electorales de Comunidad Autónoma la composición actual, mayoritariamente judicial, que tan buen resultado ha dado, y que no sería posible de extender esta prohibición.

⁴⁴ SSTC 50/1999 y 251/2006: “En definitiva, salvo en lo relativo a la creación de la propia Administración, la potestad de autoorganización, incluso en lo que afecta a los aspectos de organización interna y de funcionamiento, no puede incluirse en la competencia exclusiva de autoorganización de

modo, aunque no imposible, se tornaría sumamente complicado entender que las Comunidades Autónomas quedan sujetas a las disposiciones estatales reguladoras de la materia, puesto que, incluso aunque la norma sectorial invocara el artículo 149.1.18 como título atributivo de su competencia, siempre sería posible discutir en sede constitucional con algún fundamento la falta de una normativa general, todo ello al margen de las evidentes razones de calidad normativa y seguridad jurídica que apoyan la inclusión mencionada en la Ley 30/1992. A tal efecto podemos citar el caso del ya aludido artículo 34 de la Ley 24/2003, de la Viña y el Vino, que establece el derecho de acceso sin necesidad de autorización judicial, pero que, sin embargo, carece de carácter básico. Pues bien, el artículo 40 de la Ley correspondiente de Castilla-La Mancha establece por el contrario que “el acceso a las instalaciones de producción, almacenaje y transformación de los productos vitivinícolas, a los medios utilizados para su transporte y a los locales en los que se realice su comercialización, podrá realizarse *con el consentimiento de su titular o del responsable de la custodia de los productos, o mediante mandamiento judicial*”⁴⁵. Con la regulación actual en la mano, al igual que sucede en el supuesto de la Ley de la Comunidad de Madrid 3/2007, no es posible asegurar una regulación homogénea, ni siquiera una adecuada resolución de las antinomias. Por tanto, una normativa general, articulada en torno a la LOPJ y la Ley 30/1992, puede ofrecer una solución más que razonable a un problema creciente y complejo.

5.2. Requisitos subjetivos: la condición funcional del personal que lleve a cabo las entradas

Sentados los requisitos formales, podemos comenzar los de carácter material con la necesidad de que los agentes públicos ostenten la condición de funcionarios de carrera, toda vez que el acto de entrada implica el ejercicio de una fuerte dosis de autoridad, es decir, la ejecución de una auténtica facultad de policía administrativa y este tipo de intervenciones se reserva a quienes están insertos en una relación estatutaria permanente con la Administración. Son varias las razones que justifican esta restricción al resto de empleados públicos, desde la posición de objetividad que entraña el *status* funcional⁴⁶ —al que ha de anudarse además, añadido, un régimen sancionador más intenso

las Comunidades Autónomas; aunque ciertamente, como veremos de inmediato, no cabe atribuir a las bases estatales la misma extensión e intensidad cuando se refieren a aspectos meramente organizativos internos que no afectan directamente a la actividad externa de la Administración y a los administrados, que en aquellos aspectos en los que se da esta afectación”.

⁴⁵ Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha. Agradezco a Fernando González Botija los datos que me ha facilitado al respecto.

⁴⁶ Véase CANO CAMPOS, T., Presunciones y valoración legal de la prueba en el derecho administrativo sancionador, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 120. Asimismo, FERNÁNDEZ RAMOS, S., La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico de la función inspectora, Comares, Granada, 2002, p. 111.

y duro que el previsto para el personal laboral lo que en principio refuerza tal imparcialidad— hasta la mayor especialización que comporta la necesidad de los funcionarios, al menos los de carrera, de superar unas pruebas selectivas de superior dificultad⁴⁷. En definitiva, y por utilizar los términos empleados por el hoy derogado artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la condición de funcionario se requiere “para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”.

En este sentido, es tajante el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público⁴⁸, que dispone que “en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”. Este precepto mejora con mucho la regulación establecida en el todavía vigente artículo 15 de la Ley 30/1984, cuyo apartado 3 determina que “con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus organismos autónomos así como los de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos”, para a continuación establecer una serie de excepciones que pueden confiarse a personal laboral. Una interpretación conjunta de ambos permite sostener la plena eficacia del primero de ellos, a pesar de la remisión hecha a la correspondiente ley de desarrollo, en la medida en que ninguna de las excepciones enumeradas en el artículo 15.3 de la Ley 30/1984 afecta al caso. Quizá la única duda pudiera plantearse con los puestos con funciones de vigilancia, pero no es difícil limitar su sentido a los propios edificios e instalaciones de la Administración que no tienen asignadas funciones relativas a las entradas⁴⁹.

Por lo demás, hay que recordar que una interpretación restrictiva de la dicción del artículo 9.2 de la Ley 7/2007 tendría como consecuencia la necesidad de abrir tales puestos a los ciudadanos de la Unión Europea, pues sólo estos están amparados en la excepción al principio de libre circulación de trabajadores que contempla el artículo 39.4 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)⁵⁰. Así, en la sentencia Comisión V. Bélgica⁵¹, el Tribunal de Justicia subrayó, el carácter restrictivo de la excepción del entonces artículo 48.4 TCE con la exigencia de dos requisitos acumulativos relacionados con la participación en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen

⁴⁷ BLANQUER CRIADO, D., Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho administrativo. “Taking Facts Seriously”, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, p. 264.

⁴⁸ Aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril.

⁴⁹ En la normativa sectorial se requiere la condición de funcionario para actuaciones inspectoras en el ámbito tributario (art. 142.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y art. 5 del Reglamento General de Inspección de 1986).

⁵⁰ Vid. al respecto, GUILLÉN CARAMÉS, J. y FUENTETAJA PASTOR, J. A., El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de los Estados miembros, RAP, núm. 146, mayo-agosto 1998, pp. 467 y ss.

⁵¹ Sentencia Comisión V. Bélgica, de 17 de diciembre de 1980 (149/79), Rec. 1980, p. 3887.

por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas⁵².

Como resultado de lo anterior, ha de rechazarse que las entradas puedan llevarse a cabo no sólo por personal laboral de la Administración⁵³, sino, con mayor razón, por empleados al servicio de concesionarios públicos. Todo ello sin perjuicio, por supuesto, de que los funcionarios en cuestión puedan estar acompañados en la entrada por otros agentes de la Administración, que podrán gozar de la condición de personal laboral, o resultar meros colaboradores esporádicos que presten servicios de asesoramiento en virtud del contrato correspondiente, e incluso particulares denunciante de una infracción. En coherencia con esta postura, debemos rechazar alguna normativa sectorial que permite que personal laboral asuma este tipo de funciones públicas, como ocurre con la inspección —y, como hemos ya apuntado, acceso a instalaciones de las empresas supervisadas— en el sector ferroviario, que, de acuerdo con el artículo 86 de la Ley 39/2003, queda encomendada tanto a los funcionarios del Ministerio de Fomento, como al personal del ADIF, organismo público con naturaleza de entidad pública empresarial, cuyos empleados se someten sin excepciones al régimen laboral, a pesar de las notables atribuciones jurídico públicas que ostentan⁵⁴, así como de la posibilidad ofrecida por el artículo 55 de la LOFAGE⁵⁵, que permite reservar en casos singulares puestos de trabajo de tales entidades a funcionarios. Otro tanto cabe decir del conjunto de las llamadas Administraciones independientes, que en general se nutren de contratados laborales a pesar de ejercer inequívocas funciones públicas, tal y como sucede con la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 14.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio). Por

⁵² Sin embargo, en *Comisión v. Italia*, 16 junio 1987 (225/85), Rec. 1987, p. 2625, núm. 9, sustituyó la conjunción «y» por la conjunción «o». “No obstante —como recuerda retrospectivamente el Abogado General Leger en *Comisión v. Grecia*, 2 julio 1996 (C-290/94), núm. 23— las demás decisiones que se adoptaron antes o después de dicha sentencia mantuvieron la exigencia de que se dieran ambos requisitos con carácter acumulativo”. Y cita: *Comisión v. Francia*, 3 junio 1986 (307/84), Rec. 1986, p. 1725, n. 12; *Lawrie-B/um*, 3 julio 1986 (66/85), Rec. 1986, p. 2121, n. 27; *Allué e.a.*, 30 mayo 1989 (33/88), Rec. 1989, p. 1591, núm. 7, así como el apartado 12 de las Conclusiones del Abogado General LENZ, que hace hincapié en la conjunción «y»; *Bleis*, 27 noviembre 1991 (C-4/91), Rec. 1991, p. 1-5627, núm. 6, que se refiere expresamente, además de a la sentencia *Comisión v. Bélgica*, antes citada, a la sentencia *Comisión v. Italia*, también citada antes, en concepto de precedente que consagra el carácter acumulativo de ambos requisitos.

⁵³ Se ha señalado, en el caso de los agentes de las Administraciones autonómicas, que las circunstancias derivadas de su rápida puesta en funcionamiento pudieron aconsejar en un primer momento acudir a la contratación laboral, pero que, transcurrida esa primera fase, las funciones inspectoras —en el caso concreto las de los agentes forestales— reclaman su ejercicio por funcionarios públicos. Véase GÓMEZ PUENTE, M., *Investigación, formación y educación forestal*, Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Estudios de Derecho forestal estatal y autonómico (Dir. Luis Calvo Sánchez), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 1161.

⁵⁴ Acerca de esta cuestión puede consultarse CARBONELL PORRAS, E., *La entidad pública empresarial “Administrador de Infraestructuras Ferroviarias” (ADIF)*, en *El régimen jurídico del sector ferroviario*. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, (dir. Javier Guillén Caramés), Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 225 y ss..

⁵⁵ Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

cierto, que semejante régimen parece chocar también con las previsiones generales de la Ley 30/1992, puesto que su artículo 137.3, al regular el valor probatorio de las actas de inspección, se refiere exclusivamente a los hechos constatados por funcionarios públicos a los que se reconoce la condición de autoridad. De todos modos parece que progresivamente va arraigando la reserva a funcionarios, como lo demuestra no sólo el citado Estatuto Básico del Empleado Público, sino leyes administrativas especiales como la Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal, que, además de reservar en su artículo 8.5 al personal funcionario de este organismo el ejercicio de funciones públicas, dispone expresamente que “La función inspectora se llevará a cabo por personal funcionario destinado en la Comisión” (art. 18.2).

No parece, en cambio —al hilo precisamente del precepto que acabamos de mencionar— necesario exigir al funcionario la condición de agente de la autoridad⁵⁶, cualidad poco más que nominal, que se ha atribuido en ocasiones incluso al personal laboral y que ha demostrado su escasa utilidad en algunos supuestos en los que se ha eliminado dicha condición de ciertos colectivos —por cierto, por razones del todo ajenas a la buena organización del servicio— sin perjuicios significativos. Es el caso de los comandantes de aeronaves civiles, que perdieron la condición de autoridad pública que les confirió durante décadas la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, a raíz del Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, como consecuencia de un conflicto laboral que llevó al Gobierno a permitir la adquisición de dicha condición a todos los ciudadanos de la Unión Europea, para lo que, lógicamente, se hacía necesario privarles de su cualidad de autoridad⁵⁷, sin que esta decisión haya redundado negativamente en el desempeño de sus actuaciones.

En fin, y aunque pueda parecer obvio, los funcionarios que lleven a cabo las correspondientes entradas han de hacerlo exclusivamente en ejercicio de sus atribuciones, y previa la correspondiente identificación fehaciente ante el titular o responsable del inmueble, local o instalación.

⁵⁶ Todo lo más, puede deducirse de la legislación la limitación a los funcionarios que ostenten la condición de agentes de la autoridad de la atribución de valor probatorio a “los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes”, “sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados” (art. 137.3 de la Ley 30/1992) y el mayor reproche penal que se deduce del artículo 556 del Código del mismo nombre. En sentido similar al expuesto, véase REBOLLO PUIG, M., *Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas*, Estudios para la reforma de la Administración Pública, op. cit., p. 451, añadiendo, con buen criterio, que deberían regularse por ley algunos “requisitos mínimos de capacitación profesional que consigan alguna uniformidad”, “como garantía de seriedad de la actividad administrativa y de los mismos inspeccionados”.

⁵⁷ Se muestran contrarios a esta distinción FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección*. El régimen jurídico de la función inspectora, op. cit., p. 482 y REBOLLO PUIG, M., *Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas*, Estudios para la reforma de la Administración Pública, op. cit., p. 458.

5.3. La necesidad o no de autorización judicial

Es, no obstante, la exigencia o no de obtener la previa autorización judicial el principal aspecto sobre el que conviene detenerse. La amplia división legal y jurisprudencial al respecto entre el rechazo o la exigencia de este requisito es buena muestra de lo problemático de una solución tajante y general, por lo que no es de extrañar que tampoco sea precisamente una cuestión pacífica en la doctrina⁵⁸. Se hace, por tanto, más que necesario intentar apuntar alguna solución que despeje las dudas actuales y que, evitando una extensión desmedida de la garantía la convierta en un trámite inútil por puramente ritual⁵⁹. En este sentido, es bueno partir de una posición de cierto equilibrio que tenga en cuenta, de un lado, el sacrificio indudable que sobre los derechos del titular de la propiedad se impone con el acceso de los funcionarios públicos y, de otro, las necesidades derivadas del principio de eficacia administrativa tanto en el ejercicio de sus funciones inspectoras como en la ejecución de unos actos que se presumen válidos y producen efectos desde el momento en que se dicten (art. 57.1 de la Ley 30/1992). Por esta razón creemos que puede establecerse un principio general de necesidad de autorización, salvo consentimiento del titular, que pudiera excepcionarse en los siguientes casos que podría enumerar la ley general de procedimiento.

En primer lugar, cuando ello resulte necesario por razones de emergencia pública. Recordemos, en este sentido, la regulación del estado de alarma contenida en la Ley Orgánica 4/1981 (LOAES), cuyo artículo 4 prevé su declaración, entre otros casos, con ocasión de “catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud”, así como “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”, supuestos en los que, a los efectos que nos importan, se puede acordar por decreto “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” (art. 11.c).

En segundo lugar, podrá prescindirse de la autorización en caso de lo que podríamos llamar emergencia privada, en interés del titular del inmueble, por ejemplo cuando la entrada tenga como finalidad una actuación encaminada a

⁵⁸ A título simplemente de muestra, sostienen la extensión dual de la autorización judicial, GONZÁLEZ NAVARRO, F., *La regulación de los procedimientos administrativos en la Ley de Defensa de la Competencia*, op. cit., p. 56; SANZ GANDÁSEGUI, F., *La ejecución de los actos administrativos que requieren la entrada en domicilio*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1688, 1993, p. 149 y GONZÁLEZ RIVAS, J.J., *El artículo 87.2 de la LOPJ: consideraciones doctrinales y jurisprudenciales*, Actualidad administrativa, núm. 44-45, diciembre 1991, p. 555. En cambio señala que no todos los lugares cerrados, sean locales o terrenos, son sedes de intimidad QUERALT, J.J., *La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos*. Especial referencia a la de las empresas, REDC, núm. 30, 1990, pp. 42 y ss.

⁵⁹ Al respecto, LÓPEZ MENUDO, F., *La intervención del juez para la defensa del domicilio y también de la propiedad?*, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer*, op. cit., p. 1907.

garantizar la protección de la vida de las personas. Se trata de una previsión, no por evidente menos necesaria, que ya fue en algún caso planteada incluso como posible límite a la inviolabilidad del domicilio constitucionalmente reconocida durante los debates que precedieron a la aprobación de la Ley Fundamental⁶⁰ y que de hecho ha aparecido en algún texto histórico, como sucedió con la Constitución de 1869⁶¹.

En tercer lugar, naturalmente, toda vez que ya se contempla en la Constitución como excepción a la inviolabilidad del domicilio, no será precisa la intervención judicial en el caso de entradas en el curso de la persecución de delitos *in fraganti*. Se trata de una previsión que no sólo es susceptible de afectar a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, sino que también ha de facilitar el trabajo de otro tipo de funcionarios, con la calificación de agentes de la autoridad, entre cuyas funciones se encuentran determinadas tareas de protección que pueden desembocar en la prevención de delitos, sobre todo relativos al medio ambiente, como pueden ser los casos de los agentes forestales, agentes ambientales en materia de aguas, etc. En este sentido, tampoco está de más extender la excepción a la persecución de ilícitos administrativos, al menos los de carácter grave o muy grave, sobre todo teniendo en cuenta cómo el principio de tipicidad se ha ido asentando en la jurisprudencia primero y la legislación después, de manera que no es posible alegar inseguridad jurídica al respecto. En cuanto al concepto de flagrancia, habrá que estar a la concepción clásica de percepción sensible, en los términos señalados por la conocida STC 341/1993, de 18 de noviembre⁶².

En cuarto lugar, es más que razonable la entrada administrativa sin autorización judicial en aquellos inmuebles en los que no se detecta un interés de exclusión por parte del propietario, especialmente en dos casos relevantes. De un lado, en el supuesto de los terrenos rústicos en los que no se haya ejercido el de-

⁶⁰ Este es uno de los sentidos de la enmienda presentada por el entonces senador Lorenzo Martín-Retortillo a lo que entonces era el artículo 17.2 del proyecto de constitución, conforme a la cual debía añadirse a continuación del reconocimiento del derecho el siguiente párrafo: "Por ley orgánica podrá autorizarse con carácter excepcional el acceso al domicilio por estrictas razones de auxilio a la vida, sanitarias o de calamidad". La enmienda fue rechazada en la Comisión de Constitución del Senado, por tres votos a favor y 21 en contra. Véase Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución, sesión núm. 5, de 24 de agosto de 1978, pp. 1842 y ss. Un comentario al debate del propio autor puede encontrarse en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Materiales para una Constitución*. Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado, Akal, Madrid, 1984, pp. 100 y ss., donde se alude, asimismo, a los arts. 14 de la Constitución italiana de 1947 y 13 de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949.

⁶¹ Su artículo 5, en su primer inciso, dice lo siguiente: "Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo de agresión procedente de dentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro".

⁶² Sendos comentarios a esta sentencia pueden encontrarse en MATÍA PORTILLA, F.J., *Delito flagrante e inviolabilidad del domicilio* (comentario a la STC 341/1993), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, septiembre-diciembre 1994, pp. 197 y ss. y PASCUA MATEO, F., *Comentario a la STC 341/1993, de 18 de noviembre, en 25 años de jurisprudencia constitucional*. 25 sentencias fundamentales comentadas, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2007, pp. 135 y ss.

recho de cierre previsto en el artículo 388 del Código Civil antes mencionado o se hayan colocado signos inequívocos que denoten tal intención⁶³, y, de otro, en el de locales abiertos al público, dentro del horario ordinario de apertura y con exclusión de aquellas dependencias cuyo acceso quede restringido, ya que pueden incluso gozar de la protección de la inviolabilidad domiciliaria⁶⁴. La justificación se antoja sencilla, pues no ha de colocarse a la Administración en peor condición que a los particulares, que son libres en ambas circunstancias de entrar y salir de las propiedades respectivas⁶⁵.

Además, la Administración Pública ha de poder practicar entradas en aquellos casos en los que se persiga adoptar una medida de protección del dominio público. Se trata de una potestad que se inserta sin gran violencia dentro de las facultades de autotutela defensiva⁶⁶, en virtud de la cual la Administración está legitimada para proteger unilateralmente, sin acudir a los tribunales, sus derechos. En virtud de la misma, puede proceder al desahucio administrativo, al deslinde unilateral o a la coacción directa para el desalojo de edificios públicos. Pues bien, en línea similar, la Administración ha de estar habilitada para acceder a espacios que sean objeto de una concesión o autorización administrativa con el fin doble, ya apuntado, de desarrollar labores de inspección o de ejecutar de manera forzosa actos administrativos, así como para hacer lo propio en inmuebles colindantes, siempre, ha de insistirse, con el único fin de salvaguardar la identidad e integridad del demanio. Así se ha contemplado en la legislación sobre patrimonio público, cuya normativa remite a la legislación sobre ejecución de actos administrativos de la Ley 30/1992, sin que en ningún caso se haga referencia a intervención judicial alguna, y así se contempla en alguno de los supuestos ya mencionados de sectores específicos de propiedades públicas, como es el caso de la Ley de Costas, de puertos o de aguas. En cualquier caso, dado que las razones de urgencia no son en este caso tan apremiantes, bueno será estipular como obligada la previa audiencia al interesado antes de proceder a las actuaciones reseñadas, tal y como se desprende de la Ley 33/2003 (arts. 52.d, respecto del deslinde, 56.a, en relación con la recuperación posesoria y art. 59.2, en el caso del desahucio administrativo).

⁶³ Como pueden ser los carteles de prohibido el paso, cerramientos parciales, portones, etc. En este sentido, véase GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 146.

⁶⁴ En este sentido, la STC 69/1999, de 26 de abril, F.J. 2, señala que el domicilio de las personas jurídicas “se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros”.

⁶⁵ En sentido similar, AGIRREAZKUENAGA, I., *La coacción administrativa directa en el ámbito de la inspección de consumo: límites en el acceso a locales a inspeccionar*, op. cit., p. 57 y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la actuación inspectora*, op. cit., p. 227.

⁶⁶ De supuesto paradigmático del poder general de autotutela ejecutiva del que la Administración se halla dotada ha sido calificada por SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid, 2004, p. 591.

Por último, como cláusula de cierre, ha de incluirse la previsión de que la regla general de necesidad de autorización quiebra cuando expresamente lo establezca una ley formal —en la medida en que se trata de limitar un derecho constitucional tal y como dispone el art. 53.1 CE— o una norma de derecho comunitario de alcance general. En el primer caso, debe rechazarse la posibilidad de que el decreto-ley establezca tal excepción, en la medida en que no parece que la misma pueda resultar incurso dentro de los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad fijados por el artículo 86.1 CE como presupuesto de hecho habilitante, tal y como éste ha venido definiéndose en los últimos tiempos por el Tribunal Constitucional, que ha llegado a declarar la inconstitucionalidad de alguna norma de este rango por no acreditar su cumplimiento⁶⁷. En el segundo, habrá que estar a lo dispuesto en los reglamentos comunitarios y en las directivas ya incorporadas al derecho español o en las que resulte de aplicación el principio del efecto directo vertical, es decir, las redactadas en términos claros e incondicionados y cuyo plazo de transposición haya vencido sin que se haya llevado a cabo actividad alguna por parte del Estado o la Administración competente para adaptar su ordenamiento⁶⁸.

Sentados los supuestos en que la autorización judicial se ha de entender como necesaria, quedan algunos aspectos destacables que referir. En primer término, el órgano competente. Desde un punto de vista histórico, hasta la reforma de la LOPJ llevada a cabo por la LO 6/1998, las autorizaciones de entrada para la ejecución de actos administrativos quedaban en manos del juez de instrucción (art. 87.2 de la versión hoy derogada), solución que presentaba algunas ventajas indudables, como eran la mayor disponibilidad horaria —ya que en cada partido judicial hay siempre un juez de guardia— y el mayor número de juzgados, sobre todo antes de la implantación de los juzgados de lo contencioso-administrativo, lo que permitía acelerar el trámite⁶⁹. En la actualidad no es posible, sin embargo, acudir a tal solución, debido a los problemas

⁶⁷ STC 68/2007.

⁶⁸ Esta es una cuestión de cierta importancia en el derecho de la competencia. Así, los arts. 20 y 21 del Reglamento CE núm. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, establecen la facultad de los agentes y personal acreditado por la Comisión para, entre otras actuaciones, “acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas”, así como a 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”. No obstante, en ambos casos —si bien de manera más rigurosa en el segundo, en tanto que no se deja margen de decisión al Estado nacional— se permite o se exige que la legislación nacional imponga la obligación de obtener previamente el correspondiente mandamiento judicial (art. 20.7 y 21.3). La extensión del control que le es lícito ejercer al juez en tal caso se establece en la STJ de 22 de octubre de 2002, asunto C-94/00 (Petición de decisión prejudicial de la Cour de cassation): *Roquette Frères SA contra Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*.

⁶⁹ No obstante, ya algún sector doctrinal había manifestado su disgusto con esta atribución competencial, por entender más razonable la intervención del juez de lo contencioso-administrativo. Así, BARCELONA LLOP, J., De la ejecución forzosa de los actos Administrativos a la ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas (STC 160/1991, de 18 de julio. Caso: Derribo de los edificios del casco urbano de Riaño), RAP, núm. 127, enero-mayo 1992, p. 200.

que pueden suscitarse ante la jurisprudencia constitucional que, en Sentencia 199/1998, ha señalado que, dado que al juez de instrucción le corresponde un mero examen formal de la legalidad del acto administrativo, la exclusión del juez de lo contencioso podría suponer una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del titular de la propiedad⁷⁰. Bien es verdad que posteriormente el propio Tribunal ha matizado que dicha infracción no se produce si el particular, habiendo podido interponer un recurso contencioso-administrativo que obligase a un examen de fondo de la legalidad de la actuación de la Administración, no lo ha hecho, conformándose con ésta⁷¹, pero esta doctrina no es aplicable a las entradas hechas con fines de inspección, frente a las que normalmente no habrá sido posible oponer un recurso contencioso-administrativo. En consecuencia, y puesto que la implantación de los juzgados de lo contencioso en las distintas provincias españolas es hoy un proceso consumado, sin perjuicio del aumento de su número allí donde el volumen de asuntos lo requiera, es más sensato seguir la línea abierta por el actual artículo 91.2 LOPJ y atribuir a estos órganos la competencia para expedir las autorizaciones pertinentes.

En segundo lugar, el contenido del examen que el juez ha de llevar a cabo a la hora de acordar o denegar la medida de entrada viene dado en términos generales por la conocida STC 137/1985, que estableció que, incluso en las autorizaciones de entrada en domicilios en el curso de un procedimiento de apremio para ejecutar una obligación tributaria por vía forzosa, no se hallaban “ausentes determinadas posibilidades de formación de juicio por parte del titular del órgano jurisdiccional, juicio conducente al otorgamiento o denegación de lo instado”⁷². En una palabra, la decisión ha de basarse en un examen material y debidamente motivado de la solicitud presentada, en el que se aprecie la proporcionalidad entre la medida y el fin público que se pretende proteger⁷³. A estos efectos, es conveniente que la administración aporte datos objetivos que justifiquen la inspección, demostrando asimismo su necesidad, en el sentido de no poder adquirirse la información precisa a través de medios menos gravosos⁷⁴, sin caer sin embargo en el círculo vicioso de no poder practicar la entrada porque no se dispone de una información que sólo puede obtenerse precisamente con dicha entrada. En este sentido, una denuncia por parte de un tercero de la comisión de ilícitos administrativos⁷⁵ o el estar contemplada la actuación inspectora sobre una actividad del propietario de manera específica en

⁷⁰ STC 199/1998, de 13 de octubre, FJ.2.

⁷¹ STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ.5.

⁷² STC 137/1985, de 17 de octubre, FJ.5.

⁷³ Acerca del principio de proporcionalidad, véase SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004 y GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson — Aranzadi, Navarra, 2003.

⁷⁴ En esta misma línea, véase FERNÁNDEZ GARCÍA, J.F., *Los Montes de Particulares en el Derecho Administrativo Español*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 205.

⁷⁵ De hecho, la jurisdicción constitucional ha llegado en ocasiones a aceptar como base las informaciones de fuentes confidenciales (STC 166/1999, FJ.8).

un plan anual de inspección, así como la toma de imágenes u otras evidencias desde fuera de la finca, cuando ello sea posible —piénsese en la construcción de urbanizaciones ilegales en montes, que han de resultar visibles desde el exterior— son elementos que pueden resultar decisivos.

Por último, desde un punto de vista procedimental, ha de asegurarse tanto la seriedad del examen en orden a conceder la autorización, como su rapidez. Para ello, la forma de auto de la resolución, prevista en el artículo 91.2 LOPJ, se antoja especialmente adecuada, puesto que exige una motivación de la misma, motivación que puede producirse en términos escuetos, e incluso acudiendo a modelos normalizados, siempre que permita inferir las razones tomadas en consideración⁷⁶. Además de la motivación, el auto debe detallar el inmueble objeto de entrada y el plazo en el que ésta puede llevarse a cabo, perdiendo eficacia una vez transcurrido⁷⁷. Por supuesto, la tramitación habrá de ser lo más sencilla posible, de manera que bastará la solicitud por la Administración a través de cualquier medio que asegure su constancia —y aquí la modernización de la Administración puede ayudar mucho a través de las nuevas tecnologías que permitan su presentación por medios digitales previa acreditación de firma electrónica— con aportación de las razones justificativas, para pasar a resolver de plano, *inaudita parte*⁷⁸, con lo que no debiera demorarse la respuesta más allá de pocos días, o incluso horas en supuestos de especial urgencia⁷⁹. En fin, su comunicación también ha de poder efectuarse por medios técnicos que aseguren la rapidez y la constancia de su recepción y autenticidad.

5.4. Horario

Ya se ha señalado que ha sido tradicional en la normativa reguladora de las entradas en domicilios, pero también en la de otros inmuebles, prohibir su práctica durante la noche, por razones evidentes de publicidad de la actuación,

⁷⁶ Así, aunque señalan que su uso no es aconsejable, las SSTC 104/2002, de 6 de mayo, F.J.3 y 9/2003, de 20 de enero, F.J.5, concluyen que no implican necesariamente una falta o insuficiencia de motivación, “pues peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta, debiendo analizarse el caso concreto para determinar la suficiencia de la respuesta ofrecida”.

⁷⁷ Exigencias establecidas, junto con el juicio de proporcionalidad por la STC 239/1999, de 20 de diciembre, F.J.5 para la motivación de los autos de autorización de entrada en un domicilio, que pueden aplicarse por analogía a este supuesto.

⁷⁸ Aunque el principio de contradicción forma parte esencial del proceso, en este supuesto la citación a la otra parte significaría en la casi totalidad de las ocasiones la inutilidad de la medida. En el mismo sentido, BAÑO LEÓN, J.M.^a, El servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia: funciones y procedimiento, La intervención administrativa en la economía, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, p. 227 y FERNÁNDEZ RAMOS, El derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la actuación inspectora, op. cit., p. 246.

⁷⁹ A título de ejemplo, valga el artículo 40.4 de la Ley 15/2007, fija en cuarenta y ocho horas el plazo en el que deberá pronunciarse el juez de lo contencioso-administrativo acerca de la autorización judicial para las actuaciones inspectoras que deba llevar a cabo la Comisión Nacional de la Competencia y que cuenten con la oposición del afectado.

si bien en la actualidad es muy frecuente que se establezca en la legislación que los accesos puedan tener lugar “en cualquier momento”. No obstante, de algunas disposiciones generales de la Ley 30/1992 pueden deducirse límites a esta amplitud legislativa que se antoja excesiva si no se imponen ciertas cautelas. Es el caso del artículo 85.1, de acuerdo con el cual “los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales”, precepto que, enlazado con la necesaria presencia del titular del inmueble o representante en la entrada, ofrece cobijo a las restricciones del horario⁸⁰. En general, en el caso de accesos a locales de negocios la normativa ha de prever que se efectúen durante el horario de apertura, con el fin de causar el menor trastorno posible al titular o responsable, así como a la actividad que se lleve a cabo. Esta previsión es aún más imperiosa cuando las labores de inspección se dilatan en el tiempo y encuentra una justificación importante en la alteración que produce una solución contraria en la jornada laboral de los trabajadores, en el caso de que los haya, del local inspeccionado, cambio para el que no es competente la Administración inspectora, según ha señalado el Tribunal Supremo⁸¹.

Por supuesto, esta regla puede sufrir excepciones. Por de pronto, el acuerdo entre el funcionario y el titular del inmueble puede determinar que se escoja otro momento, tal y como dispone, por ejemplo, el artículo 85.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. En otros casos, sobre todo cuando la entrada recaiga sobre propiedades no afectas a una actividad con un horario estandarizado, como pueden ser los montes, almacenes, etc., es posible que se deba acudir a horas más intempestivas, circunstancia que habrá de estar debidamente motivada y que tal vez haga necesaria una previa autorización judicial, salvo caso de comisión flagrante de una infracción administrativa, que permitiría una intervención de plano de la Administración.

5.5. Comunicación al titular y presencia de testigos

Un requisito adicional, que ha de estar presente en la regulación de toda entrada administrativa es el deber de comunicación al titular de la propiedad. Ha dicho en este sentido el Tribunal Constitucional que dicha exigencia puede anudarse al derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 CE, en tanto que “si la intimidad es, entre otras facetas, una reserva de conocimiento de un ámbito personal, que por eso denominamos privado y

⁸⁰ De hecho, no faltan autores que extienden este principio a todos los procedimientos de visitas administrativas para inspección, sea o no necesario que esté presente el titular. Véase FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, op. cit., p. 372.

⁸¹ STS de 22 de enero de 1993, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª, fundamento noveno.

que administra su titular, tal administración y tal reserva se devalúan si el titular del ámbito de intimidad desconoce las dimensiones del mismo porque desconoce la efectiva intromisión ajena. Tal devaluación es correlativa a la de la libertad, a la de la «calidad mínima de la vida humana»⁸². Todo ello, por supuesto, por no hablar de la falta de garantías que provoca una entrada de unos funcionarios que se produzca sin la presencia de testigos, en la que agentes públicos faltos de la ética profesional usual pudieran introducir o eliminar pruebas a discreción⁸³. Naturalmente, no es necesario que esta comunicación sea siempre previa, puesto que resulta evidente que en determinadas circunstancias, nada infrecuentes, por lo demás, se volvería del todo ineficaz la finalidad que persigue la entrada⁸⁴. Habrá de valorarse según los casos cuándo será exigible la comunicación anterior y cuándo bastará con una información contemporánea o incluso posterior a la entrada. Con carácter general, bien pudiera establecerse la obligación de la comunicación en el caso de las entradas para la ejecución forzosa de actos administrativos, salvo peligro de sustracción de objetos, para la que pocos perjuicios pueden imaginarse con verosimilitud. En cambio, la labor de inspección necesita con mucha mayor premura de la sorpresa, por lo que bastará con localizar e informar al titular o al responsable del local en el momento en que la entrada vaya a producirse de manera inminente, permitiéndole, desde luego, la presencia en las actuaciones correspondientes⁸⁵. Sólo en supuestos excepcionales, que debieran ir precedidos, según se ha señalado, de la correspondiente autorización judicial, y con presencia de funcionario de la administración de justicia, podría retardarse la comunicación a un momento posterior.

No es éste, lamentablemente, el régimen que preside alguna regulación sectorial, a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad. Es el caso de los artículos 58.3 de la Ley 43/2003, de Montes y 94.3.a) de la Ley de Aguas, que disponen que “Al efectuar una visita de inspección, (los agentes forestales o ambientales) deberán comunicar su presencia a la persona inspeccionada o su representante, a menos que consideren que dicha comunicación pueda perjudicar el éxito de sus funciones”. Tales preceptos introducen una dosis de arbitrariedad inaceptable, que vuelve irrisoria la presunta garantía al quedar sometida al criterio del funcionario, al que ni siquiera se exige específicamente

⁸² STC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J.3.

⁸³ Por esta falta de contradicción el Tribunal Constitucional ha considerado nulas las pruebas halladas en el registro de un vehículo sin la presencia de su propietario y sin que quede probada la urgencia de la actuación (STC 303/1993, de 25 de octubre, F.J.5).

⁸⁴ STC 89/2006, de 27 de marzo, F.J.6.

⁸⁵ A título de ejemplo, el artículo 151.2 de la LGT establece que “la inspección podrá personarse sin previa comunicación en las empresas, oficinas, dependencias, instalaciones o almacenes del obligado tributario”. En línea similar, se sitúan las Leyes General de Sanidad y del Uso Racional de los Medicamentos, ya mencionadas. Más explícito es el artículo 12.a) de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, que, al imponer a los titulares el deber de permitir la entrada de los inspectores “siempre que aquéllos se acrediten debidamente ante el empresario, su representante legal o persona debidamente autorizada o, en su defecto, ante cualquier empleado que se hallara presente en el lugar”, exige indirectamente una comunicación del citado acceso.

la motivación de su decisión (dicho deber puede, no obstante, deducirse del artículo 54 de la Ley 30/1992, que obliga a motivar los actos discrecionales).

5.6. Levantamiento preceptivo de acta e inscripción de la visita en registro público

Por último, será preciso que de las actuaciones realizadas se levante la pertinente acta, que se pondrá a disposición del titular o su representante —quienes han de recibir la copia correspondiente⁸⁶— para que formule las alegaciones que estime oportunas y será firmada por todos los intervinientes. En ella han de constar todos los elementos necesarios para identificar el sujeto y lugar inspeccionado, los agentes encargados de esta tarea, los efectos y documentos encontrados o los hechos constatados y la conformidad o disconformidad del afectado. Esta exigencia puede derivarse de la jurisprudencia acuñada por el Tribunal Constitucional en relación con las entradas de inspección en el domicilio del obligado tributario, fijada en la STC 50/1995, de la que también se deduce el deber de remitir copia al órgano judicial correspondiente cuando éste haya tenido que autorizar la entrada. Por supuesto, debido a su condición de documento en que se hace constar una actividad administrativa de control con las características de inmediatez que la rodean, le será de aplicación la normativa acerca de su valor probatorio *iuris tantum* establecida en el artículo 137 de la Ley 30/1992⁸⁷.

Del mismo modo, todos aquellos elementos que se hayan encontrado y deban constar en el expediente a efectos probatorios serán debidamente identificados y sellados, garantizando su debida custodia. Sobre los funcionarios pesará el correspondiente deber de reserva respecto de todos los datos que conozcan en el curso de sus investigaciones, como queda establecido en algunas de las normas sectoriales, tales como el artículo 34 de la Ley General Tributaria. En fin, las entradas deberían constar en un registro con indicación somera de las circunstancias temporales, identificación de los funcionarios que lo hubieran llevado a término, etc., con el fin de que pueda estar a disposición judicial para un eventual control de su regularidad.

⁸⁶ Así lo disponía el hoy derogado artículo 34.5 de la Ley 16/1989.

⁸⁷ Como es sabido, la STC 76/1990, de 26 de abril, F.J.8, estableció que dicho valor probatorio no exime a la Administración de cualquier otra actuación, pues no goza de una presunción *iuris et de iure* de exactitud.