





***“EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO:  
UN ESTUDIO CRÍTICO DESDE LA PERSPECTIVA TEÓRICO-PRÁCTICA”***

Autor

**Antonio Luis Valero Canales**

Murcia, 11 de noviembre de 2015





## Agradecimientos

Antes de exponer el contenido de esta obra, debo de expresar mi sincero agradecimiento a mis dos directores de tesis: Manuel Baelo y Javier Belda, por su aliento y acertada orientación.

Mención especial merece la Universidad Católica de Murcia, encarnada en su Presidente Don José Luis Mendoza, en donde el respeto, la educación y el desarrollo integral de los derechos del hombre como individuo y como responsable miembro de la sociedad son fundamento de la labor docente.

Y dentro de la misma, quiero referirme en particular al Departamento de Criminología, donde he impartido clases durante tantos años, y en el que junto a compañeros entrañables, he asistido a la transformación de la titulación, a su crecimiento y desarrollo, encontrándose hoy insertada en el mundo universitario nacional con enorme solvencia y reconocimiento.

Finalmente, hoy puedo decir con satisfacción que se hace realidad esa máxima que expresa: “si quieres aprender, enseña”, pues esta tesis doctoral es fruto tanto de la investigación científica como de la docencia universitaria.

## ÍNDICE

- I. LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL
  - I.1. INTRODUCCIÓN
  - I.2. CONCEPTO
    - I.2.1 Aproximación a la concepción de los derechos fundamentales**
    - I.2.2 Derechos humanos y derechos fundamentales**
    - I.2.3 El doble carácter de los derechos fundamentales**
    - I.2.4 Eficacia normativa**
  - I.3. NATURALEZA DE DERECHO FUNDAMENTAL
  - I.4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA
- II. MARCO NORMATIVO
  - II.1. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
  - II.2. CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA
  - II.3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978
    - II.3.1 La recepción de los derechos fundamentales**
    - II.3.2 Su plasmación constitucional**
  - II.4. NORMATIVA LEGAL INTERNA
    - II.4.1 Desde la perspectiva de la jurisdicción**
    - II.4.2 Otras normas internas**
  - II.5. SU REFLEJO EN LA JURISPRUDENCIA
- III. FUNDAMENTO, CARACTERÍSTICAS Y PROTECCIÓN DEL DERECHO
  - III.1. FUNDAMENTO
    - III.1.1 Consideraciones preliminares**
    - III.1.2 Aproximación a su fundamento**
    - III.1.3 La propiedad como fundamento del derecho**
    - III.1.4 Libre elección de residencia**
    - III.1.5 La libertad y seguridad**



### **VI.3.2 Suspensión individual del derecho**

- VII. PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO
  - VII.1. CONCEPTO Y REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO
  - VII.2. CAPACIDAD
  - VII.3. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO
  - VII.4. FORMA, CONTENIDO Y REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO
  - VII.5. TITULARIDAD. PLURALIDAD DE TITULARES
  - VII.6. EL CONSENTIMIENTO EN LAS PERSONAS JURÍDICAS
- VIII. DELITO FLAGRANTE
  - VIII.1. INTRODUCCIÓN
  - VIII.2. APROXIMACIÓN PROCESAL
  - VIII.3. CONCEPTO CONSTITUCIONAL
- IX. AUTORIZACIÓN JUDICIAL
  - IX.1 INTRODUCCIÓN
  - IX.2 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL
  - IX.3 JURISDICCIÓN
  - IX.4 COMPETENCIA
    - IX.4.1 Competencia en el orden jurisdiccional civil**
    - IX.4.2 Competencia en el orden jurisdiccional penal**
    - IX.4.3 Competencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo**
    - IX.4.4 Competencia en el orden jurisdiccional social**
  - IX.5 MOTIVACIÓN
  - IX.6 PROPORCIONALIDAD
- X. CONCLUSIONES GENERALES
- XI. FUENTES JURÍDICAS



## Abreviaturas utilizadas:

Art.	<i>Artículo</i>
Arts.	<i>Artículos</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CP	<i>Código Penal</i>
CE	<i>Constitución Española</i>
CENDOJ	<i>Centro de Documentación Judicial</i>
CC	<i>Código Civil</i>
EDJ	<i>Editorial El Derecho. Jurisprudencia</i>
etc	<i>Etcétera</i>
f.j.	<i>Fundamento jurídico</i>
LJCA	<i>Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa</i>
LOPJ	<i>Ley Orgánica del Poder Judicial</i>
LOTJ	<i>Ley Orgánica del Tribunal Constitucional</i>
LJS	<i>Ley reguladora de la jurisdicción social</i>
LEC	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>
LECRIM	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>
LGT	<i>Ley General Tributaria</i>
TC	<i>Tribunal Constitucional</i>
TS	<i>Tribunal Supremo</i>
TEDH	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>



I

---

LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO COMO  
DERECHO FUNDAMENTAL



## LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

### I.1 INTRODUCCIÓN

La presente obra, tiene por objeto el estudio del régimen jurídico que presenta el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el art. 18.2 de la Constitución española de 1978. Ello, sin duda, supone adentrarse en los pilares sobre los que asienta toda sociedad democrática, y que tiene su corolario en la proclamación del Estado español como un Estado social y democrático de Derecho<sup>1</sup>, tal como se recoge en el art. 1.1 de nuestra Carta Magna.

Específicamente, y al centrarse en un derecho fundamental que afecta de una forma precisa y directa a esa esfera personal de la vida de los ciudadanos que toda Constitución de un país democrático debe tutelar, hunde sus raíces en conceptos capitales de la propia estructura del Estado democrático.

Estas raíces vienen representadas por todo un conjunto de valores que la propia CE reconoce y garantiza, y que tienen que ver con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico ( art. 1.1 CE); con la dignidad de persona y el reconocimiento de unos derechos inalienables que le pertenecen como tal ( art. 10.1 CE); y con todo un sistema de garantías y tutela de los derechos fundamentales que se proyecta tanto en un orden institucional, a través por ejemplo de la figura del Defensor del Pueblo; como en un orden normativo, a través de los mecanismos que la propia CE consagra en su art. 53.2; como en un orden jurisdiccional, a través de procedimientos judiciales específicos basados en los principios

---

<sup>1</sup> El art. 1º.1 CE establece que: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

de preferencia y sumariedad, y en último término, en el recurso de amparo ante el TC.

Por tanto, y centrándonos en el concreto derecho fundamental objeto de estudio, este trabajo aborda en primer lugar la consideración del domicilio como tal derecho fundamental, aludiendo a sus antecedentes históricos en cuanto puedan servir para rastrear la finalidad perseguida por la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

El hecho de que nuestra Carta Magna lleve ya muchos años vigente, y de que el derecho a la inviolabilidad del domicilio tenga una innegable transposición internacional a través de los Convenios y Tratados internacionales dictados en la materia, implica que deba tenerse en cuenta todo un bagaje interno e internacional de reconocimiento y plasmación de los derechos fundamentales, y haya de acudir a distintas fuentes jurídicas para reconocer los múltiples matices que en la legislación positiva y en la práctica jurisprudencial se recoge este derecho.

Por ello, en esta obra se estudia también el reflejo que este derecho fundamental tiene en las distintas ramas del ordenamiento jurídico donde su plasmación positiva requiere una aplicación del derecho fundamental, al menos, en lo referente a aquéllas cuestiones que afecten más intensamente a los domicilios constitucionalmente protegidos.

El art. 18.2 CE impone el análisis del propio concepto constitucional de domicilio, debiendo plantearnos para llegar a este concepto el estudio de los diferentes espacios físicos a los que debe dársele tal categoría. Para ello, el recurso a la jurisprudencia es absolutamente esencial.

Hemos de recoger las propias acciones en las que el derecho se ejerce: tanto la entrada como el registro domiciliario, y valorar cada una de ellas como un ejemplo genuino y diferenciado de injerencia en el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Se ha de realizar un exhaustivo examen de los títulos que la CE recoge como legitimadores para que pueda efectuarse una entrada y registro con absoluto respeto a dicho derecho fundamental, abarcando también un supuesto que no se deriva directamente del texto constitucional, pero que es unánimemente aceptado por la doctrina y por la jurisprudencia, como el estado de necesidad.

Lo que determina, en definitiva, que el acercamiento al estudio de los derechos fundamentales supone la constatación de que existen unos valores que es necesario recoger y proteger, para que la propia dignidad del hombre sea respetada. Dentro de ello, el derecho a la inviolabilidad del domicilio ofrece al individuo esa pequeña porción de espacio físico donde pueda ejercer su libertad más íntima, donde puede ser él mismo en todas las facetas de la vida, y donde puede alejarse de los demás hombres para entrar en su pequeño reino. El viejo adagio de “mi casa es mi castillo” ofrece claramente esa imagen de dominio sobre los propios asuntos y de fortaleza frente a las injerencias externas.

Por pequeño y humilde que sea, el domicilio es la referencia del hombre libre a un lugar que considera genuinamente suyo, y donde se refugia de los avatares que la vida social le impone.

Por ello, la necesidad de preservar ese espacio justifica ampliamente que desde una perspectiva jurídica se realice un estudio actualizado del régimen jurídico que la inviolabilidad del domicilio ofrece, y para ello, se debe situar este derecho en el seno de un Estado concreto, el español, sin olvidarse la importancia de la internacionalización de los derechos humanos, como una forma de predominio de los derechos básicos del ciudadano por encima de la legislación positiva fruto de la soberanía de los Estados, lo que protege a éste de los totalitarismos, y supone en

palabras de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER<sup>2</sup> que: *“no hay realmente constitución si no se asume el compromiso de garantizar determinados valores.”*

Para concluir, podríamos expresar la importancia de este derecho fundamental en la famosa frase atribuida a Winston Churchill: *“La democracia es el sistema político en el cual, cuando alguien llama a la puerta de la calle a las seis de la mañana, se sabe que es el lechero”*.

## I.2 CONCEPTO

### I.2.1 Aproximación a la concepción de los derechos fundamentales.

El modelo constitucional actual en las sociedades occidentales se asienta en unos pilares esenciales, uno de los cuales lo constituye el reconocimiento y protección de unos derechos básicos, fundados en un sistema valorativo general en la sociedad, y que se ha plasmado en los llamados “derechos fundamentales”.

Existe una íntima conexión entre la proclamación del Estado de Derecho y el reconocimiento de los derechos fundamentales. La concepción que subyace en dicha conexión es que el poder público debe limitarse, y someterse al derecho. SÁNCHEZ AGESTA<sup>3</sup> lo afirma así: *“la raíz profunda de la idea de Estado de Derecho es, pues, que el poder debe ser limitado”*.

De ello, cabe extraer la consecuencia de que el concepto de Estado de Derecho supone la consagración de la limitación del poder público mediante su sumisión al ordenamiento jurídico, y especialmente, a aquellas normas que gozan de una primacía en el seno de las sociedades

---

<sup>2</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: *“Los derechos fundamentales y la Constitución a los veinticinco años. Constitución y control de la actividad administrativa”*. Cuadernos de Derecho Judicial. Revista del Poder Judicial número 27. Año 2003. Consejo General del Poder Judicial. Página 155.

<sup>3</sup> SÁNCHEZ AGESTA, L.: *“Sistema político de la Constitución Española de 1978”*. Editora Nacional. 1980. Página 70.

occidentales, y que se sitúan en la cúspide normativa. La garantía última de la existencia de un Estado de Derecho requiere la proclamación de unos derechos fundamentales, garantizados mediante una efectiva protección. Paralelamente, sin la existencia de unos derechos fundamentales no podemos hablar propiamente de la proclamación del Estado de Derecho.

PECES-BARBA MARTÍNEZ<sup>4</sup> lo expresa con rotundidad al señalar: *“sólo las sociedades democráticas, organizadas en Estado de Derecho, pueden contener en su ordenamiento una regulación de los derechos fundamentales”*.

A la hora de determinar su concepto, debemos tener en cuenta el componente ético que subyace en su concepción. En primer lugar, existe una potente corriente filosófica, basada en el “iusnaturalismo”, de fuerte contenido humanista, que ha proclamado y reconocido la existencia de unos derechos en el hombre, que están ínsitos en su propia naturaleza y que, por lo tanto, no dependen de la plasmación positiva de los mismos en el orden jurídico.

En este marco se encuadraría la tesis del contrato social que tiene su máximo exponente en ROSSEAU<sup>5</sup>, en virtud del cual, los derechos del individuo son naturales y se basan en su condición humana, mientras que el Estado es artificial y objeto de creación por el hombre. Los hombres son por naturaleza libres e iguales, y titulares de sus derechos con carácter previo a su inmersión en la sociedad.

Son los hombres los que voluntariamente ceden o limitan sus derechos para dar nacimiento al Estado. De ahí se deduce la existencia de unos derechos previos a su reconocimiento estatal.

---

<sup>4</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y otros: *“Textos básicos de Derechos Humanos”*. Editorial Aranzadi. 2001. Página 22.

<sup>5</sup>ROSSEAU, J.J. Destacan a este respecto sus obras: *“El contrato social”*. Editorial Maxtor. 2008; *“Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres”*. Editorial Tecnos. 2005

Por el contrario, HOBBS<sup>6</sup>, aunque parte también de la noción de que los hombres son libres e iguales por naturaleza, considera que viven en un estado de guerra permanente, por lo que el contrato social permite crear una sociedad civil capaz de ofrecer paz y seguridad a los hombres. De este modo, los hombres crean el Estado como un ente coercitivo capaz de sembrar e imponer terror entre ellos, para que se sometan y obedezcan las leyes.

Esta idea de los derechos de los ciudadanos como derechos previos a la propia organización política, como afirma DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ<sup>7</sup> está sometida a un componente más: la razón. Concretamente, afirma que: *“es significativo que incluso hoy en día, en que las versiones rígidas del iusnaturalismo están intelectualmente desacreditadas, siga hablándose de declaraciones de derechos: ello denota que no tienen una eficacia constitutiva, sino meramente declarativa o, si se prefiere, que no recogen derechos graciosamente otorgados por el Estado. Antes al contrario, tales derechos se consideran preexistentes al Estado, y, por ello, idóneos para limitar la acción del mismo”*.

En este sentido, las declaraciones de derechos lo que hacen es reconocerlos, afirmar su existencia, partiendo de que es algo de lo que ya disponen los individuos.

Ello se puede traslucir en el hecho de que en la CE, los derechos fundamentales aparezcan recogidos en su Título I, lo cual puede estar expresando su carácter cardinal y primigenio dentro de la organización política del Estado, y afirmando su carácter valorativo como principal cimiento de la estructura política.

---

<sup>6</sup> HOBBS, T.: *“Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil”*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia. 1992.

<sup>7</sup> DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *“Sistema de derechos fundamentales”*. 2ª edición. Editorial Thomson-civitas. Pag.28

El art. 1.1 CE recoge, como ya hemos advertido, unos valores sobre los que se asienta la propia definición del Estado, y que se desarrollan a lo largo de nuestro texto constitucional.

Así, el art. 10.1 CE<sup>8</sup> recoge la dignidad de la persona como referencia valorativa general, y específicamente, alude a la existencia de unos derechos inviolables inherentes a esa dignidad. De este modo, nuestra Constitución engarza con esa concepción valorativa de los derechos fundamentales como derechos constitucionales que plasman su reconocimiento concreto, no su creación por la norma, y que son previos a la organización política. Es más, dicho reconocimiento es el sustrato sobre el que se va a asentar la construcción de las instituciones del Estado, y la convivencia pacífica de los ciudadanos.

De esta forma, SÁNCHEZ AGESTA<sup>9</sup> señala que: *“la dignidad es tanto como la excelencia o mérito de un ser y el decoro o respeto que se le debe por esa excelencia. Dignidad de la persona significa, pues, lo que se debe a la persona por su calidad de tal y, si se quiere, darle un sentido jurídico más idóneo, lo que es adecuado a la naturaleza misma del hombre como ser personal”*.

De este modo, no es el Estado el que otorga los derechos fundamentales, sino el que debe establecer las condiciones propicias para su reconocimiento y realización. El Estado obtiene su legitimación democrática por la plasmación y garantía de los derechos fundamentales. Por ello, los derechos fundamentales limitan desde su inicio la propia autoridad del Estado.

---

<sup>8</sup> Art. 10.1 CE establece: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ AGESTA, L.: *“Sistema político de la Constitución Española de 1978”*. Editora Nacional.1980. Página 75.

En este sentido, PÉREZ ROYO<sup>10</sup> afirma que: *“los derechos naturales han sido constitucionalizados. Pero lo han sido sin perder su carácter natural, esto es, previo al Estado y a la Constitución”*.

De ahí que la estrecha interrelación entre el concepto de Estado social y democrático de Derecho que recoge nuestra Carta Magna en su art. 1.1; la proclamación como valores superiores del ordenamiento jurídico a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político en el mismo artículo; la consagración de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social; sean los pilares sobre los que se construye la existencia de unos derechos calificados como fundamentales, y que a su vez éstos son los que dan carta de naturaleza a nuestro texto legal como una auténtica Constitución, y no como una mera declaración de principios sin garantías de aplicación.

En este sentido, es clásica la referencia al art. 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano<sup>11</sup> que establece: *“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada y la separación de poderes no está determinada, no tiene constitución”*.

Es claro que de acuerdo a la tradición jurídica que parte de las primeras Declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII, entre las que destacan la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 producto de la Revolución Francesa, y la primeras Declaraciones de Derechos de los Estados americanos<sup>12</sup>, el reconocimiento de unos

---

<sup>10</sup> PÉREZ ROYO, J.: *“Curso de Derecho constitucional”*. Decimotercera edición. Editorial Marcial Pons. Página 191.

<sup>11</sup>En su versión original denominada: “la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen” disponía en dicho art. 16 : *“Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”*.

<sup>12</sup> De entre ellas, destacan la Carta de Privilegios de Transilvania de 1701; la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776; la Declaración de Independencia de Norteamérica de 4 de julio de 1776; la Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware de 11 de septiembre de 1776; la Declaración de Derechos de la Constitución de los Estados Unidos de América y sus diez primeras enmiendas de 15 de diciembre de 1791.

derechos, ha sido la prueba palmaria de la existencia de una auténtica constitución en ese Estado.

Este carácter de los derechos fundamentales como sustento del ordenamiento jurídico general y del orden de valores que la Constitución proclama es también reconocido en la sentencia TC 21/1981, de 15 de junio<sup>13</sup>.

### I.2.2 Derechos humanos y derechos fundamentales

La noción de derechos fundamentales lleva aparejada por similitud o aproximación el término de “derechos humanos”, no siendo pacífica su delimitación, ya que se ha partido de una diferenciación basada en los ordenamientos jurídicos que los reconocen, al señalarse por DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ<sup>14</sup> que: *“la expresión derechos humanos designa normalmente aquellos derechos que, refiriéndose a valores básicos, están declarados en tratados internacionales. La diferencia ente derechos fundamentales y derechos humanos estribaría, así, en el ordenamiento que los reconoce y protege: interno, en el caso de los derechos fundamentales; internacional, en el caso de los derechos humanos”*.

Esta teoría, sin embargo, sostiene la especial conexión de unos y otros, que se manifiesta sustancialmente en la existencia de normas internacionales de indudable repercusión interna, como ocurre con el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Expone la citada sentencia en su f. j. 10º que: *“no cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”*.

<sup>14</sup> DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *“Sistema de derechos fundamentales”*. 2º edición. Editorial Thomson-civitas. Página 34.

<sup>15</sup> Nos referimos al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Por el contrario, PÉREZ LUÑO<sup>16</sup> traza una delimitación basada en el diferente grado de concreción positiva de estas dos categorías. Así, los derechos humanos serían un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser recogidas tanto por los ordenamientos jurídicos nacionales como internacionales, mientras que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, generalmente en las normas constitucionales.

Concretamente, PÉREZ LUÑO<sup>17</sup> define a los derechos fundamentales como: *“aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”*.

Por su parte, PECES BARBA MARTÍNEZ <sup>18</sup> aludiendo al mayor contenido moral que encierra la expresión “derechos humanos”, entiende como más adecuada la de “derechos fundamentales”, al entender necesaria la positivación de esos valores morales, ya que según dicho autor, no tendría sentido hablar de la fundamentación de un derecho que no sea luego susceptible de integrarse en el Derecho positivo.

Por tanto, para este autor los derechos fundamentales sólo alcanzan su plenitud cuando:

- 1) Una norma jurídica positiva (normalmente con rango constitucional o de ley ordinaria) los reconoce.
- 2) De tal norma se deriva un conjunto de facultades o derechos subjetivos.

---

<sup>16</sup> PÉREZ LUÑO, A.E.: *“Los derechos fundamentales”*. 9ª edición. Editorial Tecnos. Página. 46.

<sup>17</sup> PÉREZ LUÑO, A.E.: *“Los derechos fundamentales”*. 9ª edición. Editorial Tecnos. Página 46.

<sup>18</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *“Lecciones de derechos fundamentales”*. Editorial Dykinson S.L. 2004. Página. 31.

- 3) Los titulares pueden contar para la protección de los derechos con el aparato coactivo del Estado.

BOBBIO<sup>19</sup> se muestra también partidario de un positivismo jurídico y no considera que exista un fundamento absoluto de los derechos humanos. Para este autor: *“el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político”*. Por ello, su modo de justificar los valores contenidos en los derechos humanos se halla en el consenso. Así, proclama al referirse al consenso que: *“ciertamente se trata de un fundamento histórico y como tal, no absoluto: pero el histórico del consenso es el único fundamento que puede ser probado factualmente”*.

PÉREZ ROYO<sup>20</sup> considera a los derechos fundamentales como: *“los derechos naturales constitucionalizados sobre la base del principio de soberanía popular. No basta, por tanto, que los derechos sean enumerados sin más en la Constitución. Esto ya había ocurrido en bastantes constituciones europeas a lo largo del siglo XIX. Para que los derechos se conviertan en derechos fundamentales tienen que incorporarse a una Constitución que se afirme expresamente como norma jurídica y que prevea mecanismos para garantizar su supremacía sobre todas las demás normas del ordenamiento y en particular sobre la ley”*. Y añade que: *“los derechos fundamentales son los derechos naturales constitucionalizados democráticamente. Son, por tanto, al mismo tiempo expresión de la naturaleza humana y de la técnica del hombre, esto es, naturales y artificiales”*.

PÉREZ LUÑO<sup>21</sup> concilia distintas concepciones: *“al entender los derechos humanos como una categoría previa, legitimadora e informadora de los derechos fundamentales, así como el reconocimiento de que los derechos*

---

<sup>19</sup> BOBBIO, N.: *“El tiempo de los derechos”*. Editorial Sistema.1991. Páginas 61-65.

<sup>20</sup> PÉREZ ROYO, J.: *“Curso de Derecho constitucional”*. Decimotercera edición. Editorial Marcial Pons. Página 190.

<sup>21</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO E.: *“Los derechos fundamentales”*. 9ª edición. Editorial Tecnos. Página 51.

*fundamentales son una categoría descriptiva de los derechos humanos positivados en el ordenamiento jurídico”.*

PECES-BARBA MARTÍNEZ<sup>22</sup> considera cuatro procesos de evolución de los derechos humanos: la positivización, la generalización, la internalización y la especificación. La primera, ocurre con su traslado desde postulados o valores a su inclusión en el derecho positivo, principalmente a través de las constituciones de los Estados soberanos; la segunda, con su extensión a todas las capas sociales al introducir un componente igualitario en los derechos, con el sufragio universal y los derechos de contenido económico, o social como la educación, cultura o sanidad; la internalización, superando las barreras nacionales al promulgarse textos positivos de carácter internacional que recogen proclamaciones de derechos, como la Declaración de Derechos de la ONU o el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>23</sup> ; y por último la especificación, que son unos nuevos derechos, que no van dirigidos a todos los ciudadanos, sino a un grupos de los mismos que se encuentran en posiciones de inferioridad: derechos de los niños, de las mujeres, de los discapacitados.

### **I.2.3 El doble carácter de los derechos fundamentales**

Esta naturaleza de los derechos fundamentales como algo esencial y constitutivo del propio Estado democrático y de Derecho ha provocado que surja la idea del doble carácter de los derechos fundamentales.

---

<sup>22</sup>PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO: “*Textos básicos de Derechos Humanos*”. LLAMAS GASCÓN, ÁNGEL; FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS. Editorial Aranzadi. 2001. Páginas 17-19.

<sup>23</sup> Nos referimos a la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

PEREZ ROYO<sup>24</sup> se hace eco de esta teoría al afirmar: *“es en este carácter de los derechos como naturales y fundamentales simultáneamente en el que descansa la teoría del doble carácter de los derechos fundamentales, formulada por primera vez por Konrad Hesse y aceptada por la jurisprudencia constitucional tanto alemana como española. Quiere decirse con ella que los derechos operan, por una parte, como delimitadores de la esfera de libertad personal del ciudadano y, por otra, como elementos constitutivos del ordenamiento de los poderes del Estado”*.

Con ello, los derechos fundamentales dejan de ser estrictos derechos subjetivos de los ciudadanos, para convertirse en elementos objetivos del sistema político estatal. Ellos aportan al Estado democrático el componente legitimador del propio poder público, y son un límite a la propia acción del Estado, al establecer un sistema objetivo de valores que son fundamento del propio Estado.

De ahí que FERNANDEZ SEGADO<sup>25</sup> opine al respecto que son: *“elementos del ordenamiento jurídico, esto es, normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico que aspira a tener validez, como decisión jurídica constitucional, para todos los sectores del Derecho. Con ello, los derechos han establecido una especie de vínculo directo entre los individuos y el Estado, operando en último término como fundamento de la propia unidad política”*.

Si bien es cierto, que como tal componente objetivo de proclamación de unos valores concretos, tales derechos fundamentales han evolucionado hacia una sucesiva ampliación, tanto en cuanto a lo que haya de ser legítimamente protegible a través de los propios derechos fundamentales, con el paso de la concepción de un Estado liberal a un Estado social, sino también lo que ha supuesto el nacimiento de una

---

<sup>24</sup> PÉREZ ROYO, J.: *“Curso de Derecho constitucional”*. Decimotercera edición. Editorial Marcial Pons. Página 192.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *“El sistema constitucional español”*. Editorial Dykinson S.L. Madrid .1992. Página 164.

sociedad tecnificada, con la notable ampliación del derecho a la intimidad, al recogerse la protección de datos personales, ante el evidente peligro que el manejo de datos automatizados presenta para los derechos de las personas.

Por tanto, no sólo como derechos subjetivos, sino también como elementos ordenadores del propio sistema político, expresan lo que en cada momento sea social y políticamente reconocido que forma el concepto de la dignidad de la persona, tal como lo reconoce el art. 10 CE.

Este doble carácter de los derechos fundamentales ha sido reconocido también por el TC, ya en la sentencia 25/1981, de 14 de julio<sup>26</sup>.

#### **I.2.4 Eficacia normativa**

Una de las características esenciales de los derechos fundamentales la constituye su naturaleza normativa. En este sentido, son normas jurídicas, y por tanto, son susceptibles de aplicación por parte de los poderes públicos encargados de la aplicación del derecho, y especialmente, por parte de los tribunales. Este carácter normativo es predicable de todo el

---

<sup>26</sup> La citada sentencia recoge en su f. j. 5º que: “ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico a la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1).

Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el artículo 10.1 de la Constitución, a tenor del cual: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de los derechos humanos (preámbulo, párrafo 1º) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales del consejo de Europa (preámbulo, párrafo 4º). En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal”.

texto constitucional, pero significativamente, de los derechos fundamentales.

La propia CE afirma de forma taxativa este carácter normativo. Por un lado, el art. 9.1 establece que: *“los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*. Por otro, la Disposición Derogatoria 3ª CE declara que: *“asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”*.

Ello supone que la CE vincula jurídicamente a todos, ya tengan carácter público o privado. Con ello, nuestra norma suprema se aleja de la noción tradicional y decimonónica de Constitución, la cual constituía un pacto político sin trascendencia jurídica, pues el texto constitucional precisaba para su aplicación de posterior desarrollo legislativo<sup>27</sup>. No vinculaba a los poderes públicos, y por ello, tampoco a los tribunales del Estado. Ese nuevo sentido normativo de la CE, lo recoge la sentencia TC 39/1983, de 17 de mayo<sup>28</sup> estableciendo ya dicho carácter, y la aplicación directa de los derechos fundamentales.

El art. 53.1 CE lo expresa con claridad al afirmar que: *“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”*.

Naturalmente, la normatividad de los derechos fundamentales no será la misma para todos los derechos de dicho Capítulo II, donde se

---

<sup>27</sup> Esta idea es recogida por PÉREZ LUÑO, A.E.: *“Los derechos fundamentales”*. 9ª edición. Editorial Tecnos. Páginas 61-65; PÉREZ ROYO, JAVIER: *“Curso de Derecho constitucional”*. Decimotercera edición. Editorial Marcial Pons. Página 198; ESPÍN TEMPLADO, E. y otros: *“El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos”*. Volumen I. Editorial Tirant lo Blanch. 5ª edición. Páginas 39-43.

<sup>28</sup> La citada sentencia recoge en su f. j. 5º que: *“ante todo, y para situar debidamente el problema planteado, conviene recordar una vez más que los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo”*.

recogen los derechos de los arts. 14 a 38. La CE muestra de forma más acentuada su naturaleza normativa en todos los casos en los que admite su aplicación directa, sin precisar de manera inexcusable de leyes de desarrollo. Así, las libertades públicas y los derechos fundamentales de los arts. 14 a 29 CE son alegables directamente ante los tribunales ordinarios y ante el TC, en su caso, según prevé el art. 53.2 CE, sin necesidad de dicho desarrollo.

En este sentido, BACIGALUPO ZAPATER<sup>29</sup> declara que: *“en este sistema los derechos fundamentales tienen una eficacia directa. Su validez como derecho vigente de manera inmediata se apoya en la idea de su garantía”*.

No obstante, de la distinta sustantividad jurídica de los derechos fundamentales del Capítulo II y III nos ocuparemos detenidamente a continuación, al tratar de la naturaleza de los derechos fundamentales.

### I.3 NATURALEZA DE DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho a la inviolabilidad del domicilio, que constituye el objeto de nuestro estudio, está regulado en el art. 18.2 CE, que establece literalmente: *“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”*.

Su ubicación sistemática se encuentra en el Título I de la CE que lleva por rúbrica: *“De los derechos y deberes fundamentales”*. Y concretamente, se encuentra dentro del Capítulo II de dicho Título: *“Derechos y libertades”*, dentro de la Sección 1ª de dicho Capítulo: *“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”*.

---

<sup>29</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E.: *“La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional y por el poder judicial”*. Revista del Poder Judicial n: 45.1987. Consejo General del Poder Judicial. Páginas 31-53.

Pero esta clara ubicación constitucional de nuestro derecho, no debe obviar el esfuerzo intelectual de tratar de definir sus perfiles como tal derecho fundamental, ya que parafraseando a ALVAREZ CONDE<sup>30</sup> se puede afirmar que: *“el Título I de nuestra Constitución encierra una problemática que afecta a una pluralidad de cuestiones, consecuencia de la complejidad temática del mismo. Ello, por otra parte, no puede justificar, y esto es lo primero que parece llamar la atención, algunos extremos de su redacción y la absoluta falta de sistemática que en él se puede apreciar”*.

Esta falta de sistemática se manifiesta en el hecho de que todos los derechos reconocidos en el Título I CE no tengan una naturaleza similar, ni el grado de protección será el mismo para cada uno de ellos.

Ello nos lleva a realizar una primera distinción entre los cinco Capítulos de dicho Título. La estructura del Título I es la siguiente:

1) Capítulo I: *“De los españoles y extranjeros”*, comprende los arts. 11 a 13 CE, y regula las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, con referencia a los conceptos de nacionalidad española y extranjería.

2) Capítulo II: *“Derechos y libertades”*, comprende el art. 14 CE referido al principio de igualdad y dos secciones diferentes. La Sección 1ª titulada: *“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”* comprende los arts. 15 a 29 CE, y por ello también el derecho a la inviolabilidad del domicilio. La Sección 2ª titulada: *“De los derechos y deberes de los ciudadanos”* comprende los arts. 30 a 38 CE. En ambas secciones se consagran derechos, y todo ellos van precedidos, cual puerta introductoria, por el principio de igualdad.

---

<sup>30</sup> ALVAREZ CONDE, E.: *“Curso de Derecho Constitucional”*. Volumen I. Editorial Tecnos. 3ª edición. 1999. Página 292.

3) Capítulo III: *“De los principios rectores de la política social y económica”*, que comprende los arts. 39 a 52 CE.

4) Capítulo IV: *“De las garantía de las libertades y derechos fundamentales”*, que comprende los arts. 53 y 54 CE; el primero de los cuales regula el grado de protección de los derechos de este Título I; y el art. 54 CE la institución del Defensor del Pueblo.

5) Capítulo V: *“De la suspensión de los derechos y libertades”* que en el art. 55 CE recoge la posibilidad de suspensión de los derechos fundamentales ante situaciones excepcionales.

Como puede observarse, el texto constitucional usa el término genérico de “derechos fundamentales” para referirse a todo el Título I, y por otro lado, junto al término “derechos fundamentales”, usa otros términos, tales como “derechos y libertades” o “libertades públicas”. Ello tampoco ayuda a la hora de configurar un derecho como fundamental en nuestro texto constitucional.

En este sentido, nuestra doctrina científica no considera a todos los derechos recogidos en el Título I como fundamentales, sino hay que atender al sistema valorativo y de principios que la Constitución proclama, y a la propia conceptualización de los derechos fundamentales.

De este modo, ALVAREZ CONDE<sup>31</sup> afirma que: *“estaríamos, pues, en presencia de un derecho fundamental cuando el mismo, por responder a unos planteamientos valorativos socialmente aceptados, es reconocido como tal por el ordenamiento jurídico, reconocimiento que implica un cierto grado de prevalencia sobre los demás y acentúa su condición de derecho subjetivo, en el sentido de ser directamente accionable ante los jueces y tribunales, y estar dotado de una protección jurisdiccional determinada”*.

---

<sup>31</sup>ALVAREZ CONDE, E.: *“Curso de Derecho Constitucional”*. Volumen I. Editorial Tecnos. 3ª edición. Página 297.

Asimismo, con similar criterio PEREZ TREMPs<sup>32</sup>, considera como propiamente fundamentales los derechos recogidos en los arts. 14 a 29 CE, al señalar que: *“en un segundo sentido, más estricto, y más correcto técnicamente, derechos fundamentales no son todos los del Título Primero. Dicho de otra manera, no todos los derechos constitucionales son auténticos derechos fundamentales. Esta última denominación tiende a reservarse para algunos derechos constitucionales que la Norma Fundamental ha considerado como núcleo central del <status>jurídico del individuo. En sentido estricto, pues, sólo los derechos consagrados en los artículos 14 a 29 de la CE son auténticos derechos fundamentales, lo que se manifiesta en la especial rigidez exigida para su reforma (artículo 168.1 de la CE), en el sistema reforzado de garantía para ellos previsto (artículo 53.2 de la CE) y en las garantías normativas impuestas a su desarrollo (artículos 82 y siguientes de la CE)”*.

No obstante, dicho criterio no es seguido por toda la doctrina científica, dado que para otros sectores<sup>33</sup> también es aplicable el concepto de derechos fundamentales a los derechos regulados en la Sección 2ª, Capítulo II del Título I (arts. 30 a 38), toda vez que el artículo 53.1<sup>34</sup>CE se refiere por igual a todos ellos.

---

<sup>32</sup>PÉREZ TREMPs, P. y otros: *“Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos”*. Editorial Tirant lo Blanch. 5ª edición. Página 143; MOLAS, ISIDRE: *“Derecho Constitucional”*. Editorial Tecnos. 2007. 3ª edición. Página 290; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *“Sistema constitucional español”*. Editorial Dykinson. 1992. Página 478; TORRES DEL MORAL, A.: *“Principios de Derecho constitucional español”*. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Tomo I. 5ª edición. Páginas 303-304; ARAGÓN REYES, M.: *“Temas básicos de Derecho constitucional”*. Tomo III. Civitas Ediciones. 2001. Página 108; PÉREZ LUÑO, A.E.: *“Los derechos fundamentales”*. 9ª edición. Editorial Tecnos. Página 69. Este último autor considera a estos derechos dotados de mecanismos de especial protección.

<sup>33</sup>ALVAREZ CONDE, E.: *“Curso de Derecho Constitucional”*. Volumen I. Editorial Tecnos. 3ª edición. Página 507; GARCÍA DE ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M.V. y otros: *“Derecho Constitucional III. Derechos y Libertades”*. Editorial Colex. 2003. Página 76; PÉREZ ROYO, J.: *“Curso de Derecho Constitucional”*. Decimotercera edición. Editorial Marcial Pons. Página 206.

<sup>34</sup> El art. 53.1 CE está íntegramente recogido en el epígrafe anterior.

PÉREZ ROYO<sup>35</sup> se pronuncia a favor de esta tesis al afirmar que : *“derechos fundamentales son, por tanto, todos los derechos contenidos en el Capítulo II, incluido por supuesto, la igualdad del artículo 14”*.

Sin embargo, el Capítulo III regula una serie de principios rectores de la política social y económica dirigidos a los poderes públicos, que según el tenor literal del art. 53.3<sup>36</sup> CE solo pueden los ciudadanos articular ante los tribunales de acuerdo a las leyes que los desarrollen. Ello conduce a afirmar, parafraseando a DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ<sup>37</sup> que: *“no pueden configurarse como verdaderos derechos fundamentales”*.

Este concepto restringido de derechos fundamentales es el que recoge también la jurisprudencia constitucional. Para el TC, derechos fundamentales son los recogidos también en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, y también el principio de igualdad del art. 14 de la CE. Ello puede deducirse de las propias sentencias de este tribunal, que comienzan en la temprana sentencia 192/1980, de 8 de abril<sup>38</sup>, y

---

<sup>35</sup> PÉREZ ROYO, J.: *“Curso de Derecho constitucional”*. Decimotercera edición. Editorial Marcial Pons. Página 206.

<sup>36</sup> El art 53.3 CE señala: *“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”*.

<sup>37</sup> DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *“Sistema de derechos fundamentales”*. 2º edición. Edit. Thomson-civitas. Pag.62. También, PÉREZ TREMPES, P. y otros: *“Curso de Derecho Constitucional”*. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. Editorial Tirant lo Blanch. 5ª edición. Página 143; PÉREZ ROYO, J.: *“Curso de Derecho constitucional”*. Decimotercera edición. Editorial Marcial Pons. Página 207. No obstante, PÉREZ LUÑO, A.E. aún reconociendo su estatus esencial, los considera invocables ante los Tribunales en : *“Los derechos fundamentales”*. 9ª edición. Editorial Tecnos. Páginas 63-64.

<sup>38</sup> Establece la citada sentencia en su f. j. 22º que: *“además de ello, se ha recordado siempre, al hacer el comentario de los dos preceptos que el primero de ellos se encuentra dentro de la sección 1.ª del capítulo 2.º, que versa sobre los derechos y libertades, mientras que el segundo se encuentra en la sección 2.ª del capítulo 2.º, que habla simplemente de los derechos de los ciudadanos. Esta colocación sistemática comporta evidentes consecuencias en cuanto al futuro régimen jurídico de uno y otro derecho, el de huelga del artículo 28 y el de adopción de medidas de conflicto del artículo 37. Así, es claro, que el primero de ellos, en cuanto contenido en la sección 1.ª del capítulo 2.º, está garantizado con la reserva de Ley Orgánica, admite la tutela de los Tribunales ordinarios por el procedimiento de preferencia y sumariedad de que habla el artículo 53 y el recurso de amparo ante este Tribunal”*.

especialmente, en sentencias posteriores sobre la objeción de conciencia, las sentencias TC 160/1987, de 27 de octubre y 161/1987, de la misma fecha<sup>39</sup>.

En cualquier caso, y con independencia de que se consideren derechos fundamentales a los derechos de los arts. 14 a 29 CE, o que también se considere como tales a los recogidos en los arts. 30 a 38 CE, su condición de derechos fundamentales no empece el diverso “status” constitucional que presentan unos y otros.

Los derechos recogidos en el art. 14 CE y la Sección 1ª del Capítulo II del Título I CE, van a ser derechos que presentan una muy distinta configuración jurídica. Por ello, la distinción del legislador no es caprichosa, pues sólo los derechos contemplados en los artículos 14 a 29 CE van a ser objeto de una especial protección.

En concreto, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE va a ser objeto de protección por múltiples vías jurídicas, que se exponen con detalle en el epígrafe III.3 de esta obra, pero que sintéticamente, se basan en garantías normativas, caracterizadas por un cúmulo de disposiciones normativas que aseguran el cumplimiento de los derechos fundamentales; garantías jurisdiccionales, con específicos mecanismos de tutela judicial frente a los ataques a dichos derechos; garantías institucionales, a través de específicos mecanismos políticos; y reglas jurídicas, como la regla de exclusión de todas las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos fundamentales, establecida en el art. 11.1 LOPJ.

---

<sup>39</sup> El f.j. 3º de la sentencia TC 160/1987 establece que: “*se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, si, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental*”. También observamos la misma doctrina en sentencias TC 19/1982, de 5 de mayo, f.j. 6º; 208/1993, de 28 de junio, f.j. 3º; 85/2001, de 26 de marzo, f.j. 5º; 154/2006, de 22 de mayo, f.j. 6º; 8/2015, de 22 de enero, f.j. 2º:

#### I.4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho clásico del constitucionalismo, pues nace inicialmente como medio de protección de la libertad de los ciudadanos frente a las injerencias arbitrarias del poder público<sup>40</sup>. Esta dimensión se encuentra ya en los albores del liberalismo y se recoge en los primeros textos que contienen declaraciones de derechos. Así, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia<sup>41</sup>, o la enmienda tercera y cuarta a la Constitución Federal de los Estados Unidos de América.

En Europa, esta transformación se manifiesta fundamentalmente en la Revolución francesa, que termina con el absolutismo propio del Antiguo Régimen, y recoge en la Constitución francesa de 1791<sup>42</sup> este derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Posteriormente, en la Constitución francesa de 1795<sup>43</sup> se recoge por primera vez el término “inviolabilidad” asociado a este derecho.

El fundamento que late en dichas regulaciones, es el de impedir que la fuerza pública entre en la vivienda de los ciudadanos para efectuar cualquier detención de los mismos sin existir un título habilitante. Por

---

<sup>40</sup> Véase ESPÍN TEMPLADO, E. y otros: “*Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*”; Editorial Tirant lo Blanch. 5ª edición. Página 233.; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “*El sistema constitucional español*”. Editorial Dykinson S.L. Madrid 1992. Página 221; FIGUEROA NAVARRO, C.: “*Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español*”. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 94; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: “*El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*”. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 71.

<sup>41</sup> El art. 10 de dicha Declaración (“Virginia Declaration of Rights”) establece: “*que los mandamientos generales por los que se ordene a un oficial o delegado registrar lugares sospechosos sin prueba de haberse cometido un hecho, o de prender alguna persona o personas, sin consignación de nombre o cuyo delito no es descrito particularmente o sostenido con pruebas, son gravosas y opresivas y no deben ser concedidas*”

<sup>42</sup> El art. 9 proclama que: “*ningún agente de la fuerza pública puede entrar en la casa de un ciudadano si no es para ejecutar mandamiento de policía o de justicia, y en los caos formalmente previstos por la ley*”.

<sup>43</sup> El art. 359 impone textualmente: “*La casa de todo ciudadano es un asilo inviolable. Ninguna entrada domiciliaria puede tener lugar sino en virtud de una ley, y por la persona y con el objeto expresamente designado por el acto que ampara la entrada*”.

tanto, era la libertad de las personas el bien jurídico protegido por este derecho en los albores del constitucionalismo<sup>44</sup>.

En España, se encuentra la primera referencia a este derecho en el Estatuto de Bayona de 1808<sup>45</sup>. No obstante, su falta de legitimidad como texto constitucional derivado de su naturaleza de Carta otorgada y su procedencia extranjera, han disminuido su importancia histórica.

La Constitución de Cádiz de 1812 recoge este derecho en su artículo 306<sup>46</sup>, e inicia este proceso de positivación de los derechos fundamentales en nuestro país, consecuencia del advenimiento de los postulados liberales de la época.

Respecto al derecho que analizamos destaca la referencia medieval a la “casa” como objeto de protección, frente al más moderno concepto de domicilio, y la restricción de su titularidad exclusivamente a los españoles. El fundamento de protección del derecho es el arriba indicado. Concretamente, GONZÁLEZ TREVIJANO<sup>47</sup> expone que: *“de una lectura atenta del mencionado artículo se deduce que no es tanto la libertad domiciliaria, como la libertad de los ciudadanos frente a las detenciones arbitrarias del poder político, el objeto primordial de protección del mentado precepto. Las excepciones constitucionales previstas, del buen orden y seguridad de Estado, así lo parecen confirmar”*.

---

<sup>44</sup> Véase ESPÍN TEMPLADO, E. y otros: *“Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos”*. Editorial Tirant lo Blanch. 5ª edición. Página 233; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *“El sistema constitucional español”* Editorial Dykinson S.L. Madrid 1992. Página 221; FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 97; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 79.

<sup>45</sup> El art. 126 de dicha norma proclama que: *“la casa de todo habitante en el territorio de España y de indias es un asilo inviolable: no se podrá entrar en ella sino de día, y para un objeto especial, determinado por una ley, o por una orden que dimane de la autoridad pública”*.

<sup>46</sup> *“No podrá ser allanada la casa de ningún español sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado”*.

<sup>47</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos 1992. Página 96.

Para PASCUAL LOPEZ<sup>48</sup> existen dos bienes jurídicos protegidos, tanto la libertad personal como la seguridad de los españoles. Lo expone en los siguientes términos: *“el contenido del artículo 306 es una faceta más del derecho a la seguridad de los españoles, donde el bien jurídico protegido es la libertad personal de los ciudadanos, que encuentran en la morada un límite a la arbitrariedad de las autoridades, prohibiéndoles la entrada y sancionándolas si no cumplen los requisitos establecidos en el precepto”*.

La Constitución de 1837 recoge el derecho estudiado en su art. 7<sup>49</sup>, de entre el conjunto de derechos y libertades que proclama. El fundamento de la protección domiciliaria sigue siendo la libertad y seguridad personal.

En un sentido similar, se pronuncia la Constitución de 1845, que contempla una redacción que reproduce el anterior texto constitucional.

Un salto cualitativo se produce con la Constitución de 1869, donde se recogen una amplia y prolija declaración de derechos, entre ellos, el de inviolabilidad domiciliaria en su art. 5<sup>50</sup>. La Constitución hunde sus raíces en los principios liberales y comienza a abandonar la tradicional caracterización de este derecho en la libertad personal frente a las detenciones arbitrarias, para apuntar a un nuevo bien jurídico protegido,

---

<sup>48</sup>PASCUAL LÓPEZ, S.: *“La inviolabilidad del domicilio en el derecho español”*, Editorial Dykinson. 2001. Página 124.

<sup>49</sup> *“No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma en que las leyes prescriban”*.

<sup>50</sup> *“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, o de agresión ilegítima procedente de dentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro. Fuera de estos casos, la entrada en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, sólo podrán decretarse por el Juez competente y ejecutarse de día. El registro de papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y, en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo. Sin embargo, cuando un delincuente, hallado in fraganti y perseguido por la Autoridad o sus agentes, se refugiare en su domicilio, podrán éstos penetrar en él, sólo para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, procederá requerimiento al dueño de éste”*.

la vida privada de las personas. En este sentido, PASCUAL LÓPEZ<sup>51</sup> afirma que: *“por de pronto, el domicilio o la casa deja de verse sólo como la fortaleza inatacable de posibles detenciones arbitrarias de la autoridad, y comienza a entenderse como el ámbito de desarrollo de la vida íntima personal y familiar”*.

Se produce también una importante modernización terminológica con la utilización de la expresión “domicilio”, que será definitiva en los textos posteriores, y que abandona la referencia al término “casa”<sup>52</sup>.

En cuanto a los sujetos titulares de protección, la misma se extiende no sólo a los nacionales, sino también a los extranjeros residentes en España, y se recogen ya unos títulos habilitantes para la entrada y registro domiciliario: el consentimiento del titular, el estado de necesidad, la autorización judicial y el delito flagrante, expuestos en el precepto constitucional con gran detalle y casuismo.

La Constitución posterior de 1876<sup>53</sup>, tras la restauración borbónica en la persona de Don Alfonso XII, produjo un retroceso en el reconocimiento y garantía de los derechos ciudadanos, y ello se produjo también con el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, facilitando las entradas y registros domiciliarios, al depender su práctica de lo que establecieran las leyes que debían desarrollar tales derechos<sup>54</sup>. Sólo se contiene en el texto

---

<sup>51</sup> PASCUAL LÓPEZ, S.: *“La inviolabilidad del domicilio en el derecho español”*. Editorial Dykinson. 2001. Página 147.

<sup>52</sup> Como hemos visto en referencias anteriores, el término “casa” se utiliza en el Estatuto de Bayona de 1808, en la Constitución de Cádiz de 1812, y en la Constitución de 1837 y 1845. Si bien en éstas dos últimas se utiliza conjuntamente con el de “domicilio”.

<sup>53</sup> Dicha Constitución fue promulgada el 30 de junio y establece en su art. 6: *“Nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente prevista en las leyes. El registro de papeles y efectos se verificará siempre a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo”*.

<sup>54</sup> Véase PASCUAL LÓPEZ, S.: *“La inviolabilidad del domicilio en el derecho español”* Editorial Dykinson. 2001. Páginas 153-158; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”* Editorial Tecnos 1992. Páginas 99-100; FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998.

constitucional como título habilitante expresamente reconocido el consentimiento del titular.

La Constitución republicana de 1931 recoge en su declaración de derechos y libertades de su Título III la inviolabilidad domiciliaria en su art. 31<sup>55</sup>. Se recoge este derecho con un fundamento ya moderno de protección de la vida privada de los ciudadanos, y se articula como título habilitante tanto el consentimiento del titular como la necesidad de mandamiento judicial, amparando el precepto por igual a los nacionales y a los extranjeros<sup>56</sup>.

En el período franquista, el Fuero de los Españoles contemplaba en el art. 15<sup>57</sup> la inviolabilidad domiciliaria. Las notas características de este precepto se proyectan en la exclusión de los extranjeros como titulares de derecho, al estar referido sólo a los españoles, y la falta de necesidad de autorización judicial al precisar exclusivamente mandato de la autoridad competente<sup>58</sup>.

---

Páginas 45-47; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Páginas 45-50.

<sup>55</sup> Esta Constitución fue aprobada por las Cortes Generales el 9 de diciembre de 1931, y publicada en la Gaceta de Madrid número 344 el 10 de diciembre de 1931. Establece en el artículo 31: *“El domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable. Nadie podrá entrar en el sino en virtud de mandamiento de juez competente. El registro de papeles y efectos se practicará siempre a presencia del interesado o de una persona de su familia, y, en su defecto, de dos vecinos del mismo pueblo”*.

<sup>56</sup> PASCUAL LÓPEZ, S.: *“La inviolabilidad del domicilio en el derecho español”* Editorial Dykinson. 2001. Páginas 159-164; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”* Editorial Tecnos 1992. Páginas 100-101; FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Páginas 47-51; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Páginas 53-56.

<sup>57</sup> Dicho artículo señala: *“nadie podrá entrar en el domicilio de un español ni efectuar registros en él sin su consentimiento, a no ser con mandato de la Autoridad competente y en los casos y en la forma que establezcan las leyes”*.

<sup>58</sup> Véase al respecto a PASCUAL LÓPEZ, S.: *“La inviolabilidad del domicilio en el derecho español”*. Editorial Dykinson. 2001. Páginas 164-168; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”* Editorial Tecnos 1992. Páginas 101-104; FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L.

La actual Constitución de 1978 ha venido a regular la inviolabilidad domiciliaria en su art. 18.2, lo que constituye el objeto de esta obra.



**II**

---

**MARCO NORMATIVO**



## MARCO NORMATIVO

### II.1 LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es cierto que la vida de los ciudadanos está cada vez menos expuesta a la dependencia de los Estados, pues se intensifica la interdependencia entre naciones en todas las esferas de la actividad política, económica, social y jurídica. Asistimos al fenómeno de la “globalización”<sup>59</sup>, lo que potencia las relaciones internacionales, y ello tiene un reflejo paralelo en las consecuencias jurídicas que para los derechos supone la existencia de declaraciones de derechos internacionales, y de ámbitos de protección y reconocimiento de derechos más allá de la influencia de los Estados.

Como expone PÉREZ LUÑO<sup>60</sup>: “*en efecto, sólo cuando se admite la posibilidad de que la comunidad internacional pueda entender de cuestiones que afecten no tanto a los Estados en cuanto tales, sino a las de sus miembros, cabe plantear un reconocimiento a escala internacional de los derechos humanos. Es necesario, por tanto, partir de la premisa de que cualquier atentado contra los*

---

<sup>59</sup> El concepto de “globalización” ha sido ampliamente estudiado, sobre todo, en el ámbito de la sociología. BECK, U., teórico de este término, concluye que: “*la globalidad significa lo siguiente: hace ya mucho tiempo que vivimos en una sociedad mundial, de manera que la tesis de los espacios cerrados es ficticia. No hay ningún país ni grupo que pueda vivir al margen de los demás. Es decir, que las distintas formas económicas, culturales y políticas no dejan de entremezclarse y que las evidencias del modelo occidental se deben justificar de nuevo. Así, sociedad mundial significa la totalidad de las relaciones sociales que no están integradas en la política del Estado nacional y ni están determinadas (ni son determinables) a través de ésta*”. Véase BECK, U.: “*¿Qué es la globalización. Falacias del globalismo. Respuestas a la globalización*”. Ediciones Paidós Ibérica S. A. 1997. Página 33. En este ámbito, destaca también la obra de CASTELLS OLIVÁN, M.: “*La era de la información: Economía, sociedad y cultura*”. Editores siglo XXI. Vol. II, que en su página 405 resalta que: “*un nuevo mundo está tomando forma en este fin de milenio. Se originó en la coincidencia histórica, hacia finales de los años sesenta y principios de los setenta, de tres procesos independientes: la revolución de la tecnología de la información; la crisis económica tanto del capitalismo como del estatismo, y sus reestructuraciones subsiguientes, y el florecimiento de movimientos sociales y culturales, como el antiautoritarismo, la defensa de los derechos humanos, el feminismo y el ecologismo. La interacción de estos procesos y las reacciones que desencadenaron crearon una nueva estructura social dominante, la sociedad red; una nueva economía, la economía informacional/global; y una nueva cultura, la cultura de la virtualidad real. La lógica inserta en esta economía, esta sociedad y esta cultura subyace en la acción social y en las instituciones de un mundo interdependiente*”.

<sup>60</sup> PÉREZ LUÑO, A.E.: “*Los derechos fundamentales*”. Editorial Tecnos. 9ª edición. Página. 41.

*derechos y libertades de la persona no es una cuestión doméstica de los Estados, sino un problema de relevancia internacional”.*

Por tanto, la importancia creciente que las fuentes jurídicas internacionales tienen en el campo de los derechos humanos hace necesario referirnos a ellas en el estudio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

El planteamiento en torno a la existencia de unos derechos inalienables en el hombre, surge ya con la idea de establecer limitaciones al poder absoluto de los Estados nacionales. En este sentido DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ<sup>61</sup> alega que: *“la función originaria de la noción de derecho subjetivo era configurar genuinos derechos fundamentales, ámbitos de libertad sustraídos a la capacidad de regulación del Estado, y sólo en un momento posterior comenzó a utilizarse para designar las facultades otorgadas a los individuos por la legalidad ordinaria”.*

La afirmación de los derechos como base fundamental del constitucionalismo moderno, tiene su expresión más nítida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de la Francia revolucionaria y en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776<sup>62</sup>.

Pero es tras la Segunda Guerra Mundial, cuando ante las consecuencias de los conflictos bélicos y los graves atentados a los derechos de los individuos que trajeron los totalitarismos, se considera necesario dotar a la comunidad internacional de unas normas

---

<sup>61</sup> DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *“Sistema de derechos fundamentales”*. Editorial Thomson-civitas. 2º edición. Página 28.

<sup>62</sup> En su versión original en inglés: *“United States Declaration of Independence”*. Véase para constatar dicho aserto PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y otros: *“Textos básicos de Derechos Humanos”*. Editorial Aranzadi. 2001. Página 18.

supranacionales que supongan el reconocimiento de unos derechos a los seres humanos por el hecho de serlo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre, apuntaba en su preámbulo: *“como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivas, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción”*.

Este referente internacional, es básico para entender la tendencia progresiva del arraigo en los Estados nacionales de los derechos proclamados en la Declaración. De ese modo, la trascendencia internacional del reconocimiento de estos derechos determinó, en gran medida, la recepción de los mismos en las constituciones estatales. No obstante, su plasmación efectiva, y sobre todo, el sistema de garantías de los derechos, dependerá en cada supuesto de los mecanismos de protección jurídica y constitucional de los Estados.

En cualquier caso, en el ámbito europeo esa internacionalización se ve más clara al existir un referente normativo específico. El Consejo de Europa nacido también tras la Segunda Guerra Mundial pretendía consolidar la paz, asegurar la justicia y la cooperación internacional, y obligaba a los Estados miembros a que todas las personas bajo su jurisdicción hubieran de gozar de los derechos humanos. Finalmente, su

aspecto normativo surge con la creación, por el Consejo de Europa, del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950<sup>63</sup>.

A su vez, este convenio recoge en su seno la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>64</sup>, cuya sede se sitúa en Estrasburgo. Con su creación se articula una jurisdicción de carácter internacional en el seno de Europa en materia de protección derechos fundamentales<sup>65</sup>.

Se trata de una jurisdicción internacional que juzga la responsabilidad de los Estados signatarios del citado Convenio respecto de las lesiones que se hayan infringido a los ciudadanos de dichos Estados.

En un primer momento, el ciudadano no es parte ni interviene en el proceso que se celebra ante el TEDH, sino que únicamente podía dirigirse al Consejo de Europa poniendo en conocimiento de dicha institución la violación de los derechos que había sufrido. De ahí, la Comisión, como órgano del Consejo, podía dirigirse al tribunal y someterle la cuestión. Pero aún en este caso, el ciudadano afectado por la vulneración denunciada permanecía ajeno al proceso que se seguía ante el TEDH.

En la actualidad, tras la entrada en vigor en 1998 del llamado Protocolo nº 11, se ha cambiado en profundidad el sistema de protección de los derechos fundamentales nacido del Convenio de Roma. Existen dos órganos encargados de la vigilancia de los derechos humanos: el Tribunal y el Comité de Ministros<sup>66</sup>. El primero actuando en el ámbito

---

<sup>63</sup> Denominado “*Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*”, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y denominado de forma sintética: “*Convenio de Roma*”.

<sup>64</sup> El Título II del anterior Convenio lleva por rúbrica: “*Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, y comprende los arts. 19 a 51 del mismo.

<sup>65</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y otros: “*Textos básicos de Derechos Humanos*”.. Editorial Aranzadi. 2001. Página 568.

<sup>66</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y otros: “*Textos básicos de Derechos Humanos*”. Editorial Aranzadi. 2001. Página 569.

jurisdiccional, y el Comité de Ministros como encargado de vigilar la ejecución de sentencias.

El TEDH actúa y funciona con carácter permanente y su jurisdicción será obligatoria, tanto si se trata de demandas entre Estados, como de demandas deducidas por particulares y, sobre todo, porque el particular tendrá legitimación activa plena ante el mismo, por lo que una vez agotados los recursos internos que la legislación del Estado establezca, el ciudadano particular podrá dirigirse ante el tribunal interponiendo su demanda<sup>67</sup>.

La Unión Europea también se ha ido orientando progresivamente a la recepción de los derechos fundamentales, ya que se proclama en el art. 6.1 del Tratado de la Unión de 1992 que: *“la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y el Estado de Derecho, principios que son comunes a todos los Estados miembros”*. Y en el apartado segundo: *“la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”*.

Más tarde, la propia Unión Europea ha acogido una Carta de Derechos Fundamentales<sup>68</sup> propia, que a partir de 2009 coincidente con el

---

<sup>67</sup> El art. 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos preceptúa que: *“el Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”*.

<sup>68</sup> Fue proclamada en la cumbre de Niza de diciembre de 2000, y publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364, el 18 de diciembre de 2000.

Tratado de Lisboa<sup>69</sup>, ha adquirido el mismo carácter vinculante que los Tratados.

Se puede, por tanto, afirmar la existencia de un orden jurídico europeo de los derechos humanos, que cuenta con fuentes jurídicas propias, con órganos específicos de protección y vigilancia de los mismos, y que permite al ciudadano que no obtenga cumplida satisfacción en su respectivo Estado, acudir a esas instancias internacionales para invocar sus derechos.

## II.2 CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA

Este proceso de internacionalización de los derechos humanos afecta también al derecho a la inviolabilidad del domicilio, de tal manera que su reconocimiento no va ser ya obra solo de normas de derecho interno.

GONZALEZ TREVIJANO<sup>70</sup> apunta este carácter internacional del derecho que estudiamos al caracterizar el siglo XX por dos órdenes de cosas: *“la primera, por el reforzamiento y positivación de las libertades públicas; la segunda, por el inicio, en cuanto tiene de nueva etapa histórica, del proceso de internacionalización de los derechos fundamentales”*.

Su reconocimiento en Derecho internacional tuvo su primera expresión en la Declaración Universal de los Derechos Humanos a la que hemos aludido anteriormente. En su art.12 se establece que: *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*.

---

<sup>69</sup> El Tratado de Lisboa fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea C 306, el 17 de diciembre de 2007, y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

<sup>70</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos .1992. Página 42.

La importancia de este reconocimiento a nivel internacional tiene una enorme relevancia histórica, y es evidente su influencia sobre la legislación constitucional de los Estados, y la legitimidad democrática que comporta.

No obstante, debe tenerse en cuenta que como norma proveniente del derecho internacional no tiene una fuerza vinculante directa, al no existir mecanismos coercitivos que impongan su respeto. En este sentido, PÉREZ TREMP<sup>71</sup> concluye al respecto que: *“la transformación que la idea de integración introduce en las relaciones internacionales tiene como una de sus repercusiones el cuestionar en cierta manera el tradicional principio de soberanía del Estado. En efecto, uno de los caracteres que han definido el Estado como forma de organización política es el de ser soberano en relación con los demás Estados”*.

Más tarde, y en el ámbito europeo, el antes citado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, estableció en su art. 8 : *“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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*.

La diferencia sustancial con el supuesto anterior, es que del citado Convenio surgió la creación de un tribunal internacional para la protección de los derechos proclamados en él, respecto de los Estados signatarios del mismo. Este es el TEDH.

---

<sup>71</sup>PÉREZ TREMP, P. y otros: *“Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos.”*. Editorial Tirant lo Blanch. 5ª edición. Página 233.

Tradicionalmente, el ámbito del Derecho internacional se ha construido sobre el principio de la soberanía de los Estados, es decir, sobre el reconocimiento de que la titularidad del poder recae en el seno de los Estados soberanos que integran la Comunidad internacional. De ahí, que el citado Convenio se convierta en el primer texto legal internacional que trata de conferir valor jurídico vinculante para los “Estados- parte” a una serie de derechos fundamentales y libertades que el referido Convenio recoge.

Siguiendo con las referencias internacionales que en el reconocimiento a la inviolabilidad del domicilio encontramos, y dentro de la ya citada Asamblea General de las Naciones Unidas, nace otro tratado internacional: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966. Dicho texto, también de carácter universal, proclama en su art. 17: *“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*.

En el seno de la Unión Europea, tal como antes expresábamos, ha surgido mucho más recientemente el reconocimiento de los derechos fundamentales.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, promulgada el 18 de diciembre de 2000 expone en su art. 7: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”*. Por su parte, el art. 52.1 de la Carta refiere: *“Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”*.

Por tanto, dicho texto goza en el seno de la Unión Europea del mismo carácter vinculante que los Tratados. No obstante, el citado texto tiene un ámbito de aplicación europeo parcialmente similar que el llamado Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues los países integrantes de Unión Europea son también signatarios del Consejo de Europa. También, el citado Convenio Europeo de 1950 se encuentra integrado en la propia Carta de Derechos Fundamentales a través de sus arts. 52.3 y 53<sup>72</sup>, como mecanismo de integración e interpretación de los derechos fundamentales<sup>73</sup>.

Los Tribunales internacionales seguirán siendo distintos. El de la Unión Europea con sede en Luxemburgo; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo. No obstante, y como recoge MARTÍN-RETORTILLO BAQUER<sup>74</sup> del informe surgido en el seno de la Unión Europea titulado “Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar”: *“en cuanto al delicado problema, que ya planteó a lo vivo el Informe del Comité de Sabios, se conviene que por el momento, y mientras no medien grandes cambios, en lo referente a las relaciones entre Luxemburgo y Estrasburgo, deben mantenerse la jurisdicciones*

---

<sup>72</sup> El art. 52.3 establece que: *“en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”*.

Y el art. 53 dispone que: *“ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos fundamentales reconocidos, en su ámbito de aplicación por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”*.

<sup>73</sup> Tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial se añade un art. 4 bis que dispone que: *“1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes”*.

<sup>74</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: *“Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea”*. Revista del Poder Judicial nº 57. Año 2000. Consejo General del Poder Judicial. Página 48.

*claramente independientes. No se descartan otras alternativas pero, por el momento, se estima más adecuado no alterar la situación existente. No obstante, debe proseguirse e intensificarse la cooperación informal entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y el Tribunal de Derechos Humanos existente desde hace muchos años”.*

## II.3 LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

### II.3.1 La recepción de los derechos fundamentales

Un vez establecidas las fuentes jurídicas internacionales que afectan a nuestro objeto de estudio, debemos hacer mención a que tales normas internacionales basadas en los tratados que hemos analizado en el epígrafe anterior , no sólo tienen naturaleza convencional basada en los acuerdos entre Estados, sino que permean las propias fuentes jurídicas del Estado español, por múltiples vías.

A nivel interno, los tratados forman parte del ordenamiento jurídico español una vez que han sido publicados oficialmente en España, según señala el art. 96.1<sup>75</sup> CE. Por ello, los tratados a los que anteriormente hemos hecho alusión, pese a ser normas convencionales internacionales, también tienen una eficacia directa.

El hecho de que estos tratados incidan en una materia como la relativa a los derechos fundamentales, y concretamente, al derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE, hace que su importancia sea básica a la hora de determinar el contenido y alcance de dicho derecho. A dicha conclusión llega la jurisprudencia del TC, por ejemplo, en sentencia

---

<sup>75</sup> Art. 96.1 CE: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.”

254/1993, de fecha 20 de julio<sup>76</sup>, con apoyo en la ya temprana sentencia del mismo TC 38/1981 de 23 de noviembre.

La cláusula constitucional de engarce con la normativa constitucional, la constituye el art. 10.2 CE que proclama: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

Dicho art. ahonda en la consideración de que los derechos fundamentales que la CE reconoce, responden a la adhesión del texto constitucional a un conjunto de valores democráticos de los países de nuestro entorno, o como apunta SANCHEZ AGESTA<sup>77</sup>: *“su fundamento sería la adhesión de España a la civilización occidental”*.

Ello implica que los derechos proclamados en la CE tienen una vía específica de interpretación, como medio para rastrear su contenido y esencia, que viene determinada por lo que exponen los Tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Como señala FERNÁNDEZ SEGADO<sup>78</sup>: *“en principio hay que ver en el artículo 10.2, como por lo demás muestra a las claras su origen, una cláusula de tutela y garantía de los derechos, enderezada a salvar las dificultades de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos, recurriendo al efecto a las normas de los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales”*.

---

<sup>76</sup> Dicha sentencia expresa textualmente en su f.j. 6º que: *“...es cierto que los textos internacionales ratificados por España pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar los derechos y libertades recogidos en la Constitución”*.

<sup>77</sup> SÁNCHEZ AGESTA, L.: *“Sistema político de la Constitución Española de 1978”*. Editora Nacional. 1980. Página 74.

<sup>78</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *“El sistema constitucional español”*. Editorial Dykinson S.L. Madrid. 1992. Página 167.

Y en esta materia, DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ<sup>79</sup> opta abiertamente por entender que los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales tienen una naturaleza superior a la establecida por la legislación ordinaria del Estado. De este modo, su contenido no puede ser traspasado por el legislador, pues responden a un contenido “esencial” que constituye una auténtica barrera para el mismo.

No obstante, la complejidad se hace mayor si tenemos en cuenta que la adhesión de España al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ha establecido a través de TEDH la posibilidad de que se enjuicien directamente en dicho tribunal causas contra los Estados signatarios por el incumplimiento de los derechos contenidos en el llamado Convenio de Roma y en sus Protocolos adicionales<sup>80</sup>. La importancia de la jurisprudencia emanada de dicho tribunal, es decisiva en materia de derechos fundamentales, y ha jugado un activo papel en crear un marco común europeo para la interpretación de dichos derechos<sup>81</sup>.

Ello no supone que tengan las sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo fuerza ejecutoria directa, como ha manifestado el TC<sup>82</sup>. No

---

<sup>79</sup>DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: “*Sistema de derechos fundamentales*”. Editorial Thomson-civitas. 2ª edición. Página 154.

<sup>80</sup> Los derechos contemplados en el Convenio han sido incrementados por los Protocolos 1, 4, 6, 7, 12.

<sup>81</sup> BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. en: “*Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*” afirma que: “*las resoluciones del Tribunal de Derechos Humanos también coadyuvan y propician a sostener un estándar máximo de protección de los derechos fundamentales, a través de una jurisprudencia sustancialmente modélica, ejerciendo funciones de liderazgo sobre los poderes públicos nacionales en la protección de los derechos humanos*”. Editorial Civitas. 1996.

<sup>82</sup> A modo de ejemplo, la sentencia TC 245/1991, de 16 de diciembre establece que: “*la aceptación como obligatoria de la jurisdicción del TEDH no supone, sin embargo, que las Sentencias de este Tribunal tengan eficacia ejecutiva, pues de la propia regulación del Convenio, y de su interpretación por el Tribunal Europeo, se deriva que las resoluciones del Tribunal tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en este caso Sentencias, declarados contrarios al Convenio. Así en el caso MARCKX (Sentencia de 13 de junio de 1979), el Tribunal Europeo ha afirmado que «la Sentencia del Tribunal es esencialmente declarativa y*

obstante, y de acuerdo con el art. 46.1<sup>83</sup> del Convenio Europeo de Derechos Humanos, las sentencias de dicho tribunal tienen fuerza vinculante para el Estado afectado por la misma. Dicha vinculación impone al Estado que de cumplimiento a sus mandatos, pero no establece el mecanismo o procedimiento jurídico para llegar a dicho cumplimiento. Es cada Estado el que debe proceder a su cumplimiento.

Tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial se añade un nuevo art. 5 bis<sup>84</sup>, que permite revisar las sentencias firmes dictadas en cualquier orden jurisdiccional cuando sean contrarias a alguna resolución del TEDH.

Una primera garantía expresa el citado Convenio Europeo de Derechos Humanos en su art. 46.2<sup>85</sup> para provocar que el Estado reticente cumpla la sentencia, y es la creación de un órgano específico destinado a velar por la ejecución: el Comité de Ministros.

Por otro lado, una última garantía del cumplimiento de la sentencia del TEDH es la previsión contenida en el art. 41 del Convenio Europeo de que el particular perjudicado por una violación de un derecho consagrado en el Tratado pueda obtener lo que denomina el Convenio “una

---

*deja al Estado la decisión de los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para adaptarse a lo que le impone el art. 53» (parágrafo 58). O, lo que es lo mismo, «el Convenio no le atribuye al Tribunal competencia ni para anular la Sentencia del Tribunal nacional ni para ordenar al Gobierno que desautorice los pasajes objeto de la queja».*

<sup>83</sup> Dispone dicho art. que: “*las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes*”.

<sup>84</sup> Dispone el citado art. que: “*Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión*”.

<sup>85</sup> Proclama este art. que: “*la sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución*”

satisfacción equitativa”, y se puede traducir en que la parte perjudicada se beneficie de una indemnización por la violación de sus derechos, indemnización que es cuantificada por el mismo tribunal en su sentencia, en la que se incluyen también las costas, gastos e intereses.

### **II.3.2 Su plasmación constitucional**

El derecho a la inviolabilidad domiciliaria ha sido recogido en el art. 18.2 CE al expresar: *“el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en casos de flagrante delito”*.

Tal como señalamos en el capítulo I de esta obra, su ubicación sistemática dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I CE bajo la rúbrica: *“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”* nos da idea de su carácter de derecho fundamental especialmente protegido, pues al mismo se refiere el art. 53.2 CE como un derecho cuya tutela se garantiza ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en última instancia, a través del recurso de amparo ante el TC. En este sentido, también recoge el derecho al control de constitucionalidad en el art. 161.1 CE.

Ello no impide que a este derecho a la inviolabilidad domiciliaria le sea aplicable también el contenido del art. 53.1 CE. En su virtud, los poderes públicos han de estar vinculados en su actuación al respeto de este derecho. Se establece también una reserva de ley para su desarrollo legislativo posterior, y en cualquier caso, dicho desarrollo legislativo deberá de hacerse respetando su contenido esencial.

No obstante, el art. 81.1 CE establece que para el desarrollo de los derechos fundamentales se precisará una Ley Orgánica. Ello nos lleva a plantearnos el propio concepto de esta norma. El art. citado aboga por una concepción material y formal de este tipo de ley. En la medida que a

esta obra afecta, la Ley Orgánica es aquélla que debe regular el desarrollo del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En este sentido, el TC<sup>86</sup> ha establecido que la reserva de Ley Orgánica se refiere solo a las libertades y derechos comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero CE, entre los cuales está el derecho que estudiamos.

Además, el citado art, se refiere a que habrá de hacerse por Ley Orgánica “el desarrollo” de tales derechos. En este aspecto, dicho término ha sido interpretado por el TC<sup>87</sup> en sentido restrictivo, de modo que sólo se precisa de Ley Orgánica cuando se trata de la regulación de los aspectos generales del derecho, o cuando se está afectando a cuestiones básicas y esenciales de dicho derecho. No en cambio, cuando se incida de manera más o menos directa en la regulación propia de ese derecho fundamental.

GARCÍA MORCILLO<sup>88</sup>, aboga claramente por este concepto restrictivo al afirmar que: *“lo que la Constitución pretende es que se desarrollen por Ley Orgánica los elementos básicos que configuran el ejercicio del derecho fundamental de que se trate. Dicho en otros términos, lo que se persigue es que las condiciones del ejercicio de los derechos fundamentales sean regulados mediante una Ley Orgánica”*.

---

<sup>86</sup> La sentencia TC 160/1987, de 27 de octubre establece en su f.j. 2º que: *“el T.C., sin embargo, se ha pronunciado ya por el entendimiento de que los derechos fundamentales y las libertades públicas a que se refiere el artículo 81.1 de la norma suprema son los comprendidos en la sección 1ª, del capítulo II del título I de su texto (STC76/1983, de 5 de agosto), exigiéndose, por tanto, forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo directo en cuanto tales derechos (STC 67/1985, de 26 de mayo)”*.

<sup>87</sup> La sentencia TC 6/1982, de 22 de febrero expone en su f. j. 6º: *“El Real Decreto no desarrolla el derecho fundamental de la enseñanza, sino que regula un Organismo creado por Ley orgánica (LOECE); precisamente en desarrollo -ello sí- de ese derecho fundamental, y el artículo 81 de la CE se refiere al desarrollo directo de los derechos fundamentales, pues este artículo y las otras, muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la Ley orgánica en materias concretas, que, como se ha dicho, convierte a las Cortes en constituyente permanente no puede extremarse, con los importantes, problemas de consenso interno que conlleva, al punto de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental”*.

<sup>88</sup> GARCÍA MORCILLO, J.: *“La protección judicial de los derechos fundamentales”*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.1994. Página 35.

Por otro lado, la CE prevé también restricciones o límites en la aplicabilidad del derecho. El Capítulo V del Título I CE se ocupa de la suspensión de los derechos y libertades, y concretamente el art 55.1 CE permite la suspensión del derecho del art. 18.2 CE cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos establecidos en la CE. Así, el art. 116 CE y la Ley Orgánica 4/1981 regula los estados de alarma, excepción y sitio y supone la plasmación normativa de esta suspensión del derecho.

Asimismo, el art. 55.2 CE permite también la suspensión del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, entre otros, a título individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, en relación con las investigaciones correspondientes a bandas armadas o elementos terroristas. En desarrollo de tal previsión, se reformó la LECRIM por Ley Orgánica 4/1998, de 25 de mayo, que dio redacción al art. 553<sup>89</sup> de la citada ley, permitiendo la entada y registro en domicilio sin mandamiento judicial para los casos de investigaciones criminales en los casos a que se refiere el art. 55.2 CE.

#### II.4 NORMATIVA LEGAL INTERNA

Más allá del plano de constitucionalidad al que se ha hecho alusión en el anterior epígrafe, distintas esferas del ordenamiento jurídico español regulan aspectos diversos relacionados con este derecho fundamental.

---

<sup>89</sup> El art. 553 LECRIM preceptúa que : “*los agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido. Del registro efectuado con arreglo a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado*”.

#### II.4.1 Desde la perspectiva de la jurisdicción

Si analizamos la regulación legal de la entrada y registro domiciliaria desde el punto de vista de la jurisdicción competente, es decir, qué clase de juez, o dicho en términos más estrictos, qué orden jurisdiccional sería el competente para acordar esta injerencia al derecho fundamental, debemos observar un cambio paulatino en nuestra legislación positiva hacia la búsqueda del Juez perteneciente al orden jurisdiccional propio de la actuación motivadora.

En un principio, la jurisdicción competente para autorizar entradas y registros domiciliarios era la jurisdicción penal por aplicación del Título VIII, capítulo I de la LECRIM bajo el epígrafe: *“De la entrada y registro en lugar cerrado”*, tras la redacción dada a dicho capítulo por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Dentro de la jurisdicción penal, el Juzgado de Instrucción, de conformidad con el artículo 87.1 a) LOPJ, al ser el competente para instruir las causas por delito. Expresamente establecía también el artículo 87.2 LOPJ la competencia de los Jueces de Instrucción para autorizar las entradas domiciliarias para la ejecución de los actos de la Administración.

No obstante, la propia LOPJ fue modificada por Ley Orgánica 6/1998, de 13 de Julio, que suprimió el citado art. 87.2 para establecer la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para autorizar la entrada domiciliaria en la ejecución de los actos de la Administración. Concretamente, en el art. 91.2 LOPJ<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> El art. 91.2 LOPJ, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio dispone que: *“corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia”*.

Paralelamente, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio, se otorga competencia a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para otorgar estas medidas. El art. 8.6 de esta ley otorga a estos Juzgados la competencia para las autorizaciones de entradas domiciliarias para la ejecución forzosa de actos administrativos.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia da su nueva redacción definitiva al art. 8.6 LJCA<sup>91</sup>. En ella se excluye de la jurisdicción contencioso-administrativa la ejecución de las medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia.

Al dictarse la actual LEC 1/2000, de 7 de enero, se estableció una nueva posibilidad legal de entrada y registro domiciliario dentro del marco de la jurisdicción civil. Cuando se interpongan unas diligencias preliminares al juicio, y la persona requerida para exhibir títulos o documentos no cumpla dicho requerimiento ni se oponga al mismo, el Juez competente, que en este caso será el Juez del orden jurisdiccional civil, podrá por auto autorizar la entrada y registro de lugar donde se prevea que están dichos documentos. Ello lo dispone el art. 261.2<sup>92</sup> de esta ley.

---

<sup>91</sup>El art. 8.6 LJCA señala que: “conocerán también los Juzgados de de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia. Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental. Además, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición”.

<sup>92</sup> El art. 261.2º LEC refiere que: “si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha creado un nuevo art. en la LEC, el art. 778 ter, en virtud del cual se ha introducido un nuevo supuesto de autorización judicial de entrada domiciliaria. En este caso, con la idea de preservar y garantizar la protección de los menores, se ha posibilitado que la Entidad Pública competente en esta materia pueda solicitar la autorización judicial para una entrada domiciliaria, cuando ello sea preciso para la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por esta Entidad en materia de protección de menores.

Un supuesto similar al contemplado en la LEC en materia de diligencias preliminares, es el recogido en la LJS 36/2011, de 10 de octubre, ya que en los arts. 76 y siguientes regula unas diligencias preliminares con carácter previo a la presentación de la demanda, con una finalidad semejante a establecida en la jurisdicción civil.

#### **II.4.2 Otras normas internas**

En el ámbito administrativo, dada la variedad de Administraciones existentes en el Estado, existe una muy prolija regulación jurídica relativa a las entradas y registros domiciliarios, con regulaciones específicas, y que exceden de la obra que aquí nos ocupa<sup>93</sup>, que se centra fundamentalmente en el contenido constitucional del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

---

*medidas, por medio de un auto, en el que expresará las razones que las exigen.2.ª Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciar que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal”.*

<sup>93</sup> El art 51 de la Ley de Expropiación Forzosa; el art. 13.1 de La Ley 23/2015, de 21 julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social; el art. 79.1 de La Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal; el art. 25.1 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Navegación Aérea; el art. 58.3 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (modificada por la Ley 10/2006, de 28 de abril); el art. 94.3 a) de la Ley 11/2005, de 22 de junio, de Aguas; entre otras normas.

Aludiré específicamente por su importancia al ámbito de las actuaciones inspectoras tributarias. En este caso, el art. 113 de la LGT 58/2003, de 17 de diciembre establece que: *“cuando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria deberá obtener el consentimiento de aquél o la oportuna autorización judicial”*. En el mismo sentido, el art. 142.2 *“in fine”* de la anterior norma expone que: *“cuando en el ejercicio de las actuaciones inspectoras sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido del obligado tributario, se aplicará lo dispuesto en el artículo 113 de esta ley”*.

Es evidente que en estos casos, el órgano competente para autorizar dichas entradas y registros será el juez de lo Contencioso-Administrativo, dado que las actuaciones inspectoras tienen naturaleza administrativa.

## II.5 SU REFLEJO EN LA JURISPRUDENCIA

En el ámbito de los derechos fundamentales, y más concretamente en lo que atañe al derecho a la inviolabilidad del domicilio, debe resaltarse el papel crucial que han tenido los tribunales en su configuración jurídica. Es más, en algunos supuestos, como en la elaboración del concepto de domicilio o de delito flagrante, la casuística es enorme.

Es de destacar la jurisprudencia emanada del TC y del TS. Pero también habrá que citar al TEDH, cuya influencia será decisiva también en la interpretación de este derecho.

En primer lugar, la función del TC como supremo intérprete de la CE, en el sentido expresado en el art. 1.1 LOTC<sup>94</sup>, es esencial para la delimitación del contenido de este derecho. Ello se pone de manifiesto tempranamente, por ejemplo, con la extensión de este derecho a las

---

<sup>94</sup> Art. 1.1 LOTC: *“El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”*.

personas jurídicas, operado por la sentencia TC 137/1985, de 17 de octubre<sup>95</sup>, donde se recoge ya la influencia de la doctrina generalizada de los países de nuestro entorno, y sobre todo, de la Ley Fundamental de Bonn<sup>96</sup>. El carácter interpretativo vinculante del TC para todos los tribunales del Estado se recoge también en el art. 5.1 LOPJ al afirmar que: *“la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”*.

Pero si es importante la labor del TC en su función interpretadora del derecho, no lo es menos su tradicional concepción kelseniana como “legislador negativo”<sup>97</sup>, pues en su función está también expulsar del ordenamiento jurídico leyes o preceptos legales que contradigan o se opongan a la Constitución.

---

<sup>95</sup> Esta sentencia en su f.j. 2º dispone que: *“ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables”*.

<sup>96</sup> Nos referimos a la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, que es la Constitución de dicho Estado.

<sup>97</sup> Este concepto es expuesto por KELSEN, H., que en: *“Teoría General del Derecho y del Estado”*. Universidad Autónoma de México. 1995. 5ª reimpresión, manifiesta en su página 319: *“el poder de examinar la constitucionalidad de las leyes y de invalidar los preceptos inconstitucionales, puede ser concedido, como función más o menos exclusiva, a un tribunal constitucional específico, en tanto que los otros tribunales solo tienen el derecho de pedir al tribunal constitucional el examen y análisis de las leyes que han de aplicar, pero que consideran contrarias a la constitución. Esta solución al problema implica una centralización de la revisión judicial de la legislación. La posibilidad de una ley expedida por el legislativo sea anulada por otro órgano, constituye una notable restricción al poder del primero. Esta posibilidad significa, que al lado del positivo, existe un legislador negativo, un órgano que puede integrarse de acuerdo con un principio totalmente diferente del que sirve de base a la elección del parlamento por el pueblo. En esta hipótesis, resulta casi inevitable un conflicto entre los dos legisladores, el positivo y el negativo. La pugna puede aminorarse, si se establece que los miembros del tribunal constitucional deberán ser electos por el parlamento”*.

En el ámbito del derecho que estudiamos, dicha función acorde con el art. 39.1 LOTC<sup>98</sup>, tiene significativos exponentes. En primer lugar, en la restricción al concepto de domicilio constitucionalmente protegido que ofrecía el anulado art. 557 LECRIM<sup>99</sup>. Dicho precepto fue anulado por la sentencia TC 10/2002, de 17 de enero. En segundo lugar, eliminando la extensión que la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana hacía del delito flagrante en su art. 21.2<sup>100</sup>, y que fue declarado inconstitucional en la sentencia TC 341/1993, de 18 de noviembre.

Junto a ello, la labor realizada por el TS con motivo de los recursos de casación en materia penal en los que estaba afectado este derecho fundamental, ha resultado también crucial en la configuración jurídica del mismo. Y aunque la ley no atribuye similar valor determinante a las sentencias del TS que a las del TC, al tener una finalidad complementaria del ordenamiento jurídico, conforme al art. 1.6 CC, ello no impide que se haya elaborado una construcción doctrinal en cuestiones de tanta trascendencia como el concepto de delito flagrante, insuficientemente regulado por el art. 779 LECRIM<sup>101</sup>, hoy desaparecido<sup>102</sup>, y que permitió

---

<sup>98</sup> El citado art. expone que: “cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”.

<sup>99</sup> El art. 557 LECRIM disponía: “Las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente; y lo serán tan solo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada”.

<sup>100</sup> El art. 21.2 de dicha ley proclama: “A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito”.

<sup>101</sup> El concepto de delito flagrante contenido en el art. 779 de la LECRIM desapareció de la regulación positiva en virtud de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que da nueva redacción al citado art., al crear el procedimiento abreviado para determinados delitos.

una construcción significativa de dicho concepto<sup>103</sup>. Igual labor determinante ha realizado la Sala Tercera del TS en materia de entradas y registros practicados por autoridades administrativas.

Es de resaltar, también, la detallada y prolija delimitación del concepto de domicilio, inspirado en el art.18.2 CE, y que ha dado lugar a una casuística muy elaborada en torno a los lugares constitucionalmente protegidos, que se abordará en el capítulo IV de este libro.

Igualmente, la labor judicial de justificación, razonamiento y motivación de la resolución judicial que acuerda la entrada y registro domiciliario tiene en la jurisprudencia del TS (también en la del TC), una muy depurada y concreta construcción doctrinal. Dicha doctrina afecta tanto a la competencia del órgano, al contenido de la resolución y la notificación de la misma, a los sujetos que intervienen en la entrada y registro, y al propio razonamiento de la resolución.

Por último, a lo largo de esta obra, nos referiremos también a la jurisprudencia emanada del TEDH, cuya importancia ya ha sido expuesta en el Capítulo I. En lo concerniente a la inviolabilidad del domicilio, por aplicación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y de conformidad con el art. 32 del texto internacional, la competencia del tribunal se extiende: *“a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus protocolos que le sean sometidos”*.

---

<sup>102</sup> La Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre modifica el artículo 779 de la LECRIM al crear el procedimiento abreviado para determinados delitos, y hace desaparecer de su redacción el concepto legal de delito flagrante.

<sup>103</sup> Ver sentencias del TS de 29 de marzo de 1990(RJ 1990,2647), y que analizaremos con detalle al tratar del delito flagrante en el Capítulo VIII. Es seguida en cuanto a dicho concepto por otras posteriores, como las sentencias TS 2 de noviembre de 1993,f.j.1º ( identificación CENDOJ 28079120011993106523) y 19 de octubre de 1994,f.j.2º(identificación CENDOJ 280791200119941 108472).

Una dificultad obvia que presenta la jurisprudencia de este tribunal internacional, radica en la diversidad de las legislaciones nacionales de los países miembros del Consejo de Europa. Ello se manifiesta, por ejemplo, en el principal título habilitante para la entrada y registro, que mientras en España es la resolución judicial, en otros países basta la autorización del Ministerio Fiscal o de la policía<sup>104</sup>.

Junto a ello, y sin ánimo de ser exhaustivo, ya que aludiremos a dicha jurisprudencia al tratar cada uno de los títulos habilitantes, la extensión del derecho a la protección domiciliaria a los despachos de profesiones liberales tiene una gran importancia doctrinal, y se expresa, entre otras, en las sentencias Roemen y Schmit contra Luxemburgo de 25 de febrero de 2003 (EDJ 2003/2361), y la sentencia Petri Sallinen y otros contra Finlandia de 27 de septiembre de 2005(EDJ 2005/144749), ambas del TEDH, aludiendo a confidencialidad de los datos que estos profesionales tienen sobre los documentos entregados por sus clientes.

---

<sup>104</sup> Hay sistemas jurídicos como el británico, en que basta la autorización policial para la entrada y registro domiciliaria, tal como expone la sentencia TEDH McLeod contra Reino Unido de 23 de septiembre de 1998 (EDJ 1998/14999). En otros casos, como en Italia, la entrada domiciliaria requiere la validación posterior del Ministerio Público, tal como se recoge en la sentencia TEDH L.M. contra Italia de 8 de febrero de 2005 ( EDJ 2005/903).

**III**

---

**FUNDAMENTO, CARACTERÍSTICAS Y  
PROTECCIÓN DEL DERECHO**



## FUNDAMENTO, CARACTERÍSTICAS Y PROTECCIÓN DEL DERECHO

### III.1 FUNDAMENTO

#### III.1.1 Consideraciones preliminares

Una cuestión esencial a la hora de abordar la configuración jurídica del derecho a la inviolabilidad del domicilio, estriba en analizar cual es el fundamento actual de este derecho, entendido como el bien o los bienes jurídicos que se pretenden proteger con su reconocimiento. La indagación de esta cuestión está íntimamente entrelazada con el desarrollo posterior que hagamos del derecho, pues afectará al propio concepto de lo que sea un domicilio constitucionalmente protegido, al contenido esencial del mismo, a los títulos legitimadores para la entrada y registro domiciliario, etc.

Es decir, para alcanzar el fundamento del derecho deberemos abstraer su configuración jurídica en las distintas vertientes que presenta, y alcanzar por vía inductiva su naturaleza jurídica, y debemos realizar tal labor tratando de acercarnos lo máximo posible a su actual configuración, deducida por las importantes aportaciones doctrinales en la materia, pero también por la propia evolución que experimenta en su aplicación práctica, para lo que es de indudable referencia la jurisprudencia emanada de los tribunales, tanto nacionales como internacionales.

Esta labor hará que el estudio de la inviolabilidad domiciliaria se haga permeable a sus distintas facetas o caracteres, y que haya que estudiar un cuerpo doctrinal y jurisprudencial similar en diversos capítulos de esta obra. No sin que ello suponga que nos debamos atener, en cada caso, al estudio concreto del área que nos ocupa.

Bien es cierto, que el fundamento del derecho se nos antoja crucial a la hora de entender su plasmación práctica, y su desarrollo conceptual

posterior, de ahí que el hecho de exponer la configuración doctrinal y jurisprudencial del mismo, deba estar jalonado de un comentario o aportación personal a modo de conclusión, donde se trata de mostrar el esfuerzo crítico desarrollado con el estudio del derecho.

### III.1.2 Aproximación a su fundamento

Hemos expuesto en el capítulo I que la inviolabilidad del domicilio es un derecho clásico del constitucionalismo histórico, y por ello, se ha recogido en las primeras declaraciones de derechos.

Existe una unanimidad doctrinal en que al inicio de su plasmación constitucional iba referido a la protección de la libertad y seguridad individual frente a las detenciones arbitrarias del poder político<sup>105</sup>.

Con ello, se protegía la libertad personal de los ciudadanos, que no podían ser detenidos en su domicilio si las autoridades no contaban con una orden de detención. También suponía, en cierto modo, un reconocimiento del derecho a la seguridad de los ciudadanos, que de ese modo contaban con la expectativa razonable de evitar que en su morada la fuerza pública pudiera detenerlas de forma arbitraria.

Dicha fundamentación tiene su acogida en una primera fase de reconocimiento de los derechos fundamentales, basada en la necesidad de limitar el poder político como reacción al absolutismo del Antiguo

---

<sup>105</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos 1992. Página 96; PASCUAL LÓPEZ, S.: *“La inviolabilidad del domicilio en el derecho español”*. Editorial Dykinson. 2001. Página 124; ESPIN TEMPLADO, E. y otros: *“Derecho constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2002. Página 233; FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L Madrid. 1998. Página 97; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 79; MATÍA PORTILLO, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 19.

Régimen, con la plasmación del Estado liberal, y el sesgo claramente individual que supone el reconocimiento de los derechos en esta época.

ALONSO DE ANTONIO<sup>106</sup> establece al respecto que: *“en aquellos primeros tiempos latía un individualismo exacerbado que sólo atendía a la existencia del hombre a quién debía resguardarse de la posible acción perjudicial del otro gran protagonista, es decir, el Estado”*.

No obstante, y sin perjuicio de entrar nuevamente sobre este punto al tratar la libertad y seguridad como fundamento del derecho, desde una perspectiva más actual, y con el fin de realizar un estudio sistemático de esta cuestión, nos vamos a referir a continuación a distintos bienes jurídicos como posibles fundamentos del mismo.

### III.1.3 La propiedad como fundamento del derecho

Está claramente descartado en la opinión doctrinal y jurisprudencial que la propiedad pueda ser el fundamento de este derecho, tal como expondremos seguidamente. En primer lugar, el derecho a la propiedad aparece constitucionalizado en el art. 33 CE<sup>107</sup>. Su ubicación sistemática se encuentra en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I CE, a diferencia de la inviolabilidad domiciliaria. Ello supone una muy distinta protección jurídica de ambos derechos, tal como se tratará a propósito de la protección del derecho al final de este capítulo.

La opinión doctrinal en contra es claramente unánime<sup>108</sup>. MATÍA PORTILLA<sup>109</sup> la expresa en los siguientes términos: *“La inviolabilidad del*

---

<sup>106</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 76.

<sup>107</sup> El art. 33.1 CE establece: *“Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”*.

<sup>108</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 13-15; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Página 96; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Páginas 65-66; ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad*

*domicilio es vulnerada sin que se ponga en peligro necesariamente la propiedad del bien. Tanto es así que es posible, de un lado, que el titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio no sea propietario del mismo”.*

También el reconocimiento jurisprudencial del derecho ha rechazado tal vinculación con el derecho de propiedad. Tradicionalmente, el TS<sup>110</sup> ha considerado que el derecho a la inviolabilidad del domicilio no está vinculado a la titularidad del lugar donde el mismo se efectúa, pues no es la propiedad o los demás derechos reales los que fundamentan el derecho, haciendo una clara distinción entre ser titular de la morada o del derecho al domicilio protegido y titular del bien donde se ejecuta.

En el mismo sentido, el TC considera que con la protección del domicilio no solo se protege el espacio físico en sí mismo, sino en cuanto es emanación de la persona y de la esfera privada de ella<sup>111</sup>.

Por ello, no está relacionado con la titularidad del lugar donde se efectúa la entrada o registro domiciliario, pues el fundamento de protección es distinto al concepto jurídico-privado o administrativo, ya que lo relevante es la protección de la intimidad o privacidad de la persona, sea cual sea el título de ocupación del lugar.

En este sentido, la sentencia TC 69/1999<sup>112</sup>, de 26 de abril dispone: *“el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligaciones relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los*

---

*del domicilio ante la Inspección de Tributos”.* Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Páginas 130-131.

<sup>109</sup> MATÍA PORTILLA, F. J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”.* Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 15.

<sup>110</sup> sentencia TS de 3 de marzo de 2010 (La Ley 76148/2010), f.j. 2º; auto TS de 25 de noviembre de 2003 (La Ley 297119/2004) f.j. 2º.

<sup>111</sup> sentencia TC 137/1985, de 17 de octubre.

<sup>112</sup> sentencia TC 69/1999, de 26 de abril, f.j. 1º.

*terceros*". La sentencia TC 10/2002<sup>113</sup>, de 17 de enero establece que: " *en una delimitación negativa de las características que ha de tener cualquier espacio para ser considerado domicilio hemos afirmado que ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido*".

Por lo tanto, la propiedad no puede ser el fundamento de protección del derecho, pues la protección se otorgará con independencia del título que ostente el sujeto sobre el domicilio, lo que lo hace extensivo su titularidad a arrendamientos, usufructos, pernoctaciones en establecimientos hoteleros, estancias en domicilios de propiedad ajena, etc.

Y el objeto es también radicalmente diferente; en un caso, es el dominio que el titular ejerce sobre una cosa y que impide que ese derecho se menoscabe o impida; por otro lado, la protección del domicilio constitucional puede ser perturbada por el propietario frente al que legítimamente ocupa el bien, por ejemplo, un arrendatario o usufructuario.

Además, la violación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria puede producirse sin realizar ninguna injerencia física en el domicilio, pues puede ser perturbado mediante la utilización de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos<sup>114</sup>, lo cual en modo alguno afecta al derecho de propiedad del titular del bien, que permanece incólume frente a tales injerencias.

---

<sup>113</sup> sentencia TC 10/2002, de 17 de enero, f.j. 6º.

<sup>114</sup> sentencia TC 10/2002, de 17 de enero, f.j. 5.

### III.1.4 Libre elección de residencia

El derecho a la libre elección de residencia se encuentra recogido en el art. 19 CE<sup>115</sup>, y constituye un derecho autónomo con respecto al derecho a la inviolabilidad del domicilio.

No obstante, conviene precisar esa diferenciación para alejar tal derecho como fundamento de la protección constitucional al domicilio. Sus diferencias pueden observarse tanto en el objeto sobre el que recae, como en su contenido y titularidad.

En cuanto al objeto de protección, la doctrina mayoritariamente considera que es cercano al derecho a la inviolabilidad domiciliaria, pero también que ha de excluirse la libre elección de residencia como fundamento del derecho del art. 18.2 CE<sup>116</sup>. En concreto, la libre elección de residencia es *“el derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente”* tal como lo fija el TC<sup>117</sup>, y *“no puede entenderse como un derecho a fijar el domicilio en el concreto bien que uno desee, sin más, sino como un límite a los poderes públicos en orden a constreñir esa elección”*<sup>118</sup>.

Por ello, el objeto de protección del derecho del art. 19.1 CE es una libertad para elegir el lugar donde fijar un domicilio, pero este domicilio puede ser el lugar habitual donde residir, conforme al art. 40 CC; donde una persona jurídica fije su sede o centro de actividad, etc. Por ello, puede incluir cualquier concepto de domicilio jurídicamente viable, en contra de la consideración constitucional de que el domicilio constitucionalmente

---

<sup>115</sup> El art. 19.1 CE proclama: *“Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio español”*.

<sup>116</sup> MATÍA PORTILLO, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 15-18; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Páginas 83-84; ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Páginas 129-130

<sup>117</sup> auto TC 227/1983, de fecha 25 de mayo, f.j. 2ª.

<sup>118</sup> sentencia TC 28/1999, de 8 de marzo, f.j. 8º.

protegido es un concepto diferente del concepto jurídico-civil, administrativo, penal etc.<sup>119</sup>.

Su contenido es también distinto, pues la libertad del art. 19.1 CE es una libertad previa de las personas para fijar el lugar de su residencia sin restricciones innecesarias ni injerencias del poder público.

Es, por tanto, una facultad de elección que se agota con su ejercicio libremente realizado, en tanto la inviolabilidad del domicilio tiene un contenido que se proyecta al futuro para evitar las injerencias extrañas de terceros en el domicilio previamente determinado, como poder de exclusión de ese lugar ya establecido.

En este sentido, ALONSO DE ANTONIO<sup>120</sup> expresa también, desde esta perspectiva, que es incluso posible que una determinada persona deba residir por razones laborales en un lugar específico, por lo que no concurre el derecho a libre elección de residencia, aunque sí opera en todos sus extremos, el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Por otro lado, no parece que haya verdadera elección de residencia en los casos en los que la ocupación de un lugar es simplemente con carácter coyuntural (pernoctaciones en un hotel por motivos de trabajo o negocios), y sí puede existir ampliamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio en dichos supuestos.

Es decir, la libre elección de residencia es un concepto más estático y permanente, lo que no impide modificaciones posteriores. Se hace con idea de que perdure en el tiempo. Sin embargo, el domicilio

---

<sup>119</sup> sentencias TC 22/1984, de 17 de febrero, f.j.2ª; 94/1999, de 31 de mayo, f.j. 5º.

<sup>120</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: “*El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*”. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 68.

constitucionalmente protegido puede ser transitorio y accidental, como una habitación de hotel<sup>121</sup>.

En cuanto a la titularidad del derecho, la libre elección de residencia se predica en el art. 19.1 CE exclusivamente respecto de los ciudadanos españoles. Los extranjeros sólo podrán ejercer el derecho en los términos establecidos en los tratados y las leyes, de conformidad con el art. 13.1 CE.

La titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en cambio, la ostentan las personas físicas y jurídicas, con independencia de que sean nacionales o extranjeras. El artículo 18.2 CE no realiza ninguna distinción al respecto en base a la nacionalidad del titular del derecho.

### III.1.5 La libertad y seguridad

Hemos expuesto en el Capítulo I de esta obra, que el fundamento histórico de la inviolabilidad del domicilio era el derecho a la libertad y seguridad personales frente a las detenciones arbitrarias del poder político. Dicho concepto es hoy descartado por algunos autores como posible fundamento del derecho<sup>122</sup>.

Entre otros, MATÍA PORTILLA<sup>123</sup> lo establece con claridad en la diferenciación que el CP de 1973 dispensaba al allanamiento de morada

---

<sup>121</sup> sentencia TC 10/2002, de 17 de enero.

<sup>122</sup> MATÍA PORTILLO, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 30-34; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Páginas 80-84; ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Páginas 128-129.

<sup>123</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 34, establece que: *“partir de la lectura del precepto constitucional examinado, conlleva la imposibilidad práctica de conectar la inviolabilidad del domicilio con la libertad personal, puesto que aquélla trasciende a ésta. Por ello, la estructura del Código Penal de 1973 o los pronunciamientos del Tribunal supremo que, en relación con el allanamiento de morada, sostienen que protege la libertad personal, deben entenderse superados. De hecho, el Código Penal aprobado el 23 de noviembre de 1995 regula el allanamiento de morada entre los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (Título X del Libro II)”*.

entre los delitos contra la libertad y seguridad (Título XII del Libro II), y el que dispensa en la actualidad el CP de 1995, que los agrupa entre los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (Título X del Libro II).

Otros autores han actualizado este fundamento de protección, considerando que la libertad y seguridad no son las tradicionales del derecho constitucional histórico; sino que la libertad ha de ser entendida como autonomía, independencia o autodeterminación para vivir dentro del recinto del domicilio sin injerencias ajenas, y la seguridad se funda en la protección que el ordenamiento jurídico brinda a las personas para vivir en su domicilio como marco de su desarrollo.

De este modo, ALONSO DE ANTONIO<sup>124</sup> señala que: *“ahora estos conceptos se deberán interpretar en un sentido global. Libertad como autonomía o independencia de las personas, tanto físicas como jurídicas, para desarrollar sin cortapisas, públicas o privadas, su proyecto vital, ya sea personal o profesional. Seguridad en cuanto que el ordenamiento jurídico, a través de la Constitución y normas complementarias asegura el respeto al domicilio como posible marco del proceso de decisión de las personas, físicas o jurídicas, en orden a la fijación de sus proyectos fundamentales y si procede, del desarrollo efectivo de los mismos”*.

En un sentido parecido NAVAS SANCHEZ<sup>125</sup> sitúa el bien jurídico protegido en: *“la libertad y seguridad de la persona en el ámbito del domicilio. Obviamente, no como libertad personal o de movimientos o frente a toda privación arbitraria de la misma, pues para eso ya está el artículo 17 CE, ni tampoco como libertad de elección de domicilio, que estaría ya protegida por la libertad de circulación o residencia (art. 19 CE). Por el contrario, en el caso de las personas jurídicas se trataría de la protección de su libertad y autonomía para*

---

<sup>124</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 81.

<sup>125</sup> NAVAS SÁNCHEZ, M.M.: *“¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?. A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Revista de Derecho político. UNED nº 81. Mayo-Agosto 2011. Páginas 183-184.

*llevar a cabo, por lo que al ámbito domiciliario se refiere, los fines para los que fue constituida, mediante la realización de la actividad que le es propia, con la seguridad de que no va ser objeto, dentro de ese espacio, de intromisiones ajenas. Mientras que tratándose de individuos, de personas físicas, hablaríamos más bien de la libertad o autonomía para elegir las opciones vitales que el sujeto estime convenientes en relación con el libre desarrollo de su personalidad. Esto es, en cuanto o como libertad para autodeterminarse y autodeterminar su propia conducta”.*

Esta nueva caracterización del fundamento de la inviolabilidad domiciliaria en la libertad y seguridad, o en la autodeterminación, se nos antoja demasiado genérica y amplia, y no centra debidamente la cuestión.

En primer lugar, pues un entendimiento tan laxo de la libertad y seguridad dejaría sin sustantividad propia la mayor parte de los derechos fundamentales proclamados en la Carta Magna. Si la inviolabilidad domiciliaria tiene este sustento, se puede concebir la intimidad del art. 18.1 CE como un derecho a libertad y seguridad que no se conozcan y difundan los aspectos relacionados con esa esfera de la vida de los ciudadanos, que les afectan de modo más intenso. O que el derecho al honor sea un derecho a estar libres y seguros que nadie atentara contra nuestra fama o buena estima.

De este modo, tal referencia a la libertad nos acerca indudablemente al propio concepto de “libertad pública” que la CE utiliza para referirse a los derechos fundamentales en su propio texto<sup>126</sup>, y tiene un contenido más genérico que específico de un determinado derecho.

Además, incurre en pluralidad de bienes jurídicos protegidos (libertad, seguridad, autodeterminación), para explicar el ámbito fundamentador del derecho. En vez de buscar por abstracción un único

---

<sup>126</sup> La Sección 1ª del Capítulo II del Título I CE refiere en su epígrafe: “*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”.

bien jurídico protegido que permita proyectarse sobre los múltiples aspectos en los que el derecho se realiza, tiene en cuenta éstos para elaborar un bien jurídico específico para cada uno (personas físicas, personas jurídicas, etc).

Por ello, consideramos que esta fundamentación es desdeñable por demasiado genérica y amplia, y por su carácter plural.

### III.1.6 La intimidad, la vida privada y la privacidad

A la hora de abordar el estudio del fundamento del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, resulta muy ilustrativa la construcción que del mismo se ha hecho por parte de los tribunales.

Tradicionalmente, el TS situó el bien jurídico protegido en la intimidad<sup>127</sup>. Abarcaba, pues, un concepto de intimidad personal y familiar que tiene su base en el art.18.1 CE, y con el que comparte el mismo fundamento.

Pero también el TS se ha referido al bien jurídico protegido como vida privada de las personas y privacidad, utilizando indistintamente dichos términos.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> La sentencia TS de 16 de enero de 2002 (La Ley 2967/2002), f.j. 4º, proclama que: “*es cierto que dicho concepto ha recibido una interpretación amplia en la doctrina de esta Sala aplicándose a todo ámbito de intimidad personal, concepto de más amplitud que los de habitación o morada, y que incluye lugares cerrados, en los que, aún temporal o accidentalmente, se desarrollen los aspectos íntimos de la vida individual o familiar.* También, sentencias TS 14 de junio de 2000 (La Ley 121953/2000) f.j. 1º; 14 de abril 1994 ( La Ley 3087/1994) f.j. 2º.

<sup>128</sup> La sentencia TS de 3 de marzo de 2010( La Ley 76148/2010) f.j. 2º establece que: “*con ello se olvida que en la diligencia de entrada y registro en cuanto sacrifica la intimidad y privacidad domiciliaria amparada por el artículo 18.2 de la CE*”. Y la sentencia de dicho tribunal de 19 de enero de 1995( La Ley 14346/1995), f.j. 2º dispone que: “*de todo ello se deduce que el que alquila un piso goza de la protección constitucional, aunque no habite el lugar en forma permanente, toda vez que el derecho fundamental no se limita a la protección de la habitación o morada, sino a la protección de la intimidad y ésta no se reduce al lugar en el que se encuentran el dormitorio, el salón, el despacho, la cocina, etc., como lo ha señalado la sentencia del TEDH en el caso Niemitz v. Alemania, de 16 Dic. 1992, sino que se extiende a la protección de la vida privada de los ciudadanos en el sentido antes expuesto*”.

Por ello, los términos intimidad, vida privada y privacidad son utilizados indistintamente, y a veces, simultáneamente para fundamentar el derecho que nos ocupa.

El TC también ha mantenido una indefinición similar. Inicialmente, liga el derecho a la inviolabilidad domiciliaria con el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE<sup>129</sup>. Al menos, con respecto a las personas físicas, la protección constitucional se proyecta en la vida íntima de las personas.

No obstante, en otras ocasiones el mismo tribunal parece aludir a la vida privada<sup>130</sup>, o a la privacidad<sup>131</sup>, como bienes jurídicos objeto de protección.

En este sentido, NAVAS SÁNCHEZ<sup>132</sup> resalta esta falta de precisión del TC al afirmar: *“sucede así que en la jurisprudencia constitucional relativa a*

---

<sup>129</sup> La sentencia TC 50/1995, de 23 de febrero, f.j. 5º, señala que: *“existe, pues, un nexo indisoluble de tal sacralidad de la sede existencial de la persona, que veda toda intromisión, y en concreto, la entrada y el registro en ella y de ella, con el derecho a la intimidad por lo demás contenido en el mismo precepto que el otro (art. 18.1 y 18.2 CE). Y la sentencia del TC 126/1995, de 25 de julio, f.j. 2º, expresa que: “la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la consiguiente interdicción de la entrada y registro en él (artículo 18.2 CE) no es sino una manifestación de la norma precedente que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE).”*

<sup>130</sup> La sentencia TC 10/2002, de 17 de enero, f.j. 6º, proclama que: *“y, finalmente hemos advertido sobre la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio, si a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de la vida privada en el mismo. También la sentencia TC 94/1999, de 31 de mayo, f.j. 5º”.*

<sup>131</sup> La sentencia TC 176/2013, de 21 de octubre, f.j. 8º preceptúa que: *“aquel lugar en que los «individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada. También las sentencias del TC 22/1984, de 17 de febrero, f.j. 5º; 94/1999, de 31 de mayo, f.j. 5º; 119/2001, de 24 de mayo, f.j. 6º ;TC 10/2002, de 17 de enero, f.j. 5º; TC 189/2004, de 2 de noviembre, f.j. 2º; y 209/2007, de 24 de septiembre, f.j. 2º”.* Y la misma sentencia expresa que: *“el domicilio comporta un ámbito de intimidad específico, del que se desprende la garantía constitucional de su inviolabilidad, entendida como que aquel «ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma que resulta “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública. También la sentencia TC 22/1984, de 17 de febrero”.*

*la inviolabilidad del domicilio, intimidad y vida privada, así como nociones afines a ésta última, tales como privacidad, aparecen como equivalentes, haciendo el TC un uso indistinto de las mismas”.*

No obstante, los tres términos empleados indistintamente tanto por la jurisprudencia del TS como específicamente por la del TC, son términos distintos, y con una significación específica, por lo que se debe tratar de diferenciarlos para hallar el sustento del derecho que estudiamos<sup>133</sup>.

El término “intimidad”, como fundamento de la inviolabilidad domiciliaria, es aceptado por MATÍA PORTILLA<sup>134</sup>, el cual realiza un exhaustivo y revelador estudio del origen anglosajón del término “privacy”, del que extrae la noción actual de “privacidad”. Se atiende para su discurso, a dos elementos esenciales:

a) un criterio sistemático, que lo constituye el hecho de que la regulación constitucional de la inviolabilidad domiciliaria esté establecida en el art. 18.2 CE, a continuación de la intimidad en el art. 18.1 CE. Esta imbricación entre tales extremos, como acabamos de tratar, es expuesta en algunas resoluciones del TC.

---

<sup>132</sup> NAVAS SÁNCHEZ, M.M.: “¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?. A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”. Revista de Derecho político. UNED nº 81. Mayo-Agosto 2011. Página 165.

<sup>133</sup> Expresa ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: “La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007, en sus páginas 131-132 que : “ no pudiendo dejar de señalarse que nos encontramos ante un tema cuyo tratamiento se ha venido realizando, desde las más diversas instancias, de forma deficiente y sin la claridad deseable, crítica que no es gratuita, pues basta con revisar los numerosos pronunciamientos judiciales dictados en esta materia para comprobar cómo en los mismos se equiparan los distintos conceptos antes citados ( intimidad, vida privada, privacidad), a los cuales se alude de manera indiferenciada, cuando aquéllos no resultan, en rigor, ni idénticos ni asimilables). En el mismo sentido, ESPÍN TEMPLADO, EDUARDO: “Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”, R.C.C.E.C. Nº8 (1991). Página 44; y MATÍA PORTILLA, F.J.: “El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 4.

<sup>134</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: “El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio” .Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 50-57.

b) un criterio sociológico, basado en el art. 3 CC, en virtud del cual, debe tenerse en cuenta la realidad social del tiempo en que la norma debe ser interpretada, y considera que en estos tiempos no debe ser ampliada la protección del domicilio a la “vida privada” o la “privacy”, pues parece más lógico utilizar nociones propias de nuestro ordenamiento jurídico, que aquéllas surgidas en otros ámbitos legales, y de mayor alcance.

Expresa también dicho autor que esta noción de intimidad como fundamento de la protección del domicilio, sirve para resolver problemas en relación con los sujetos protegidos por el derecho o sobre la noción constitucional de domicilio.

Finalmente, MATÍA PORTILLA,<sup>135</sup> concreta el bien jurídico en la intimidad personal, y establece que: *“todo lo que ocurre en un domicilio a efectos constitucionales (y, en el mismo sentido, la utilización privada de las comunicaciones), se presume íntimo (o secreto) y, además esa presunción es absoluta y, por lo tanto, indestructible”*.

No obstante, no podemos compartir una tesis tan extrema, pues a diferencia de lo expresado por dicho autor, la intimidad no tiene una extensión tan significativa. Como dice GALINDO MORELL<sup>136</sup>: *“así, en un sentido coloquial, se dice que todo lo íntimo es privado, pero no todo lo privado es íntimo”*. Y ESPÍN TEMPLADO<sup>137</sup> manifiesta que: *“a tal diferencia ayuda el hecho de que, incluso en el lenguaje coloquial, la noción de intimidad sea de contenido más restringido que la de vida privada, pues sólo se entienden como íntimos algunos aspectos de la vida privada de la persona”*.

---

<sup>135</sup>MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 64.

<sup>136</sup>GALINDO MORELL, P.: *“La autorización judicial de entrada en el domicilio”*. Fundación Democracia y Gobierno Local. 2 de junio de 2003. Páginas 100-101.

<sup>137</sup>ESPÍN TEMPLADO, E.: *“Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. R.C.C.E.C. nº8 (1991). Página 45.

Si bien es cierto, que respecto de las personas físicas, el concepto de intimidad puede tener una notable extensión, y en este sentido el TC<sup>138</sup> ha expresado que: *“del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”*.

No obstante, este poder sobre todas las facetas de la propia vida está nítidamente establecido en el ámbito de las personas físicas, pero se revela claramente insuficiente cuando se trata de las personas jurídicas. Puede establecerse, siguiendo al TC, que las personas jurídicas carecen del derecho a la intimidad<sup>139</sup>.

En cambio, las personas jurídicas pueden ostentar el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, desde la sentencia TC 137/1985, de 17 de octubre<sup>140</sup>.

Por ello, no ofrece la intimidad un fundamento unívoco que abarque las distintas posibilidades en las que se proyecta el derecho del art. 18.2

---

<sup>138</sup> sentencia del TC 170/1987, de 30 de octubre, f. j. 4°; sentencia TC143/1994, de 9 de mayo, f.j. 2°.

<sup>139</sup> El auto del TC 257/1985, de 17 de abril, establece que: *“el derecho a la intimidad que reconoce el art. 18.1 de la C. E. por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas Entidades, quedarán, en su caso, protegidas por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada”*

<sup>140</sup> Esta sentencia(f.j.3°) señala que: *“en suma, la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo”*.

CE. Esta tesis crítica es defendida por una parte importante de la doctrina científica<sup>141</sup>.

Por tanto, podemos concluir, que el derecho a la intimidad es válido para fundamentar una parte concreta de la inviolabilidad domiciliaria, si se trata de personas físicas, y ello teniendo un concepto de intimidad ciertamente extenso, que comprenda cualquier aspecto o dato de la persona física que ésta quiere mantener apartado del conocimiento ajeno, por trivial y adjetivo que sea.

De este modo, el TC<sup>142</sup> permite que este derecho cada ciudadano lo establezca con mayor o menor extensión, según su libre criterio. Pero es ineficaz para proyectarse sobre las personas jurídicas, y también sobre otros espacios constitucionalmente protegidos, como los despachos profesionales, bien consideremos éstos como personas jurídicas en el caso de que adopten forma societaria, o bien como actividades profesionales o mercantiles de personas físicas que se desarrollan en un espacio cerrado, y que gocen del poder de exclusión respecto de terceros<sup>143</sup>.

En este sentido, DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ<sup>144</sup> considera que no es la intimidad lo decisivo en la protección de la inviolabilidad domiciliaria.

---

<sup>141</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: “*El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*”. Editorial Colex. Madrid. 1993. Páginas 80-81; ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: “*La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos*”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Páginas 133-134; NAVAS SÁNCHEZ, M.M.: “*¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?. A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*”. Revista de Derecho político. UNED nº 81. Mayo-Agosto 2011. Páginas 168-170.

<sup>142</sup> La sentencia TC 115/2000, de 10 de mayo, f.j. 4º dispone que: “*corresponde, pues, a cada individuo, reservar un espacio, más o menos amplio, según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio*”.

<sup>143</sup> Ello tiene su acogida tanto en sentencias TEDH, por ejemplo Nietmietz contra Alemania de 16 de diciembre de 1992 (EDJ 1992/13865); como en sentencias TS que han exigido autorización judicial para entradas y registros domiciliarias en despachos y oficinas, tales como TS 797/1994, de 14 de abril, f.j.2º; TS 436/2001, de 19 de marzo, f.j. 13º.

<sup>144</sup> DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: “*Sistema de derechos fundamentales*”. 2º edición. Edit. Thomson-civitas. Página 269. Así, señala que: “*la más importante es que el continente-no el contenido-es lo que ha de ser tenido en cuenta a la hora de fijar el alcance de esos derechos*”.

La misma objeción puede hacerse del término “vida privada”. Muy exhaustiva es la aportación de MATÍA PORTILLA<sup>145</sup> en torno al nacimiento de esta acepción en las normas internacionales, y concretamente en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y su recepción por el derecho español a través del art. 10.2 CE.

El criterio de considerar a la “vida privada” como fundamento del derecho que estudiamos, es seguido por parte de la doctrina científica<sup>146</sup>. Pero como apuntábamos anteriormente, dicho criterio no permite explicar todos los supuestos de protección del derecho, al excluir a las personas jurídicas o a los despachos profesionales. En este sentido, ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>147</sup> cuestiona, incluso, que sea adecuado en estos supuestos hablar de “vida”, que es un término más apropiado para las personas físicas.

### III.1.7 La privacidad como fundamento

Concluyendo con lo que exponíamos al principio de este capítulo, y con la idea de encontrar un término globalizador que sirva para expresar de forma adecuada el bien jurídico protegido por la inviolabilidad domiciliaria, llegamos al término de privacidad.

A nuestro juicio, no debemos de fijarnos, para hacer acopio de este término, en su precedente anglosajón (“privacy”), tan brillantemente

---

*cuando el titular del domicilio o la comunicación consiente el acceso de otro, queda automáticamente excluida cualquier vulneración de los apartados segundo y tercero del artículo 18 CE; pero no necesariamente de su apartado primero, ya que para la intimidad lo decisivo es el contenido”.*

<sup>145</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: “El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 34-41.

<sup>146</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: “La inviolabilidad del domicilio”. Editorial Tecnos 1992. Página 61; ESPIN TEMPLADO, E. y otros: “Derecho constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2002. Página 233.; FIGUEROA NAVARRO, C.: “Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Páginas 102-103.

<sup>147</sup> ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: “La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 136.

estudiado por MATÍA PORTILLA<sup>148</sup>, y cuyos contornos puedan ser distintos al que acogemos.

Por el contrario, debemos indagar una acepción actualizada del fundamento a la inviolabilidad domiciliar que sea integradora de los distintos supuestos que engloba. Es evidente, que los derechos evolucionan, y su impronta cambia con la viva realidad de su aplicación práctica y el impulso de la jurisprudencia.

Por eso, la privacidad puede, desde nuestro punto de vista, acoger satisfactoriamente un fundamento unívoco para su variada casuística.

En primer lugar, y en relación con las personas físicas, el término privacidad o vida privada es abundantemente utilizado por la jurisprudencia del TS<sup>149</sup> y TC<sup>150</sup>.

No obstante, dichos términos son utilizados de forma similar o equivalente, por lo que se necesitará un esfuerzo dialéctico para definirlos.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR<sup>151</sup>, cuando estudia el derecho a la inviolabilidad del domicilio en la jurisprudencia del TEDH, afirma que los términos domicilio y privacidad están tan enraizados en dicha jurisprudencia que no resulta sencillo distinguirlos.

---

<sup>148</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid, 1997. Páginas 34-41.

<sup>149</sup> sentencias TS de 26 de junio 2013, Sala 2ª ( La Ley 120440/2013) ; 18 de octubre de 2006, Sala 2ª, ( La Ley 199558/2006);12 de mayo de 2005, Sala 2ª, ( La Ley 12584/2005); 18 de febrero 2005, Sala 2ª, ( La Ley 12238/2005).

<sup>150</sup> sentencias TC 176/2013, de 21 de octubre, f.j.8º; 209/2007, de 24 de septiembre, f.j. 2º; 189/2004, de 2 de noviembre, f.j. 3º.

<sup>151</sup> HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F.:*“El derecho a la inviolabilidad del domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*. Centro de Estudios Jurídicos. El Derecho Editores S.A. 2006.

Por su parte, ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>152</sup> considera a la privacidad como fundamento de este derecho y lo define como la: *“esfera privada de las mismas que, en su condición de tal, se encuentra excluida del conocimiento de otros sujetos y en la que no caben injerencias externas”*.

NAVAS SÁNCHEZ<sup>153</sup>, aunque parte de la existencia de una pluralidad de bienes jurídicos protegidos con la inviolabilidad domiciliaria, y que sitúa a la libertad, autonomía y seguridad, en la forma ya apuntada en el epígrafe III.1.5, como fundamento principal del derecho, también manifiesta: *“sin olvidar que con la protección del domicilio no se protege en general la libertad vital del individuo, sino tan sólo aquella que implique una exigencia de privacidad”*.

A nuestro juicio, la noción de privacidad es válida para fundamentar este derecho por las siguientes razones:

a) En cuanto a las personas físicas, los términos de intimidad, privacidad y vida privada se confunden, pero en todo caso, el domicilio garantiza un espacio cerrado en el que los individuos desarrollan, libre de injerencias externas, todas las facetas de su personalidad que puedan tener carácter reservado. Este carácter de reserva, con exclusión de terceros, ya sean otros ciudadanos o la autoridad pública, es lo que permite que el ciudadano ejercite libremente su personalidad, ajeno a las vicisitudes de la sociedad o de otras personas.

b) Dentro de las personas físicas, permite también la protección constitucional a las actividades profesionales, comerciales o mercantiles de dichas personas físicas, siempre que el lugar sirva a esa necesidad prioritaria, y no se trate de un espacio abierto al público. En esto, la

---

<sup>152</sup>ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 137.

<sup>153</sup>NAVAS SÁNCHEZ, M.M.: *“¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?. A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Revista de Derecho político. UNED nº 81. Mayo-Agosto 2011. Página 186.

jurisprudencia del TS<sup>154</sup> es muy exhaustiva, y se extiende a todas las ramas del ordenamiento jurídico, fundamentalmente en asuntos penales o administrativos.

NAVAS SÁNCHEZ<sup>155</sup> establece al respecto, que para el TS: *“el dato decisivo resulta ser así, no el tipo de actividad que en el mismo se realiza, sino si la misma se desarrolla sin admitir libremente a terceros”*. Por ello, la nota prevalente en este caso, también sería el ejercicio de la privacidad en relación con las actividades profesionales, comerciales, o mercantiles del sujeto titular del derecho en un espacio cerrado que se mantiene ajeno a la injerencia de extraños.

c) Un matiz específico presentan los despachos de abogados o de profesiones liberales, dado que por la jurisprudencia del TEDH<sup>156</sup> se ha considerado a los mismos como domicilio constitucionalmente protegido.

En estos casos, la privacidad del domicilio del profesional se proyecta no sólo respecto de la actividad profesional de éste, sino también sobre los datos que obran en su oficina o despacho, y tienen que ver con sus clientes. Por tanto, la privacidad protegida no es sólo la del profesional, sino toda la que exista en su oficina y se refiera a los clientes de dicho profesional.

Por ello, en estos casos, se observa más claramente cómo es la privacidad el bien jurídico protegido por el derecho que estudiamos, privacidad que se extiende también a todas las personas ajenas a dicho domicilio que depositaron en este profesional su confianza. Ello engarza

---

<sup>154</sup> sentencias TS de 11 de octubre de 1993, Sala 2ª, (La Ley 1713/1994); 14 de abril 1994, de 14 de abril (La Ley 3087/1994).

<sup>155</sup> NAVAS SÁNCHEZ, M.M.: *“¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?. A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Revista de Derecho político. UNED. nº 81. Mayo-Agosto 2011. Página 179.

<sup>156</sup> sentencias TEDH Niemietz contra Alemania (EDJ 1992/13865); Roemen y Schmit contra Luxemburg de 25 de febrero de 2003 (EDJ 2003/2361); Petri Sallinen y otros contra Finlandia de 27 de septiembre de 2005 (EDJ 2005/144749).

su fundamento con otros bienes jurídicos, como el de la confidencialidad y el secreto profesional.

En concreto, el art. 32.2<sup>157</sup> del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía, y el art. 41<sup>158</sup> del Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, en el caso de que haya de practicarse algún registro en un despacho profesional de un abogado o procurador, prevén que se persone el Decano en dicho despacho en aras a garantizar el secreto profesional de los afectados.

d) La privacidad se observa también claramente protegida cuando se trata de personas jurídicas, dado que no son todos los inmuebles de una sociedad o persona colectiva los protegidos, sino tal como establece el TC<sup>159</sup>, el centro de negocios o el lugar de custodia de los documentos, es decir, aquéllos que constituyen en esencia desarrollo de la actividad profesional o comercial (donde se toman las decisiones, se discute la trayectoria de la empresa, se guardan los documentos de la misma). Por tanto, los lugares donde se realiza y se guarda la actividad privada de la

---

<sup>157</sup> Este art 32.2. señala que: “1. De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos. 2. En el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional”.

<sup>158</sup> El art. 41 dispone que: “1. En el caso de que el Decano del Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso, gubernativa competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un procurador, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en éste se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional”.

<sup>159</sup> sentencia TC 69/1999: “los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir 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”.

empresa o sociedad, o sea, donde dicha persona jurídica ejerce su derecho a la privacidad.

e) Un último aspecto habría que destacar en el fundamento de este derecho, y que abona también la tesis que se expresa. Y son los supuestos en los que la injerencia domiciliaria no se hace mediante una entrada física en el domicilio, sino mediante aparatos mecánicos, electrónicos o análogos. Este supuesto es contemplado por el TC<sup>160</sup>. Igualmente, debemos señalar que también suponen injerencias domiciliarias otras actividades que no llevan consigo tampoco una entrada domiciliaría, pero ocasionan serias perturbaciones en la vida de las personas, en caso de inmisiones o ruidos, que impiden desarrollar la vida cotidiana de las mismas.

Bien es cierto, que estos casos presentan una notable extensión del concepto, pues no hay invasión del domicilio, pero sí se atenta contra la inviolabilidad domiciliaria en el sentido que se impide plenamente el ejercicio de su privacidad en el mismo, al perturbarlo con ruidos, degradar el medio ambiente cercano, o invadirlo con medios técnicos, como grabaciones de imágenes o sonidos.

Como conclusión de este análisis, podemos afirmar que la privacidad constituye un fundamento de protección del derecho válido para entender todos los supuestos en que se presenta una injerencia o invasión domiciliaria, privacidad que nace tradicionalmente en el art. 18.1 CE, pero que tiene una dimensión propia y autónoma en la proclamación del art. 18.2 CE, y que se proyecta a la protección de esa privacidad en términos muy parecidos a los que ofrece el secreto de las comunicaciones, y la protección de datos personales de los arts. 18.3 y 18.4 CE, pues lo que se pretende es proteger el carácter reservado de las actividades de los sujetos titulares sobre un espacio concreto, el domicilio.

---

<sup>160</sup> sentencias TC 22/1984, de 17 de febrero, f.j. 2º; 10/2002, de 17 de enero, f.j. 6º.

Esta similitud entre la inviolabilidad domiciliaria y el secreto de las comunicaciones la advierte también DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ<sup>161</sup> que expone que: *“es claro que se trata de dos derechos fundamentales distintos y que, como tales, deben ser analizados por separado; pero no hay que pasar por alto que, especialmente en lo que hace a su estructura y su protección, presentan ciertos rasgos comunes”*. Y añade dicho autor que: *“ello significa que el espacio (domicilio) o la actividad (comunicaciones) son de acceso reservado en cuanto tales. Lo que se considera constitucionalmente digno de protección es la limitación de acceso en sí misma, con independencia de cualquier consideración material”*.

### III.2 CARACTERÍSTICAS

Una vez identificado el fundamento del derecho que estudiamos, debemos proceder a analizar las notas características que presenta. Bien es cierto, que sus caracteres presentan similitudes con otros derechos de su misma naturaleza. En cualquier caso, pasamos a enumerar dichos caracteres.

#### 1) Es un derecho fundamental

En el apartado 1.3 de este libro hemos analizado la naturaleza de derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, y en este punto, debemos de dar por reproducido lo ya mencionado, por lo que sólo será preciso referirnos a lo que ya ha sido expuesto, evitando innecesarias reiteraciones.

#### 2) Es un derecho autónomo

Al incluirse en el apartado segundo del art. 18 CE, también se ha planteado la dependencia del precepto con respecto al derecho a la intimidad del apartado primero. Esta situación sistemática del derecho ha

---

<sup>161</sup> DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *“Sistema de derechos fundamentales”*. 2ª edición. Edit. Thomson-civitas. Página 268.

sido objeto de críticas doctrinales. Por ejemplo, ALONSO DE ANTONIO<sup>162</sup> cuestiona su ubicación entre los regulados en el art. 18 CE, debido a la naturaleza tan heterogénea de los mismos. Así, afirma que: *“la regulación constitucional, caracterizada en algún momento como inocente, no pudo ser más desafortunada. Incluir el derecho a la inviolabilidad del domicilio en un conjunto tan heterogéneo carece de todo sentido, máxime cuando alguno de estos aspectos poco o nada tienen que ver con los demás”*. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ<sup>163</sup> vincula más el derecho que analizamos con el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE.

En cualquier caso, lo que resulta claramente de su tratamiento doctrinal mayoritario, es que es un derecho fundamental con sustantividad propia, pues protege el espacio físico concreto, no por lo que él supone, sino en cuanto es emanación de la esfera privada de la persona.

En este sentido, ALONSO DE ANTONIO<sup>164</sup> afirma que el derecho a la protección domiciliaria tiene: *“un contenido peculiar que determina una sustantividad característica que le hace perfectamente diferenciable de otros derechos que si bien pueden tener puntos de contacto con la idea del domicilio, con independencia de la terminología a emplear, responden a necesidades bien distintas, lo que aconseja su regulación constitucional autónoma”*.

En el mismo sentido, otros autores como DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, NAVAS SÁNCHEZ y FIGUEROA NAVARRO<sup>165</sup> han resaltado el carácter

---

<sup>162</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Páginas 69-70.

<sup>163</sup> DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *“Sistema de derechos fundamentales”*. 2ª edición. Edit. Thomson-civitas. Página 268.

<sup>164</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 65.

<sup>165</sup> DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *“Sistema de derechos fundamentales”*. 2ª edición. Edit. Thomson-civitas. Página 268; NAVAS SÁNCHEZ, M.M.: *“¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?. A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Revista de Derecho político. UNED. nº 81. Mayo-Agosto 2011.

autónomo de este derecho, característica que afectará a la propia configuración jurídica de la inviolabilidad domiciliaria, en cuanto a su contenido, titularidad, objeto, títulos legitimadores para la injerencia en el mismo, etc, tal como veremos a lo largo del desarrollo de los distintos capítulos de esta obra.

### 3) Es un derecho individual y personalísimo

Otra nota característica del derecho a la inviolabilidad domiciliaria es su carácter individual y personalísimo, lo cual ha sido puesto de manifiesto por la doctrina científica<sup>166</sup>. Por otra parte, también el TC ha resaltado dicho carácter en los casos de cotitularidad del derecho, pues si se observa que el domicilio es utilizado conjuntamente por varias personas, cada una de ellas tendría un idéntico derecho a excluir a terceros, que anularía el consentimiento prestado por el otro titular. No obstante, dicha cuestión se desarrollará con detalle a propósito del consentimiento como título habilitante de la entrada y registro domiciliario en el Capítulo VII de esta obra.

Concretamente, el TC<sup>167</sup> ha anulado el consentimiento prestado por un titular si existe contraposición de intereses con el otro. No obstante, parece deducirse de dicha doctrina, que si no existe tal conflicto de intereses el cotitular podrá autorizar la entrada y registro domiciliario de forma válida ante la ausencia del otro titular sobre el que recaería la

---

Página 159; FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 96.

<sup>166</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid, 1997. Página 86; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B.: *“Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código Penal”*. Editorial Comares. Granada. 1998. Página 105; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 76; ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 117.

<sup>167</sup> La sentencia TC 22/2003, de 10 de febrero, f.j. 8º y 9º; TC 239/1999, de 20 de diciembre, f.j. 3º.

injerencia domiciliaria, por ejemplo, por ser objeto de una investigación criminal, o de un acto administrativo ejecutivo.

4) Es un derecho que no tiene carácter absoluto

La categorización de los derechos fundamentales como derechos que no tienen un carácter absoluto se manifiesta en el hecho de que por vitales y esenciales que sean éstos para configurar una sociedad como plenamente democrática y respetuosa de los valores que la CE proclama, se producen colisiones entre los derechos de unos ciudadanos y otros, o con el Estado; lo que impone necesariamente que deba fijarse también a los derechos fundamentales unos límites.

En principio, todo derecho tiene un límite, y es el ejercicio de los derechos de los demás, tal como lo establece el art. 10.1 CE. Pero además, pueden encontrarse límites a los derechos fundamentales en razón de su colisión con otros derechos fundamentales, o como en el caso del derecho que analizamos, porque existan títulos específicos que justifican la injerencia en dicho derecho, tal como recoge el art.18.2 CE, a propósito del consentimiento del titular, del delito flagrante o de la resolución judicial que permita dicha intromisión.

Este carácter limitado de la inviolabilidad domiciliaria ha sido recogido por la doctrina científica<sup>168</sup> y por el TC<sup>169</sup>. Por otra parte, su reconocimiento internacional también determina límites para el mismo, como son los recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos,

---

<sup>168</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: “*El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*”. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 233-234; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: “*El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*”. Editorial Colex. Madrid. 1993. Páginas 107-108; ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: “*La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos*”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Páginas 119-123; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: “*La inviolabilidad del domicilio*”. Editorial Tecnos 1992. Páginas 166-167.

<sup>169</sup> sentencias TC 199/1987, de 16 de diciembre, f.j. 9º; 10/2002, de 17 de enero, f.j. 8º y 9º, entre otras.

que en su art. 8.2<sup>170</sup> fija como límites una enumeración mucho más amplia que la contenida en nuestra Carta Magna.

Como puede observarse, existen notables diferencias entre las limitaciones taxativas a las que alude nuestra regulación constitucional, y las que se recogen en dicho texto internacional. Esto ya fue visto al tratar el epígrafe II.2 de esta obra.

En cualquier caso, es digno de resaltar el valor interpretativo que tienen los convenios internacionales a través del art. 10.2 CE, lo que obliga a interpretar los derechos fundamentales teniendo en cuenta dichas disposiciones. Y ello, sin perjuicio que con referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 no podemos decir, sin más, que se trata de una norma internacional, pues es clara su vinculación en el orden interno al tener fuerza vinculante en nuestro país las resoluciones dictadas por el TEDH en aplicación de dicho Convenio, tal como vimos en el epígrafe antes citado.

### III.3 CAUCES DE PROTECCIÓN

El derecho a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE va a ser objeto de protección por múltiples vías jurídicas. Podemos distinguir sintéticamente las siguientes:

1) Garantías normativas, caracterizadas por un cúmulo de disposiciones legales que aseguran el cumplimiento de los derechos fundamentales y de los que son corolario el principio de legalidad

---

<sup>170</sup> “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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

proclamado en el art. 9.1 CE<sup>171</sup>; la vinculación de estos derechos a todos los poderes públicos en el art. 53.1 CE y el principio de reserva de ley de este mismo art.

Específicamente, es una garantía adicional el principio de reserva de Ley Orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales establecido en el art. 81.1 CE. Así, tras las sentencias TC 140/1986, de 11 de noviembre y 160/1986, de 16 de diciembre, se reconoce la necesidad de Ley Orgánica para definir los delitos que llevan aparejada una pena privativa de libertad.

También podemos añadir como una garantía la especial “rigidez” de los mecanismos de reforma constitucional en lo atinente a la regulación de los derechos fundamentales reconocidos en Capítulo II, Sección 1ª del Título I CE<sup>172</sup>, según proclama el art.168.1 de la misma.

2) Garantías jurisdiccionales, que suponen específicos mecanismos de tutela judicial frente a los ataques a los derechos fundamentales, y de lo que son expresión el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, y el recurso de amparo ante el TC, o el procedimiento judicial preferente y sumario del art. 53.2 CE. En el ámbito internacional, el recurso ante el TEDH de Estrasburgo.

3) Garantías institucionales, a través de los mecanismos políticos del control parlamentario a la acción del Gobierno, o de la labor del Defensor del Pueblo como defensor de los derechos proclamados en el Título I<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup>El art. 9.1 CE establece: “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”.

<sup>172</sup> El Capítulo II, Sección 1ª del Título I CE comprende los arts. 15 a 29 de la misma y coincide con lo que se ha llamado el “núcleo duro” de los derechos fundamentales.

<sup>173</sup> El art. 54 CE dispone que: “*Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales*”.

4) La regla de exclusión de todas las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos fundamentales, establecida en el artículo 11.1 LOPJ, que conlleva un “plus” de protección de los mismos, y confiere a dicha regla una neta naturaleza constitucional, aunque no esté explícitamente recogida en el texto constitucional.

En este sentido, GÁLVEZ MUÑOZ<sup>174</sup> manifiesta al respecto que: *“la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales no se halla, desde luego, proclamada explícitamente en un precepto constitucional concreto, ni puede decirse tampoco que forme parte del contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales. Lo que ocurre es que el Tribunal Constitucional, con el apoyo de la inmensa mayoría de la doctrina, ha considerado que dicha regla constituye una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, es decir, una garantía que se deduce del conjunto de la regulación constitucional sobre los derechos fundamentales.”*

Su naturaleza constitucional deriva igualmente de la doctrina emanada del TC<sup>175</sup>, que entiende que la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales se imbrica con el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, con el derecho a la igualdad de las partes en el proceso que relaciona con el art. 14 CE y con el derecho a la presunción de inocencia, recogido también el art. 24.2 CE.

---

<sup>174</sup> GALVEZ MUÑOZ, L.: *“La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”*. Editorial Thomson-Aranzadi. Página 44.

<sup>175</sup> sentencia TC 114/1984, de 29 de noviembre f.j. 5º; auto TC 282/1993, de 20 de septiembre.



IV

---

CONCEPTO DE DOMICILIO



## CONCEPTO DE DOMICILIO

### IV.1 DIFERENCIACIÓN DE CONCEPTOS AFINES

#### IV.1.1 Introducción

Al abordar el concepto de domicilio que consagra el art. 18.2 CE, debemos tener en cuenta que antes del nacimiento de la CE, ya era ampliamente utilizado por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la expresión “domicilio” ya invoca determinadas acepciones del término, por ser usualmente empleado en distintas ramas del derecho.

En cualquier caso, el concepto de domicilio ni es uniforme ni está claramente definido. En este sentido, MATÍA PORTILLA<sup>176</sup> afirma que: *“existe una pluralidad de conceptos de domicilio(o de nociones cercanas que tienen distinto nombre) recogidas en el ordenamiento infraconstitucional”*.

Por ello, y para adentrarnos en el significado constitucional del término, conviene analizar si en otras ramas del ordenamiento jurídico la expresión “domicilio”, u otro término afín, tiene un sentido similar o no.

Además, como ya se expuso en el epígrafe III.1 al tratar del fundamento de la protección del derecho, la caracterización de la inviolabilidad domiciliaria fundamentada en la privacidad que se mantiene en este libro, debe servir de punto de partida y eje en la elaboración doctrinal que se realice del concepto constitucional de domicilio, pues ambos aspectos están cohesionados no sólo por la necesidad ética de la coherencia del discurso, sino también, porque el sustrato valorativo que lleva a dicha conclusión se extiende a todo su contenido.

---

<sup>176</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 182-183.

De este modo, lo que haya de entenderse por domicilio se asienta en el fundamento de protección del derecho, y este fundamento nutre y se proyecta en lo que haya de ser un domicilio constitucional.

Por ello, las referencias ya hechas en los epígrafes anteriores despliegan sus efectos en todas las páginas de esta obra, tratando de ofrecer un estudio sistemático y continuado del derecho que estudiamos.

#### IV.1.2 Concepto civil de domicilio

Es en el Derecho privado donde surge el concepto de domicilio, y así el art. 40 CC establece que el domicilio de las personas naturales es el de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la LEC. En este sentido, la LEC regula en su art. 50 el domicilio a efectos de determinar la competencia territorial del tribunal, y opta por el domicilio del demandado como regla general en caso de las personas físicas.

En el caso de las personas jurídicas, el art. 41 CC dispone que a falta de fijación por ley o de forma estatutaria: *“se entenderá que lo tienen en el lugar que se halle establecida su representación legal o donde se ejerzan las principales funciones de su estatuto”*. Junto a ello, las distintas leyes que regulan las distintas clases de sociedades mercantiles, también ofrecen referencias a cual haya de ser el domicilio de las mismas<sup>177</sup>.

Por ello, y siguiendo a FIGUEROA NAVARRO<sup>178</sup> podemos considerar que el concepto de domicilio civil adoptado por la doctrina

---

<sup>177</sup>A tal efecto y con carácter ejemplificativo, el art. 6.1 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas establece que: *“La sociedad fijará su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación”*. En el mismo sentido se pronuncia el art. 9.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio proclama: *“Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación.”*

<sup>178</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 116.

civilista, entiende como tal el lugar o círculo territorial donde se ejercitan los derechos y se cumplen las obligaciones, y que constituye, por tanto, la sede jurídica y legal de la persona.

De acuerdo a dicha premisa, la noción de domicilio civil tiene relación con la residencia habitual de las personas físicas y con la sede legal de las personas jurídicas (donde desarrollan las principales tareas de dirección y administración de la empresa). Como señala GONZÁLEZ TREVIJANO<sup>179</sup> refiriéndose al domicilio civil: *“excluye, en cambio, de su definición todos los ámbitos físicos de protección, en los que el sujeto pueda establecerse o morar de un modo ocasional o transitorio”*.

Junto a ello, y con respecto a las personas físicas, habrá de considerarse que no constituirán domicilio civil sus despachos profesionales o locales comerciales donde ejerzan actividades comerciales, mercantiles o profesionales, salvo que sean realizadas conjuntamente en el lugar que constituya su residencia habitual.

Respecto del domicilio civil de las personas jurídicas, no tendrán tal carácter sus centros o establecimientos que no sean su sede legal, ni aquéllos en los que no desarrollen su principal labor de dirección de la empresa.

#### **IV.1.3 Concepto penal de domicilio**

En el ámbito penal, no encontramos una noción pacífica del concepto de domicilio. Ni existe una definición legal, ni siquiera la terminología es unívoca, dado que junto al término “domicilio” se usan otros como el de “morada” o “casa habitada”<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Página 134.

<sup>180</sup> Véase MUÑOZ CONDE, F.: *“Derecho Penal. Parte Especial”*. 15ª edición. Editorial Tirant lo Blanch; QUINTERO OLIVARES, G. y otro: *“Comentarios al nuevo Código penal”*. Editorial

De este modo, el CP, a propósito de la regulación del delito de allanamiento de morada en los arts. 202, 203 y 204<sup>181</sup> CP utiliza este término de morada y el de domicilio para referirse a las personas jurídicas, despachos, oficinas y locales. El art. 534<sup>182</sup> CP, regulado entre los delitos contra la inviolabilidad domiciliaria, emplea el término “domicilio”.

Por otro lado, el art. 241 CP<sup>183</sup>, a propósito del robo, utiliza el vocablo “casa habitada”, y ofrece una descripción de los supuestos lugares que

---

Aranzadi.2ª edición; MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. y otros: “Derecho penal. Parte Especial”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2004.

<sup>181</sup> El art. 202 dispone: “1.El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses”. El art. 203 CP: “1. 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. 2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere 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”. El art. 204 CP : “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena prevista respectivamente en los mismos, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años”.

<sup>182</sup> Este art. señala : “1. Será castigado con las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, y sin respetar las garantías constitucionales o legales: 1.º Entre en un domicilio sin el consentimiento del morador.2.º Registre los papeles o documentos de una persona o los efectos que se hallen en su domicilio, a no ser que el dueño haya prestado libremente su consentimiento. Si no devolviera al dueño, inmediatamente después del registro, los papeles, documentos y efectos registrados, las penas serán las de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años y multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderle por la apropiación. 2. La autoridad o funcionario público que, con ocasión de lícito registro de papeles, documentos o efectos de una persona, cometa cualquier vejación injusta o daño innecesario en sus bienes, será castigado con las penas previstas para estos hechos, impuestas en su mitad superior, y, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

<sup>183</sup> El art. 241 CP establece: “2. Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar.3. Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, 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”.

han de considerarse pertenecientes a dicha casa a efectos de subsumir el comportamiento delictivo dentro del tipo penal.

Junto a ello, el término procesal penal que emplea el art. 554.2<sup>184</sup>LECRIM, es el de domicilio.

MATÍA PORTILLA<sup>185</sup> realiza un exhaustivo estudio de la doctrina científica y de la jurisprudencia del TS en la materia, para terminar entendiendo que la morada penal es la casa habitada, es decir, el lugar cerrado en el que una o varias personas moran. E identifica tanto la noción penal de morada y casa habitada con la procesal de domicilio al afirmar que todos ellos: *“se pueden definir como aquellos lugares destinados prioritariamente a habitación”*.

GONZÁLEZ TREVIJANO<sup>186</sup>, sin embargo, llega a la conclusión de que existe una sintonía entre la noción penal de morada y la constitucional de domicilio, actuando la significación penal de domicilio como un reenvío de carácter normativo preexistente.

Por su parte, SÁNCHEZ DOMINGO<sup>187</sup> es contraria a interpretar aplicable el concepto estricto que identifica a domicilio como habitación o lugar a que se refiere el art. 554.2 de la LECRIM, pues deja fuera de éste lugares como los destinados al ejercicio de actividades profesionales, las tiendas de campaña, o las barracas. De ahí, que abogue a los efectos del delito del art. 534 CP por una noción amplia de domicilio.

En la actualidad, ha de considerarse que la significación penal de domicilio ha sido legalmente ampliada, por la vía de realizar una

---

<sup>184</sup> Este art. señala: *“El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia”*.

<sup>185</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 201-205.

<sup>186</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos 1992. Páginas 143-144.

<sup>187</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, M.B.: *“Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código Penal”*. Editorial Comares. Página 126.

descripción de la tipificación delictiva, dado el principio de interpretación restrictiva de los tipos penales que rige en esta rama del Derecho. Ello ha determinado que en el art. 203 CP se tipifique expresamente el hecho de entrar en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público. De ahí que se identifique también el concepto penal de domicilio a efectos del delito de allanamiento de morada con esa clase de inmuebles. De este modo, la noción penal de domicilio que parece prevalecer es notablemente amplia, acercándose al sentido constitucional del término, aunque no puede por ello llegarse a una fusión total, sino que el sentido constitucional gozaría de autonomía propia.

En el ámbito procesal penal, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal añadió un párrafo 4º al artículo 554 de la LECRIM, y determinó que también constituye domicilio: *“tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros”*.

Con ello, se recoge en gran medida la jurisprudencia constitucional en torno al significado de domicilio, de tal modo que no estamos ante un reenvío de normas penales en el ámbito constitucional, sino de una progresiva armonización de la legislación ordinaria a los postulados emanados de la interpretación de los derechos fundamentales. Esta tendencia ya era recogida por FIGUEROA NAVARRO<sup>188</sup>, basándose en la propia doctrina del TC que señala: *“no siempre es correcto interpretar la Constitución a través de las leyes, sino que son éstas las que deben ser*

---

<sup>188</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 118.

*interpretadas a la luz de la Constitución*". En el mismo sentido se expresa ALONSO DE ANTONIO<sup>189</sup>.

#### IV.1.4 Concepto administrativo y tributario

En el ámbito administrativo, el concepto de domicilio relacionado con el Padrón vecinal responsabilidad de los municipios, permite al ciudadano su empadronamiento como forma de adquirir la condición de vecino de dicha localidad. Ello le atribuye los derechos y obligaciones establecidas en el art. 18 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. En estos casos, el concepto viene claramente definido por la ley, y su caracterización administrativa se aleja nítidamente del concepto constitucional del art. 18.2 CE.

En el ámbito tributario, el art. 48.1 LGT establece el domicilio fiscal como: *"el lugar de localización del obligado tributario en sus relaciones con la Administración tributaria"*. Por ello, en principio, dicho domicilio fiscal lo será al objeto del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones de carácter tributario que tenga el ciudadano. A continuación, el art. 48.2 LGT sitúa el concepto de domicilio fiscal cercano al domicilio civil, al presuponer que el domicilio fiscal de las personas físicas es el de su residencia habitual, y el de las personas jurídicas su domicilio social.

---

<sup>189</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *"El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978"*. Editorial Colex. Madrid. 1993. En su página 85, expone textualmente: *"lo que se debe hacer es interpretar el sentido de la genérica protección que pretende brindar la Constitución al domicilio, empezando por el contenido propio de esta. Será precisamente ese significado el que tendrá que asumir cada rama del Derecho porque la interpretación del ordenamiento jurídico no puede consistir en el análisis del texto constitucional partiendo de cada instrumento normativo sino bien al contrario el bloque legislativo habrá de acomodarse a lo que diga la Constitución y si, como en el caso presente, la Constitución guarda un inoportuno silencio, será principalmente la actuación del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución la que ofrezca las pautas para deducir lo que ésta quiso decir"*.

No obstante, este criterio inicial puede ser modificado por la propia Administración tributaria en atención al lugar efectivo de gestión y administración económica desarrollada o al mayor valor de inmovilizado que tengan.

Además, la propia Administración tributaria puede proceder a comprobar de oficio el domicilio fiscal de los contribuyentes.

No obstante, el art. 113 LGT<sup>190</sup>, a los efectos de entrada en el domicilio de un contribuyente, establece claramente la necesidad de acudir al consentimiento del titular o a la autorización judicial.

Y el art. 142.2<sup>191</sup> de la citada ley también distingue los supuestos de entradas que no precisan de autorización judicial de aquéllas que afectan a domicilios constitucionalmente protegidos y que sí la precisarían. En cualquier caso, en esta materia hemos de remitirnos a la muy completa obra de ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>192</sup>, a propósito de las entradas y registros domiciliarios realizados por actuaciones tributarias.

#### IV.2 SIGNIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

---

<sup>190</sup> El artículo 113 LGT expone que: “cuando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria deberá obtener el consentimiento de aquél o la oportuna autorización judicial.”

<sup>191</sup> El art. 142.2 LGT señala que: “cuando en las actuaciones inspectoras lo requieran, los funcionarios que desarrollen funciones de inspección de los tributos podrán entrar, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, en las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen, existan bienes sujetos a tributación, se produzcan hechos imponible o supuestos de hecho de las obligaciones tributarias o exista alguna prueba de los mismos. Si la persona bajo cuya custodia se encontraren los lugares mencionados en el párrafo anterior se opusiera a la entrada de los funcionarios de la inspección de los tributos, se precisará la autorización escrita de la autoridad administrativa que reglamentariamente se determine. Cuando en el ejercicio de las actuaciones inspectoras sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido del obligado tributario, se aplicará lo dispuesto en el artículo 113 de esta ley”.

<sup>192</sup> ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: “La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007.

Habiendo ya abordado distintos supuestos en los que el término “domicilio” es examinado por normas de legalidad ordinaria, debemos entrar en el concepto constitucional del mismo. La doctrina científica<sup>193</sup> y la jurisprudencia dominante hacen alusión a la ausencia legal de un concepto. Es evidente que el 18.2 CE simplemente proclama que: *“el domicilio es inviolable”*.

No obstante, es lo cierto que el TC desde la sentencia 22/1984, de 17 de febrero, recogió la idea de diferenciar el concepto constitucional de domicilio de los procedentes de otras ramas del derecho. En su f. j. 2º se afirma que: *“la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado, y en especial en el artículo 40 del Código civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones. Como se ha dicho acertadamente en los alegatos, que en este proceso se han realizado, la protección constitucional de domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona”*. Y sigue diciendo el TC<sup>194</sup> que: *“no caben al respecto concepciones reduccionistas que lo equiparan, como la analizada, al concepto jurídico-penal de morada habitada o habitación”*.

Con ello se observa ya inicialmente en la jurisprudencia constitucional, más tarde corroborada por sentencias posteriores, la idea de elaboración de un concepto propio de domicilio, alejado de los específicos de las demás áreas del ordenamiento jurídico, y por otro lado,

---

<sup>193</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Páginas 82-83; GALINDO MORELL, P.: *“La autorización judicial de entrada en el domicilio”*. Fundación Democracia y Gobierno Local. 2 de junio de 2003. Página 101; FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 115; ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Páginas 141-142; ESPÍN TEMPLADO, E.: *“Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. R.C.C.E.C. nº8. 1991. Página 48; MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 182.

<sup>194</sup> sentencia TC 94/1999, de 31 de mayo, f.j. 5º.

la idea de que dicho concepto ha de ser de carácter “instrumental” o en palabras de FIGUEROA NAVARRO<sup>195</sup>: “funcional”.

Este carácter instrumental o funcional del domicilio constitucionalmente protegido dificulta que pueda elaborarse un concepto uniforme y acabado del mismo, lo cual es crítica habitual de la doctrina científica<sup>196</sup>.

Ello conecta el concepto de domicilio con el fundamento que dicho domicilio comporta. Así, el TC<sup>197</sup> señala: “*el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo, libre de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada*”.

De este modo, el espacio físico no se protege por sí mismo, lo cual comporta que no pueda elaborarse una noción cerrada de domicilios constitucionales, sino que tendremos que analizar en esta obra, y en cada caso, si ese espacio, entre otros requisitos, es o no apto para la privacidad.

---

<sup>195</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: “Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 118. Esta autora expresa que: “por tanto, todo parece indicar que el concepto de domicilio es funcional, sobre cuyo contenido tenemos que volver a interrogarnos.”

<sup>196</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: “El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”. Editorial Colex. Madrid. 199. Este autor, en su página 84, manifiesta que: “hasta ahora esa labor del Tribunal Constitucional ha sido muy meritoria aclarando aspectos parciales de la realidad domiciliaria y su protección constitucional, pero aún incompleta porque no ha llegado a dar un concepto uniforme de lo que se debe entender por domicilio”; NAVAS SÁNCHEZ, M.M.: “¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?. A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”. Revista de Derecho político. UNED. nº 81. Mayo-Agosto 2011. En su página 180 dispone que: “ya se ha visto cómo en la jurisprudencia constitucional esto ha sido posible mediante el artificio de erigir un derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas-peculiar-del supuesto que se concibe como normal u ordinario, no en el sentido más frecuente, sino como aquél en el que está pensando la norma constitucional (la vivienda o morada de las personas físicas) y que en consecuencia atiende a parámetros diferenciados”.

<sup>197</sup> sentencias TC 10/2002, de 17 de febrero, f.j. 6º; 189/2004, de 2 de noviembre, f.j. 2º; 209/2007, de 24 de septiembre, f.j. 2º.

Por ello, y como expone SÁNCHEZ DOMINGO<sup>198</sup> el domicilio: *“encierra en sí la idea de privacidad, es decir, espacio cerrado en el que el sujeto pueda realizarse, sin someterse a más reglas que las convencionales”*.

Este criterio finalista del domicilio se observa también en la jurisprudencia del TEDH. No debemos olvidar, la aplicabilidad en nuestro Derecho interno de dicha jurisprudencia por la vía de la interpretación que ofrece el art.10.2 CE. Además, dicha jurisprudencia afecta directamente a la propia del TC, que ha ido asumiendo la doctrina del TEDH en sus propias resoluciones. Por ejemplo, y en el marco del derecho que nos ocupa, en el caso de daños ambientales<sup>199</sup>, tal como veremos en el epígrafe V.2.1 de esta obra.

Pues bien, la doctrina del TEDH sobre la vida privada y domicilio del art. 8 del Convenio de Derechos Humanos, ofrece también una interpretación amplia de la significación del domicilio, que se extiende más allá del círculo íntimo de una persona y se proyecta al exterior implicando las actividades de las personas en el ámbito mercantil y profesional. Ello es recogido ya en la famosa sentencia Niemietz contra Alemania de 16 de diciembre de 1992 (EDJ 1992/13865). Así, el tribunal ha resaltado las diferencias entre la versión inglesa del Convenio que utiliza la palabra “home”, de la versión francesa que ofrece la palabra “domicile”. Y ha acogido la versión más amplia que ofrece el término

---

<sup>198</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, M.B.: *“Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código Penal”*. Editorial Comares. Granada. Página 131.

<sup>199</sup> sentencia TC 119/2001, de 24 de mayo, en su f.j.6º: *“En lo que ahora estrictamente interesa, dicha doctrina se recoge especialmente en las SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia. En dichas resoluciones se advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del art. 8.1 del Convenio de Roma (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, § 51, y de 19 de febrero de 1998, § 60).”*

francés para ampliar su alcance<sup>200</sup> e incluir, por ejemplo, los despachos profesionales.

Por ello, HERRERO-TEJEDOR DE ALGAR<sup>201</sup>, considera que para el TEDH la noción de domicilio: *“es un concepto autónomo, de carácter más fáctico que jurídico: si una habitación concreta constituye o no un domicilio susceptible de ser protegido por el art. 8.1 del Convenio es algo que dependerá de la existencia de vínculos suficientes y continuos con un lugar específico”*.

De este modo, la crítica que se efectúa y que antes hemos apuntado en torno a la falta de un concepto homogéneo de domicilio, se torna aún más indefinida y amplia en el ámbito internacional.

Tal y como apunta NAVAS SÁNCHEZ: *“en definitiva, domicilio protegido por el CEDH debe ser considerado tanto el domicilio privado de una persona, como los despachos profesionales, incluidos los de los abogados, así como, en general, el despacho profesional de una empresa dirigido por una persona privada, al igual que las oficinas de personas jurídicas, sedes y otros locales de negocios.”*

No obstante, a esta significación extensiva del domicilio hay que aplicar la nota de que sea apto para la privacidad, dada la conexión de este derecho fundamental con la misma, pues la enumeración descriptiva

---

<sup>200</sup> sentencia TEDH Niemietz contra Alemania de 16 de diciembre de 1992 (EDJ 1992/13865), en su versión original en inglés señala : *“As regards the word “home”, appearing in the English text of Article 8 (art. 8), the Court observes that in certain Contracting States, notably Germany (see paragraph 18 above), it has been accepted as extending to business premises. Such an interpretation is, moreover, fully consonant with the French text, since the word “domicile” has a broader connotation than the word “home” and may extend, for example, to a professional person’s office”*. Lo cual puede ser traducido como: *“La palabra “home” que figura en el texto inglés del art. 8, se extiende a ciertos Estados contratantes, entre ellos Alemania, a los locales profesionales. Tal interpretación cuadra además plenamente con el de la versión francesa: el término “domicile” tiene una connotación más amplia que “home” y puede englobar por ejemplo el despacho de un miembro de una profesión liberal”*.

<sup>201</sup> HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F.: *“El derecho a la inviolabilidad del domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*. Centro de Estudios Jurídicos. El Derecho Editores S.A. 2006. Página 4.

del espacio ha de estar conectada con dicha finalidad, ya que si sobre estos lugares cerrados no se desarrolla una actividad privada que permita la exclusión de terceros, no estará justificada la protección constitucional dispensada.

En este sentido, el TC<sup>202</sup> expone: *“y que, en particular, la garantía constitucional de su inviolabilidad no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación –como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (ATC 171/1989)–tengan, un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad”*.

En cuanto a la jurisprudencia del TS sobre el concepto de domicilio, se observa una notable recepción de la doctrina emanada del TC, lo cual es consecuencia necesaria de la aplicación del art. 5.1 LOPJ, dado que la interpretación de las normas jurídicas ha de hacerse conforme a lo establecido por el TC en todo tipo de procesos. Y no olvidemos que la protección de los derechos fundamentales se atribuye a todos los tribunales, y por ello también al TS<sup>203</sup>.

No obstante, el TS ha venido manteniendo el criterio, en relación con lugares en los que el sujeto desarrolla alguna actividad comercial o profesional, de que la protección domiciliaria se produce en aquéllos espacios que no se encuentren abiertos al público. Por ello, lo relevante para esta línea jurisprudencial no es la actividad concreta que se desarrolla en ese local, sino si el mismo está o no abierto al público, lo que permite ejercitar o no la facultad de excluir a otros de su entrada y permanencia en el mismo.<sup>204</sup>

En definitiva, podemos concluir que existe una noción constitucional de domicilio, y que en la actualidad dicha noción es muy amplia, al

---

<sup>202</sup> sentencia TC 10/2002, de 17 de enero, f.j. 6º.

<sup>203</sup> Esta línea jurisprudencial se aprecia en las sentencias TS de 7 de octubre de 2009 (La Ley 191987/2009) y sentencia de 16 de noviembre de 2007 (La Ley 193640/2007).

<sup>204</sup> sentencia TS 797/1994, de 14 de abril (La Ley 3087/1994).

abarcar a las personas jurídicas y a los espacios físicos en los que se desarrollan actividades comerciales, empresariales o profesionales, tanto por personas físicas como jurídicas, siempre que en ellas se realice la idea de privacidad, y por tanto, el sujeto titular del derecho pueda excluir la presencia de otras personas o de la autoridad pública.

Con ello, dejamos esbozada una aproximación al concepto de domicilio, que habrá que concluir en el último apartado de este epígrafe, como corolario de lo estudiado en el mismo.

#### IV.3 LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES O PROFESIONALES

El domicilio constitucionalmente protegido fue objeto de una interpretación amplia por parte del TC en la sentencia 137/1985, de 17 de octubre<sup>205</sup>, que extendió la protección constitucional del mismo a las

---

<sup>205</sup> La sentencia TC 137/1985, f.j. 3º señala que: “ausente en nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que por su naturaleza, le resulten aplicables, lo que ha permitido que la jurisprudencia aplicativa de tal norma entienda que el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las Entidades mercantiles, parece claro que nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el art. 24 de la misma CE, sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como jurídicas. Este es el criterio aceptado por la doctrina generalizada en otros países, como puede ser, dentro de Europa, En Alemania, Italia y Austria, donde se sigue un criterio que puede reputarse extensivo, llegado el momento de resolver esta misma cuestión, pudiendo entenderse que este derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene también justificación en el supuesto de personas jurídicas, y posee una naturaleza que en modo alguno repugna la posibilidad de aplicación a estas últimas, las que suele ponerse de relieve también pueden ser titulares legítimos de viviendas, las que no pueden perder su carácter legítimo por el hecho de que el titular sea uno u otra, derecho fundamental que cumple su sentido y su fin también en el caso de que se incluyan en el círculo de los titulares de este derecho fundamental a personas jurídicas u otras colectividades. En suma, la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo”.

personas jurídicas en la medida en que le sean aplicables las normas tutelares que el derecho comporta.

No estuvo exenta de críticas doctrinales tal aportación del TC, dirigida a la falta de coherencia que suponía basar la inviolabilidad del domicilio en el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, negarse a las personas jurídicas dicho derecho a la intimidad, y terminar atribuyéndoles después el derecho a la inviolabilidad del domicilio<sup>206</sup>.

No obstante, la tesis mantenida por el TC es corroborada en sucesivas resoluciones<sup>207</sup>. Sin duda, la sentencia en la que más claramente se ofrece dicha postura es la sentencia TC 69/1999<sup>208</sup>, donde lo que se va a proteger es *“los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro 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”*.

Con ello, se ofrece una protección constitucional a las personas jurídicas, de menor intensidad que a las personas físicas, en cuanto a estas últimas el domicilio se presenta como morada o vivienda, y se manifiesta más estrechamente su vinculación con el ejercicio de la esfera privada del mismo, que debe permanecer incólume de intromisiones ajenas. Y llega a manifestar que existe un “núcleo esencial” del domicilio constitucionalmente protegido, que es de las personas físicas, frente a esa protección de las personas jurídicas relacionada con los datos que hemos expuesto anteriormente.

---

<sup>206</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Páginas 109-110; ALONSO DE ANTONIO, ÁNGEL LUIS: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Páginas 149-150.

<sup>207</sup> sentencias TC 228/1997, de 16 de diciembre; 69/1999, de 26 de abril; Auto TC 290/2004, de 19 de julio.

<sup>208</sup> sentencia TC 69/1999, de 26 de abril, f.j. 2º.

De este modo, el TC excluye que los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales puedan ser considerados como domicilios constitucionalmente protegidos si tienen un destino o sirven a cometidos incompatibles con la idea de privacidad<sup>209</sup>. En esta sentencia, se produce ya una conexión, en la línea de lo afirmado en esta obra, entre el fundamento a la inviolabilidad del domicilio como privacidad, extensible tanto a las personas físicas como a las jurídicas, como exponíamos en el epígrafe III.1.7.

Por ello, la jurisprudencia del TC y a efectos de evitar equívocos, deslinda el derecho a la inviolabilidad del domicilio del derecho a la propiedad, en evitación que las personas jurídicas, o las sociedades mercantiles específicamente, utilicen la noción de propiedad para invocar su derecho fundamental respecto de todos los inmuebles de su pertenencia.

Concretamente, la citada sentencia TC 69/1999, de 26 de abril establece que: *“respecto al concepto de domicilio y a los titulares del derecho a su inviolabilidad ha de tenerse presente que no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 C.E. garantiza [SSTC 149/1991, fundamento jurídico 6.o, y 76/1992, fundamento jurídico 3.o b), así como, respecto a distintos locales, los AATC 272/1985, 349/1988, 171/1989, 198/1991, 58/1992, 223/1993 y 333/1993]. Y la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros”*.

Esta delimitación del contenido del derecho respecto de las personas jurídicas, ha sido objeto de exclusiones en situaciones similares por

---

<sup>209</sup> sentencia TC 228/1997, de 16 de diciembre, f.j. 7º.

posteriores resoluciones del TC<sup>210</sup>, donde recoge su doctrina de rechazo a considerar domicilio constitucionalmente protegido a almacenes, bares, oficinas de empresa, cocheras, locales abiertos al público, naves.

Con ello, se aborda por el TC un concepto de protección de las personas jurídicas encadenado al ejercicio de la privacidad, concepto que, en su caso, tiene que ver con los lugares donde se desarrolla el centro de gestión y administración de la entidad, que no ha de ser necesariamente su sede social o legal, sino también sus establecimientos o dependencias descentralizadas, territoriales, si en ellos también radica el lugar de gestión o toma de decisiones, y los lugares de custodia de datos o documentos relacionados con la actividad comercial o profesional de la misma.

La protección del domicilio es una protección extensa o amplia. De ahí que los meros lugares de almacenamiento de productos, de venta o comercialización abiertos al público, no podrán ser considerados domicilios porque, en ellos, falta el elemento instrumental o finalista del derecho, su predisposición al ejercicio de actividades privadas o

---

<sup>210</sup> El auto TC 290/2004, de 19 de julio, dispone: “De ahí que no hayamos considerado como tales, en principio, los locales destinados a almacén de mercancías (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7), los que estaban destinados a bar y un almacén (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), las oficinas de una empresa de la que el recurrente era representante legal (ATC 171/1989, de 3 de abril), la cochera destinada a almacén (ATC 171/1989, de 3 de abril y ATC 223/1993, de 9 de julio), ni, en general, los locales abiertos al público pues no se puede confundir el domicilio “derecho público fundamental de personas físicas y jurídicas (SSTC 22/1984, 137/1985), y cualquier local cerrado (art. 87.2 LOPJ), (.pues..) el régimen aplicable al primero no es -ni tiene por qué serlo- extensible en su totalidad al segundo” (ATC 58/1992, de 2 de marzo). Pues bien, en el presente caso, la entrada y registro del local del recurrente, consistente en una nave de almacén abierta al público y sita en un polígono industrial, se realizó con la previa autorización de la persona que tenía la disponibilidad del local, la empleada del recurrente, no quedando, en todo caso, afectado ningún derecho fundamental pues la nave en cuestión no puede considerarse domicilio, ya que no se trata de un lugar donde se realiza una actividad íntima de la persona, ni reúne las características ni los medios para ello, aunque el recurrente alegue dormir esporádicamente allí por la sencilla razón de que las resoluciones judiciales niegan expresamente que dicha alegación haya sido acreditada”.

reservadas de la empresa o persona jurídica. Esta concepción del derecho es seguida por ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>211</sup>.

Sin embargo, NAVAS SÁNCHEZ<sup>212</sup> entiende que el derecho fundamental estudiado no está tan automáticamente disminuido cuando se trata de las personas jurídicas, sino que hay que relacionarlo con la intensidad de la aflicción causada a la inviolabilidad domiciliaria, y con la afectación de otros derechos distintos a la propia inviolabilidad domiciliaria; considerando que: *“ así, por lo que se refiere a la intensidad de la aflicción, el TC ha distinguido entre la entrada y el registro, y también según que estas medidas puedan tener o no relevancia penal, bien porque se adoptan en el curso de un procedimiento penal, bien porque, por ejemplo, se trata de actos de inspección tributaria con una eventual trascendencia penal. A su vez, la presencia de otros derechos afectados por la entrada y/o registro eleva la intensidad del control judicial, mientras que la situación inversa, cuando el único derecho afectado es la inviolabilidad del domicilio, determina que dicho control sea menor”*.

Además, la protección que la doctrina del TC dispensa a las personas jurídicas, no se extiende sólo a las privadas, sino que comprende también las personas jurídicas públicas, desde la sentencia TC 64/1988, de 12 de abril, que manifiesta que: *“en un sentido más general la STC 137/1985, de 17 de octubre ha reconocido la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado, especialmente en lo que concierne al artículo 18.2, y con carácter general, siempre que se trate, como es obvio, de derechos que, por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas. A la misma conclusión puede llegarse en lo que concierne a las personas jurídicas de Derecho*

---

<sup>211</sup> ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 155.

<sup>212</sup> NAVAS SÁNCHEZ, M.M.: *“¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?. A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Revista de Derecho político. UNED nº 81. Mayo-Agosto 2011. Páginas 172-173.

*público, siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad, de los que deben disfrutar sus miembros o la generalidad de los ciudadanos” ( f.j. 1º).*

ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>213</sup>, aunque no cita dicha sentencia, llega a la misma conclusión, y estima que ha de extenderse la protección del art. 18.2 CE a dichas personas jurídicas públicas, al menos, a aquéllos espacios de las mismas, donde radique el centro directivo de sus actividades o se ubique la documentación propia de las mismas. Además, aboga por la protección constitucional del domicilio a los entes sin personalidad jurídica.

La doctrina que traza el TC sobre las personas jurídicas tiene también su paralelismo con la elaborada por el TEDH, que propugna un concepto amplio o extenso del término “domicilio”. Como ya vimos a propósito del fundamento de este derecho, el TEDH defiende un concepto de domicilio que se extiende a la sede social de las sociedades, sus agencias o locales profesionales, en la sentencia “Société Colas Est” y otros contra Francia de 16 de abril de 2002 (EDJ 2002/129737).

En sentencias posteriores, y citando como precedente la sentencia Niemetz contra Alemania, se reconoce como domicilio el despacho de un miembro de una profesión liberal<sup>214</sup>. Y en la sentencia Petri Sallinen y otros contra Finlandia de 27 de septiembre de 2005 (EDJ 2005/144749)<sup>215</sup> se

---

<sup>213</sup> ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: “La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 157.

<sup>214</sup> sentencia TEDH Roemen y Schmitz contra Luxemburgo de 25 de febrero de 2003(EDJ 2003/2361).

<sup>215</sup> En la citada sentencia se manifiesta por el TEDH que no quedaba claro cuál era el ámbito protegido por el secreto profesional, porque no se concretaba si defender una causa, era una referencia general a la relación entre un abogado y su cliente, o se constreñía a un caso concreto. En su párrafo 87 y en su versión original esta sentencia dispone que: “*on the face of the above-mentioned provision of the Code of Judicial Procedure, the Court finds the text unclear as far as it concerns confidentiality. The above-mentioned domestic law does not state with the requisite clarity whether the notion of “pleading a case” covers only the relationship between a lawyer and his/her clients in a particular case or their relationship generally. The Court refers to a lawyer’s general obligation of professional secrecy and confidentiality. In this respect the Court refers to the Recommendation (REC 2000/21) of the Committee of Ministers, according to which*

recoge la misma doctrina respecto del despacho de un abogado, cuando la investigación criminal iba dirigida a incautar documentos relacionados con delitos cometidos por sus clientes.

De este modo, vemos cómo la protección constitucional del domicilio se engarza con ese fundamento de privacidad o reserva que toda persona física o jurídica tiene derecho a mantener, y que se extiende no sólo a los espacios de privacidad vinculados con el sujeto titular de los mismos, sino con los que se relacionan con las personas que mantienen una relación profesional con éste, y de los que el titular ostenta su depósito por su profesión u oficio.

Como señala NAVAS SÁNCHEZ<sup>216</sup>: *“domicilio protegido por el CEDH debe ser considerado tanto el domicilio privado de una persona como los despachos profesionales, incluidos los de los abogados, así como, en general, el despacho profesional de una empresa dirigido por una persona privada, al igual que las oficinas de personas jurídicas, sedes y otros locales de negocios”*.

Por su parte, el TS mantiene también un concepto amplio de domicilio, cuya jurisprudencia se ha visto claramente influida por la del TC. Dicha doctrina se manifiesta también en considerar domicilio protegido no sólo a las viviendas o moradas, sino también a los lugares cerrados donde se desarrollan actividades comerciales o profesionales. No obstante, para ello se determina si tales lugares están abiertos al público, y, por ello, la entrada de terceros es indiscriminada<sup>217</sup>.

Y si en un principio la jurisprudencia del TS era notablemente desigual, pues había considerado domicilio protegido el despacho de un

---

*States should take all necessary measures to ensure the respect of the confidentiality of the client-lawyer relationship”*.

<sup>216</sup> NAVAS SÁNCHEZ, M.M.: *“¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?. A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Revista de Derecho político. UNED. n° 81, mayo-agosto 2011. Página 178.

<sup>217</sup> sentencias TS de 11 de octubre de 1993, f.j. 1º, (La Ley 1713/1994); 22 de marzo de 2004, f.j.1º (Identificación CENDOJ 28079120012004).

gerente, por entender que era un lugar no abierto al público<sup>218</sup>. En cambio, los despachos de abogados no estimaba que fueran domicilios por entender que estaban abiertos al público<sup>219</sup>. Se observa, en la actualidad, un cambio jurisprudencial notable, al hacerse eco de la recepción de la jurisprudencia del TC y TEDH, y reconocer el derecho a la inviolabilidad del domicilio en despachos profesionales<sup>220</sup>. Igualmente, por el TS se considera necesario el auto judicial de entrada y registro en el caso de que se trate de las oficinas de una persona jurídica<sup>221</sup>.

#### IV.4 LOS LUGARES DESTINADOS A VIVIENDA

Si hemos establecido anteriormente y en base a la jurisprudencia analizada del TC, que el concepto de domicilio tiene un carácter instrumental o finalista, pues lo que se protege no es el espacio en sí mismo considerado, sino lo que hay en él de emanación de la persona y de su esfera privada<sup>222</sup>, debemos aplicar dicho criterio finalista a la hora de determinar los lugares destinados a vivienda que puedan ser considerados domicilios constitucionalmente protegidos. En este ámbito, el casuismo es mucho más acusado, dado que la invocación usual del art. 18.2 CE como precepto infringido ha hecho que exista una muy copiosa jurisprudencia del TS y del TC en la materia.

---

<sup>218</sup> sentencia TS de 11 de octubre de 1993, f.j. 1º (La Ley 1713/1994).

<sup>219</sup> sentencias TS 30 de abril de 2002, f.j. 2º; 22 de marzo de 2004, f.j.1º.

<sup>220</sup> La sentencia TS 6858/2011, de 14 de octubre en su f. j. 2º establece que: “*en este extremo conviene precisar que por lo que se refiere a despachos profesionales, consultas u otros espacios que constituyen lugares de trabajo, la línea jurisprudencial más común es considerar que sí precisan de autorización judicial para el registro, dada -y más en el caso concreto de médicos- la naturaleza de la efectividad desarrollada y la eventualidad de que en el transcurso del registro se descubran datos o efectos reservados afectando a la intimidad y ámbito privado de las personas*”. En este caso se analizaba un despacho profesional médico. Con respecto de despachos de abogados, se lleva a la misma conclusión en sentencia TS 1013/2014, de 11 de marzo; y respecto de centros médicos la sentencia TS 6858/2001, de 14 de octubre.

<sup>221</sup> sentencias TS 3260/2013 de 11 de junio de 2013, f.j. 4º; 624/2002, de 10 de abril; 898/2003, de 20 de junio; 6 de julio de 1995.

<sup>222</sup> sentencias TC 22/1984, de 17 de febrero, f.j. 5º; 94/1999, de 31 de mayo, f.j.5º; 119/2001, de 24 de mayo, f.j. 6º.

GONZALEZ TREVIJANO<sup>223</sup> ya abordó dicha cuestión recogiendo un primer concepto que logró enorme fortuna posterior, dada su consolidación doctrinal y jurisprudencial: es el de “unidad de la casa”. Dicho término comprende dentro del domicilio los jardines y dependencias que presentan una configuración unitaria con la propia vivienda, y en los que exista tal continuidad de uso que no pueda deslindarse o apreciarse una diferenciación de espacios.

El TS<sup>224</sup>, de este modo, extiende el domicilio protegido a las dependencias de la vivienda principal que estén unidas o son anejas a la misma. Pero paralelamente, obtenida la autorización judicial de entrada y registro, la misma habilita también para todas esas dependencias que se pueden encontrar unidas a la misma.

El TC ha considerado domicilio protegido por el art. 18.2 CE a una vivienda, aunque en el momento de registro no esté habitada<sup>225</sup>, o de que la pernoctación en una vivienda se realice sin título jurídico, sino basándose exclusivamente en la gentileza o favor de un amigo, que permite su estancia en el domicilio<sup>226</sup>.

No se puede en cambio, esgrimir la tutela del art. 18.2 CE cuando el registro efectuado se hace sobre una vivienda respecto de la cual el interesado es un tercero, ajeno completamente a ella, pues en tal caso, el tercero no puede ser titular del derecho constitucionalmente protegido, ya que en la vivienda de ese otro titular, el tercero no ha ejercido privacidad alguna<sup>227</sup>.

---

<sup>223</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: “*La inviolabilidad del domicilio*”. Editorial Tecnos. 1992. Página 149.

<sup>224</sup> sentencias TS de 16 de abril de 2004 (La Ley 12720/2004); 7 de febrero de 2013 ( La Ley 5559/2013).

<sup>225</sup> sentencia TC 94/1999, de 31 de mayo.

<sup>226</sup> sentencia TC 209/2007, de 24 de septiembre.

<sup>227</sup> sentencia TC 239/1999, de 20 de diciembre.

Respecto de los hoteles, es paradigmática la sentencia TC 10/2002, de 17 de enero que declaró inconstitucional y nulo el artículo 557<sup>228</sup> de la vigente LECRIM, al excluir el precepto la posibilidad de que las habitaciones de los huéspedes de los hoteles pudieran considerarse domicilio de los que allí se alojaran, al efecto de que su entrada y registro precisara de una orden judicial al efecto.

Con ello, el TC sienta la doctrina que dicho art. es inconstitucional, no porque siempre hayan de considerarse tales habitaciones como domicilio, ya que ello dependerá de que en el caso concreto su uso sea para el desarrollo de la privacidad de dichos huéspedes, sino porque la exclusión que realizaba la norma no permitía diferenciar unos casos de otros, ya que decía que sólo se consideraría domicilio respecto de los taberneros, posaderos o fondistas y de sus familias<sup>229</sup>.

Similares a los anteriores establecimientos, también los alojamientos en una residencia militar, en la sentencia TC 189/2004, de 2 de noviembre<sup>230</sup>, son considerados domicilios, y ello con independencia de una resolución administrativa que declare la finalización de dicha estancia.

---

<sup>228</sup> El artículo 557 LECRIM establecía literalmente que: “*las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente; y lo serán tan sólo de los taberneros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada*”.

<sup>229</sup> La terminología que emplea la ley, propia de un precepto redactado en el siglo XIX, es actualizada por el propio tribunal para equipararlo a lo que hoy en día son los hoteles, u otros establecimientos similares como hostales, pensiones, residencias, apartahoteles, etc.

<sup>230</sup> En este caso, se trata del desalojo de la habitación que el interesado ostenta en una residencia militar, que se llevó a cabo en cumplimiento de las normas de régimen interior de dicha residencia. Dichas normas disponen que una vez que se pierda la condición de usuario del establecimiento, el Coronel Director del mismo, ostenta la potestad de ordenar el desalojo, por lo que se trata de la ejecución forzosa de actos de la propia Administración, en los que no existe ninguna resolución judicial. Esa sentencia TC declara en su f.j. 4º que: “*de este modo, dado que la Administración se encuentra inhabilita por el artículo 18.2 CE para autorizar la entrada en domicilio, el acto administrativo que precisa una ejecución que solo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado no conlleva por sí solo el mandato y la autorización del ingreso, lo que implica que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio puedan ser realizadas*”.

Además, y por carecer de esa relación con la idea de privacidad, la sentencia TC 176/2013, de 21 de octubre<sup>231</sup>, excluye de la protección constitucional las zonas comunes del hotel, hábiles para la entrada de cualquier huésped o incluso de terceros.

Por su parte, en la jurisprudencia del TS, en consonancia con su carácter de máximo tribunal en la jurisdicción, se observa un más acusado casuismo, y encontramos una variada gama de supuestos en los que ha tenido que pronunciarse sobre el carácter de domicilio de un determinado lugar, como pasamos a exponer.

El TS, ha considerado domicilio a una chabola<sup>232</sup>, y se ha negado en el caso de un vehículo<sup>233</sup>, por entender que él mismo no es un domicilio, sino un simple objeto de investigación. Empero, el TS<sup>234</sup> estima el carácter de domicilio: *“respecto de los domicilios móviles remolcados (roulottes) o autotransportados (caravanas), en lo que se refiere a la zona de habitación, para cuya entrada y registro se requieren el consentimiento del titular, o autorización judicial, salvo caso de flagrante delito (Sentencias de 18 octubre 1996, 19*

---

<sup>231</sup> Excluye esta sentencia que la cafetería o el restaurante de un hotel tengan la consideración de domicilio constitucionalmente protegido, y afirma en su f.j. 8º que: *“no existen, en todo caso, razones que justifiquen la conveniencia de extender el concepto de domicilio, a las zonas comunes de un hotel. Siendo evidente que las zonas comunes de un hotel se encuentran apartadas de la vista del público en general (lo mismo que si estuvieran en cualquier otro edificio público o privado), lo cierto es que el hecho de que estas dependencias hoteleras sean de uso común para todos los huéspedes e, incluso, para otros terceros, impide su consideración como domicilio a efectos constitucionales esto es, como aquel lugar en que los «individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).» (STC 10/2002, de 17 de enero, FJ 5; en el mismo sentido SSTC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 2; y 209/2007, de 24 de septiembre, FJ 2).*

<sup>232</sup> sentencia TS de 30 de marzo de 2011 (La Ley 14260/2011).

<sup>233</sup> sentencias TS de 12 de abril de 2013 (La Ley 35119/2013); TS de 14 de abril de 2015 (EDJ 2015/72666); TS 21/2005, de 19 de enero (EDJ 2005/4956); TS 721/1996, de 18 de octubre (EDJ 1996/7370); TS 1103/2005, de 22 de septiembre (EDJ 2005/157500).

<sup>234</sup> sentencia TS de 29 de enero de 2001 (La Ley 3563/2001). En el mismo sentido, las sentencias TS 721/1996, de 18 de octubre (EDJ 1996/7370); TS de 21 de abril de 1994 (EDJ 1994/3509); TS 684/1993, de 17 de marzo (EDJ 1993/2651).

*septiembre y 21 de abril 1994, 17 de marzo 1993, etc.) lo que es extensible para las furgonetas aptas para constituir domicilio habitual o accidental”.*

Asimismo el TS ha negado la condición de domicilio a los departamentos de literas de un tren<sup>235</sup>, por su carácter colectivo y compartido por otros viajeros, en el que cualquiera puede entrar.

Con respecto a las embarcaciones, existe una muy matizada jurisprudencia del TS, que distingue claramente entre las zonas de la embarcación destinadas a actividades propias de la privacidad, como son los camarotes de los barcos, los dormitorios de la tripulación o pasajeros, u otros lugares reservados para una persona o grupo de personas. Paralelamente, este tribunal ha negado la condición de domicilio a otras zonas de las embarcaciones: la cubierta, las bodegas y la zona de máquinas<sup>236</sup>.

En otros casos, cuando el barco es de reducidas dimensiones y utilizado sólo para la pesca<sup>237</sup>, se rechaza su consideración de domicilio y se le equipara a un vehículo. El TS también lo ha rechazado en el caso de un velero de 9 metros de eslora e íntegramente ocupado por fardos, sin estancias ni camarote<sup>238</sup>.

Con respecto a las cocheras y garajes independientes de la vivienda y a los trasteros<sup>239</sup>, que por ser autónomos no se les puede aplicar la teoría antes expuesta de “unidad de la casa”, el TS ha desestimado su condición de domicilio constitucionalmente protegido. En cambio, el TC ha

---

<sup>235</sup> sentencia TS de 28 de diciembre de 1994(La Ley 14283/1994).

<sup>236</sup> sentencias TS de 20 de febrero de 2006 (La Ley 11160/2006); TS de 12 de julio de 2004( La Ley 1799/2004);TS 513/2014, de 24 de junio ( EDJ 2014/1112666); 1009/2006, 18 de octubre( EDJ 2006/288753); TS 894/2007, de 31 de octubre( EDJ 2007/206076); TS 671/2008, de 22 de octubre ( EDJ 2008/222309); TS 151/2009, de 11 de febrero ( EDJ 2009/16844); TS 932/2009, de 17 de septiembre (EDJ 2009/239983); TS 111/2010, de 24 de febrero ( EDJ 2010/16376).

<sup>237</sup> sentencia TS de 16 de diciembre de 1999(La Ley 184320/1999).

<sup>238</sup> sentencia TS de 17 de septiembre de 2009(La Ley 11531/2008).

<sup>239</sup>sentencias TS de 1 de marzo de 2004(La Ley 12376/2004); 29 de mayo de 2007(La Ley 26741/2007).

considerado los garajes y trasteros como domicilios a los expresados efectos, pues *“es evidente que el garaje o trastero forma parte del domicilio, pues ha de entenderse que se trata de un lugar dependiente de la voluntad de su titular a los efectos de privacidad y de exclusión de terceros”*<sup>240</sup>.

En cuanto a las celdas de los establecimientos penitenciarios<sup>241</sup>, se rechaza por el TS su carácter de domicilio constitucionalmente protegido, dado que los reclusos han de ejercer sus derechos fundamentales con las limitaciones derivadas del cumplimiento de las penas impuestas. De ello se deriva, que la limitación a la libertad y a la privacidad del interno, consecuencia de su reclusión, determina que la celda no constituya domicilio del mismo.

#### IV.5 CONCLUSIÓN

A modo de conclusión de este capítulo, y teniendo presente lo expuesto a lo largo del mismo, resulta conveniente trazar unas características generales de lo que es el domicilio constitucionalmente protegido, a los efectos de subsumir todo este bagaje jurisprudencial, acusado de un notable casuismo, dentro de unas categorías conceptuales comunes, que nos permitan discernir, en términos generales, cuándo estamos ante un domicilio y cuándo no.

Para ello, se apunta en este trabajo que el domicilio debe tener cuatro características esenciales:

- 1) Espacio físico acotado del exterior.

Que el domicilio es un espacio físico, es algo plenamente aceptado por la totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia. Este espacio debe

---

<sup>240</sup> sentencia TC 171/1999, de 27 de septiembre (La Ley 12124/1999).

<sup>241</sup> sentencias TS 515/1998, de 6 de abril (EDJ 1998/2309); TS de 24 de noviembre de 1995 (EDJ 1995/6891); TS de 24 de noviembre de 1995 ( EDJ 1995/24245); TS de 11 de octubre de 1994( EDJ 1994/9044).

estar delimitado del exterior, es decir, debe tener unos límites que permitan a los titulares del derecho y a los terceros conocer donde empieza dicho espacio y hasta donde llega.

Como señala ALONSO DE ANTONIO<sup>242</sup>: *“aquello que no se conoce no se puede defender, incluso a sensu contrario, lo que no se conoce no se puede violar porque no habrá el sentimiento de quebrantar un deber de respeto al no conocer hasta donde se extiende ese domicilio”*. Esta necesidad de que el espacio esté limitado, es recogida por el TC<sup>243</sup>.

Concretamente, se afirma que una vivienda cuya entrada está abierta, no deja por ello de ser domicilio, y paralelamente, un espacio cerrado no es por este cerramiento que se le atribuye la condición de domicilio. Por su parte, el TS ha rechazado que un solar <sup>244</sup>pueda ser considerado domicilio. También el TEDH<sup>245</sup> desestimó que pudiera ser considerado domicilio un bien inmueble en el que se pretenda edificar una casa con la finalidad de habitación.

El concepto o expresión “núcleo acotado” o “espacio limitado” es ofrecido también por FIGUEROA NAVARRO<sup>246</sup>, al afirmar: *“expresión que ha de considerarse preferible a la de -lugar cerrado-, empleada en ocasiones por la doctrina y por la jurisprudencia, en la medida en que existen lugares cerrados que, a todas luces, no pueden no pueden considerarse domicilios, y lugares que, pese a estar abiertos, no pierden su configuración de tal”*.

---

<sup>242</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 86.

<sup>243</sup> sentencia TC 10/2002, de 17 de enero, f.j.7º dispone que: *“nunca podrían ser considerados para desarrollar en ellos la vida privada, esto es, los espacios abiertos. En este sentido resulta necesario precisar que, si bien no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla”*.

<sup>244</sup> sentencia TS de 26 de junio de 1995 (La Ley 8846/1995)

<sup>245</sup> sentencia TEDH Loizidou contra Turquía de 18 de diciembre de 1996 (La Ley 16131/1996).

<sup>246</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Páginas 122-123.

Esta noción del carácter acotado del espacio es empleada también por el TC<sup>247</sup>, por lo cual lo relevante va a ser que el espacio sobre el que se proyecta el domicilio tenga una plausible diferenciación con el resto, y puedan precisarse sus límites.

- 2) Que esté destinado a vivienda, o actividades comerciales o profesionales.

Hemos visto con anterioridad que el concepto de domicilio constitucional se puede extender a los lugares destinados a vivienda, a sedes o delegaciones de las personas jurídicas, a los establecimientos comerciales o profesionales, y a otros lugares dignos de protección. De este modo, el espacio físico ostenta un carácter instrumental<sup>248</sup>, en palabras del TC, a la hora de su consideración como domicilio.

Nos resta añadir, que para el TC, la protección a la vivienda integra el “núcleo esencial” de protección del derecho, en cuanto morada de las personas físicas. Junto a ello, en esta obra se aboga por considerar domicilio también al que ostentan las personas jurídicas, tanto privadas como públicas, y los lugares en que tanto las personas físicas o jurídicas desarrollan actividades comerciales, empresariales o profesionales si se cumple la finalidad de que en estos lugares se desarrolle su privacidad, tanto respecto de su sede o dependencias, como de los lugares que puedan servir para custodia de documentos, lo cual presupone su carácter reservado.

- 3) Título bastante y legítimo de utilización

En este punto, se considera especialmente atinada la exposición que ALONSO DE ANTONIO<sup>249</sup> formula, y desde nuestro punto de vista debe

---

<sup>247</sup> sentencia TC 10/202, de 17 de enero, f.j. 7º

<sup>248</sup> sentencia TC 94/1999, de 31 de mayo, f.j. 7º.

<sup>249</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: “*El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*”. Editorial Colex. Madrid, 1993. Páginas 94-95.

incluirse como un requisito necesario para la configuración del concepto constitucional de domicilio<sup>250</sup>. Nótese, que otros autores como ÁLVAREZ MARTÍNEZ o FIGUEROA NAVARRO<sup>251</sup> no la recogen como característica de este derecho.

En el primer caso, el problema estribará, en consecuencia, en apreciar cuándo exista ese título, y cuándo no. O en otras palabras, cuándo estaremos ante un título habilitante para facultar a una persona o entidad para esgrimir la protección que el art. 18.2 CE dispensa.

A este respecto, conviene precisar que en esta obra también se aboga por una concepción amplia o extensa del domicilio, que no tiene que estar determinada por el concepto de propiedad, tal como vimos en el fundamento a la protección de la inviolabilidad domiciliaria.

Por ello, el título de legitimación puede ser el de cualquier relación jurídica (propiedad, usufructo, arrendamiento, etc), pero también una situación de detentación de favor o graciosa de su titular (precario, acogimiento, alojamiento, etc). Es el caso de personas que viven con otras por unos días, o en determinadas fechas, y que por ello, aunque no ostenten una relación jurídica estable, ocupan la vivienda y tienen derecho a la titularidad de su ejercicio<sup>252</sup>.

Paralelamente, se predica de los hoteles y establecimientos de hostelería en general, si se desarrolla en dichos lugares la privacidad. No se podrá decir lo mismo de las zonas comunes de dichos

---

<sup>250</sup> Dicha opinión es también mantenida por: GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos.1992. Página153; MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*.Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 211-212.

<sup>251</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*.Editorial La Ley. 1ª edición. 2007.

<sup>252</sup> Ello lo vimos en sentencia TC 209/2007, de 24 de septiembre.

establecimientos<sup>253</sup>. En este sentido, el TC<sup>254</sup> ha reconocido la protección del domicilio con independencia de *“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 desarrolla la vida privada en el mismo”*.

Una atribución tan amplia, que tiene que ver con la relación que el titular pueda ostentar con el lugar afectado, no debe por ello obviar que no toda situación ha de considerarse legítima.

En este sentido, ALONSO DE ANTONIO<sup>255</sup> concluye que: *“lo único que hace la Constitución es recoger un principio general (el domicilio es inviolable), pero que debe interpretarse a las ocupaciones legítimas, nunca a las ilegítimas, porque de lo contrario podríamos encontrarnos en el absurdo de alguien que habiendo cometido un delito de allanamiento de morada, invocase luego la inviolabilidad del domicilio para perpetuarse en él frente a las pretensiones de la autoridad de desalojo”*.

De igual modo, el TC en sentencia 188/2013<sup>256</sup>, entiende que no puede alegar este derecho, el que tras ejecutarse una orden administrativa de desalojo y derribo de su vivienda, con autorización judicial, la reconstruye en su mismo emplazamiento e invoca el derecho por entender que el segundo derribo no cumple el requisito de la existencia de autorización judicial específica.

No debe incluirse bajo la protección constitucional el que no ostenta ninguna relación con el domicilio afectado, pues carece de legitimación, tal como vimos en la sentencia TC 239/1999, de 20 de diciembre.

---

<sup>253</sup> Ello lo vimos en sentencias TC 10/2002, de 17 de enero y TC 176/2013, de 21 de octubre.

<sup>254</sup> sentencia TC 94/1999, de 31 de mayo, f.j. 5º.

<sup>255</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid, 1993. Página 94.

<sup>256</sup> Sentencia TC 188/ 2013, de 4 de noviembre, f.j. 4º y 5º.

Es indiferente a estos efectos, la periodicidad con que se ocupe el domicilio, que puede ser con un carácter estable, accidental o transitorio. Este es un criterio seguido tanto por la doctrina científica<sup>257</sup>, como por la jurisprudencia del TC y del TS<sup>258</sup>, tal como vimos anteriormente.

#### 4) Destinado a ejercer la privacidad

Ya señalamos en el Capítulo III que el bien jurídico protegido en el art. 18.2 CE era la privacidad. En consonancia con ello, debe entenderse que para que nos encontremos ante el domicilio inviolable es necesario que dicho domicilio esté destinado o sea compatible con la realización de ámbitos relativos a la privacidad de los titulares del mismo.

El TC<sup>259</sup> lo estableció reiterativamente, al afirmar que el domicilio constitucional es: *“aquel lugar en que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada”*.

Por ello, el domicilio no es cualquier espacio físico, sino sólo aquél que sea apto para el desarrollo de la privacidad. No obstante, debe mantenerse una noción de privacidad amplia, que no sólo se proyecta en las personas físicas, sino que alcanza también a las jurídicas, y que en este caso su privacidad viene determinada por los lugares que son sede de la

---

<sup>257</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 88; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Página 154; ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Páginas 144-145.; MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 197.

<sup>258</sup> sentencias TC de 2 de noviembre de 2004; TC 17 de enero de 2002; sentencias TS de 18 de octubre de 2006; TS 18 de noviembre de 2005, entre otras.

<sup>259</sup> sentencias TC 10/2002, de 17 de febrero, f.j. 6º; TC 189/2004, de 2 de noviembre, f.j. 2º ; TC 209/2007, de 24 de septiembre, f.j. 2º.

gestión o administración de sus asuntos, de su toma de decisiones y de la custodia de sus documentos.

Igualmente, puede haber privacidad en el lugar donde los profesionales o comerciantes, aunque sean personas físicas, ejercen sus actividades mercantiles o profesionales, si en dichos lugares se deposita el centro de administración de sus asuntos y la custodia de sus documentos profesionales.

V

---

ACCIONES AFECTANTES AL DERECHO



## ACCIONES AFECTANTES AL DERECHO

### V.1 INTRODUCCIÓN

El art. 18.2 CE establece la prohibición de la entrada o registro de un domicilio, como acciones que preservan el contenido del derecho protegido por el citado art.

No obstante, debe indicarse con carácter previo, que esa no fue la inicial redacción legal del precepto, que resultó modificado durante la tramitación parlamentaria del proyecto constitucional.

El anteproyecto de la CE de 1978 ofrecía otro tenor literal. Textualmente expresaba: *“El domicilio es inviolable. Ninguna investigación domiciliaria podrá realizarse sin mandato judicial”*. Durante su tramitación en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, se modificó el texto original en virtud de Informe de la Ponencia, el cual introdujo como supuestos específicos de legitimación el consentimiento del titular y el flagrante delito<sup>260</sup>.

Posteriormente, en el Dictamen de la Comisión de 1 de julio de 1978, aprobado por el Pleno del Congreso, se sustituyó la expresión *“ninguna investigación domiciliaria podrá realizarse”* por la referencia a *“ninguna entrada o registro podrá realizarse”*. Con ello, aparecen por primera vez como acciones causantes del quebranto constitucional a la inviolabilidad domiciliaria.

---

<sup>260</sup> El art. 18.2 CE señalaba en dicho momento: *“El domicilio es inviolable. Ninguna investigación domiciliaria podrá realizarse sin mandamiento judicial, salvo en el caso de flagrante delito o consentimiento expreso del titular”*.

La Comisión del Senado el 6 de octubre de 1978<sup>261</sup> dio una nueva redacción al precepto, y la Comisión Mixta en octubre de 1978 le dio su regulación definitiva.

Por otro lado, la legislación internacional en materia de derechos humanos tampoco utilizaba una enunciación similar a la expuesta en el texto constitucional. Así, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se refiere a la protección domiciliaria frente a las *“injerencias arbitrarias”*. El art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 recoge la expresión de *“injerencias de la autoridad pública”*, y el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 utiliza la de *“injerencias arbitrarias o ilegales”*.

Sin embargo, esta referencia a la entrada y registro es conforme la tradición procesalista penal en nuestra patria, consagrada en el Capítulo I, Título VIII, del Libro II de la LECRIM vigente, que lleva por título: *“De la entrada y registro en lugar cerrado”*.

En este sentido, GONZÁLEZ TREVIJANO<sup>262</sup>, siguiendo a López Ramón, considera que la expresión de *“entrada o registro domiciliario”*: *“parece hallar su origen en el laudable deseo de nuestros constituyentes de garantizar de la medida más intensa posible la protección y tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”*.

Llegados a este punto, conviene precisar si entendemos la referencia a la entrada y registro domiciliario como una única actuación o si se debemos tratarlas como actuaciones distintas.

---

<sup>261</sup> El precepto disponía que: *“El domicilio es inviolable y ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o mandamiento judicial, salvo en caso de flagrante delito”*.

<sup>262</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos 1992. Página 162.

La doctrina científica opta por la segunda formulación de modo mayoritario. MATIA PORTILLA<sup>263</sup> analiza la cuestión precisando las diferencias que supondría adoptar una u otra interpretación. Así pues, si para constituir una injerencia en el derecho fundamental fuera preciso tanto la entrada como el registro domiciliario, se abonaría una interpretación restrictiva del derecho fundamental; pues las entradas ilícitas sin posterior registro estarían fuera de la protección constitucional.

ALONSO DE ANTONIO<sup>264</sup> aboga por un concepto restrictivo de lo que ha de entenderse por la entrada a la que se refiere el artículo 18.2 CE, pues a su juicio, la penetración ha de ser física; y no cualquier penetración sería ilícita, sino sólo aquella que se produzca con el ánimo o propósito de vulnerar la tranquilidad domiciliaria. Ello excluye expresamente, para este autor, la posibilidad de que pueda lesionarse el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria a través del uso de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos, como permitió la sentencia TC 22/1984, de 17 de febrero.

El TC<sup>265</sup> esbozó la teoría de la naturaleza instrumental de la entrada domiciliaria como medio para realizar las pesquisas consistentes en el registro. No obstante, la opinión doctrinal mayoritaria considera distintas las actuaciones consistentes en entrada o registro domiciliario<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 31.

<sup>264</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 98.

<sup>265</sup> La sentencia TC 22/1984, de 17 de febrero, f.j. 5º expone que: *“la interdicción fundamental de este precepto es la del registro domiciliar, entendido como inquisición o pesquisa, para lo cual la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental”*. Dicha línea argumental vino después confirmada por el mismo tribunal con el auto 129/1990, de 26 de marzo y la sentencia de 10 de febrero de 2003.

<sup>266</sup> MATÍA PORTILLA, F.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 32-34. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Páginas 85-86. GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”* Editorial Tecnos. 1992. Páginas 160-166. Este autor elabora un distinto concepto de entrada y registro, basándose para

La naturaleza independiente de la entrada y registro domiciliario se nos antoja más acertada, dado que, sobre todo, en actuaciones sumariales de investigación de delitos la entrada irá preordenada a un registro posterior, siendo el medio para conseguir la pesquisa o investigación requerida, con lo que expresa en este caso su carácter instrumental; también es posible una entrada domiciliaria sin ulterior registro, y causante de una injerencia ilícita en el derecho fundamental.

Tal es el caso paradigmático de las entradas realizadas por medios mecánicos, electrónicos o similares, lo que supone una entrada domiciliaria sin penetración física, y por tanto, sin posibilidad de registro posterior. Como hemos visto en la jurisprudencia constitucional citada, tales injerencias son constitutivas de lesión del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>267</sup>, a propósito de las actuaciones inspectoras de la Agencia Tributaria, pone el ejemplo de una actuación inspectora de valoración de los bienes, que puede precisar de una entrada domiciliaria sin de necesidad de realizar registro alguno.

En segundo lugar, la redacción literal del precepto constitucional en cuanto a las acciones afectantes al derecho aquí analizado utiliza la disyuntiva “o” y no la copulativa “y”, lo que da expresión de la naturaleza autónoma de la entrada y del registro. Por ello, tanto la entrada como el registro por sí mismos, pueden ser injerencias en el derecho fundamental.

---

ello en la legislación penal protectoria del allanamiento de morada.; DURÁN SILVA, C.: “*La diligencia de entrada y registro: su necesaria adaptación a la realidad actual*”, en el libro: “*La reforma del proceso penal*”. Editorial La Ley. 1ª edición. Madrid. 2011; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B.: “*Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código Penal*”. Editorial Comares. Página 120.

<sup>267</sup>ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: “*La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos*”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 86.

También en el ámbito penal, a la hora de proteger la inviolabilidad domiciliaria con los delitos de allanamiento de morada de los arts. 202 a 204 CP, se penaliza la simple entrada o permanencia no consentida en la morada ajena o en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, sin necesidad de posterior registro.

Y específicamente, el art. 534 CP regula como conductas típicas independientes la entrada en un domicilio sin consentimiento del morador, y el registro posterior de sus papeles o documentos.

Este artículo está encuadrado precisamente dentro del Título XXI : *“Delitos contra la Constitución”*, y a su vez dentro del Capítulo V: *“De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”*, en su Sección 2ª que lleva la rúbrica: *“ De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”*, de lo que resulta la clara protección que dicho delito preserva a los derechos fundamentales, y más específicamente, a la inviolabilidad domiciliaria aquí estudiada.

## V.2 LA ENTRADA EN EL DOMICILIO

### V.2.1 Concepto clásico de entrada y supuestos afines

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua en su primera acepción entrar es: *“ir o pasar de fuera adentro”*. Es en el ámbito penal y a propósito del estudio de los delitos a que se ha hecho referencia en el apartado anterior, donde más se ha estudiado el concepto.

A modo de ejemplo, MUÑOZ CONDE<sup>268</sup> entiende que entrar: *“significa pasar de fuera adentro, introducirse en alguno de los espacios integrantes de la morada. Es indiferente el medio empleado”*. En el mismo

---

<sup>268</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *“Derecho Penal. Parte especial”*. Editorial Tirant lo Blanch. Decimoquinta edición.

sentido, ALONSO DE ANTONIO<sup>269</sup> señala que: *“entrada responde aquí, por tanto, al sentido vulgar de introducirse físicamente en algún lugar por el medio que sea”*.

Debe, pues, considerarse la entrada en su sentido etimológico de penetración o introducción en lugar distinto del que uno se encuentra inicialmente. Y dicho concepto excluye, siguiendo a ALONSO DE ANTONIO<sup>270</sup>, la simple mirada indiscreta por una ventana o por encima de un muro al pasar por la calle. GONZÁLEZ TREVIJANO<sup>271</sup> también descarta otras acciones de entrada parcial al afirmar que: *“de este modo, no bastará una introducción parcial, como, por ejemplo, asomar el cuerpo por una puerta o ventana, la acción de subirse al tejado, etcétera”*.

Dicho concepto de entrada como penetración física y de un modo completo es el concepto tradicional del término, y se acomoda bien a la redacción empleada por el art. 18.2 CE.

Mucho más polémica es la posibilidad de considerar como entradas domiciliarias las realizadas mediante el uso de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. Dicha doctrina es recogida por primera vez por la sentencia TC 22/1984, de 17 de febrero<sup>272</sup>.

Esta sentencia, además, permite la posibilidad de penetraciones domiciliarias no basadas en entradas físicas, y ello pese a que en el

---

<sup>269</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 97.

<sup>270</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid, 1993. Página 96.

<sup>271</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Página 164.

<sup>272</sup> Afirma la citada sentencia en su f. j. 5º que: *“por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en si mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa, por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”*.

supuesto concreto se trataba de una penetración directa en el domicilio. Se enjuiciaba, en este caso, la demolición de una vivienda construida de modo irregular y que precisaba para su ejecución la entrada física de los operarios encargados de llevarla a efecto. Se discutía si las personas que entraron en el domicilio carecían de la correspondiente autorización judicial.

De este modo, la afirmación que realiza el TC de que la violación del derecho fundamental puede realizarse sin penetración directa en el domicilio cobra un mayor énfasis, pues la resolución del caso no la precisaba.

Esta doctrina ha sido mantenida en posteriores resoluciones. Por ejemplo, en la sentencia TC 10/2002, de 17 de enero<sup>273</sup>, en la que se trataba una cuestión también ajena a este tipo de entradas. Concretamente se planteaba la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 557 LECRIM en torno a si las habitaciones de un hotel o similares, como hostales, pensiones, residencias o cualquier otro establecimiento hotelero, podían ser consideradas domicilio en el sentido del art. 18.2 CE con respecto de las personas que en ellos se alojaban. Por ello, tampoco se trataba en este caso de un ejemplo de penetración que no fuera física.

Con posterioridad, la sentencia TC 176/2013, de 21 de octubre<sup>274</sup> vuelve a referirse a esta cuestión. En este caso, sí se trataba de las

---

<sup>273</sup> Esta sentencia reseña en su f. j. 5º que: *“la protección constitucional del domicilio en el artículo 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su inviolabilidad en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona resulte “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”.*

<sup>274</sup> Proclama la sentencia en su f. j. 8º que: *“el domicilio comporta un ámbito de intimidad específico, del que se desprende la garantía constitucional de su inviolabilidad, entendida como que aquel «ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma que resulta “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.”*

imágenes captadas mediante teleobjetivos y sin el consentimiento de los afectados, por lo que pudo servir para delimitar el concepto de penetración indirecta o no física en el domicilio.

En este caso, el TC deniega el amparo en este punto por el hecho de que las imágenes fueron obtenidas en las zonas comunes del hotel, y no en las habitaciones privadas. Dichas zonas donde fueron captadas las imágenes eran de uso público para todos los ocupantes del hotel, e incluso para terceros, por lo que no pueden ser consideradas domicilio de los afectados.

Lo relevante es, por tanto, no que se deniegue el amparo por el hecho de que el lugar afectado no sea considerado un domicilio constitucionalmente protegido, sino que, en este caso concreto, se parta del supuesto de que las imágenes captadas por teleobjetivos han podido causar tal lesión a la inviolabilidad domiciliaria, lo que supone un reconocimiento expreso de que tal penetración o entrada domiciliaria es perfectamente posible mediante la captaciones de imágenes de los titulares del derecho en su domicilio a través de cualquier medio técnico.

Por ello, ha de mantenerse un concepto extensivo de lo que la entrada domiciliaria puede comportar, pues la garantía de intangibilidad domiciliaria que el art. 18.2 CE protege, puede verse violada tanto por penetraciones físicas o directas como por otras que se realicen mediante aparatos.

No debe pasar desapercibido que, en estos casos, puede darse una pluralidad de bienes jurídicos o derechos fundamentales infringidos.

Por un lado, el atentado o violación al domicilio que tiene carácter formal, ya que se comete por la simple captación en imágenes o sonidos de personas en el espacio físico que constituya legamente su domicilio.

Por otro lado, puede producirse también un atentado a la intimidad personal o familiar y a la propia imagen del art. 18.1 CE por el uso que se haga de dichas imágenes, su divulgación a terceros, etc.

No obstante, no se cierra el círculo de la posible afectación del derecho con tales actos, dado que la jurisprudencia del TEDH ha hecho también una aplicación notablemente extensiva del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al considerarse como constitutivas de lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio lo que se ha denominado “inmisiones”.

La sentencia TEDH López Ostra contra España<sup>275</sup>, estima infringido el art. 8 del Convenio por la propagación de olores, ruidos y humos, que persisten durante años, ocasionados por una depuradora de titularidad pública en la localidad murciana de Lorca. Se considera un atentado a la vida privada y familiar y su domicilio.

En el mismo sentido, la sentencia TEDH Moreno Gómez<sup>276</sup> contra España, vino a considerar también las contaminaciones acústicas como causantes de la lesión del derecho, no sólo cuando estaban realizadas por autoridades públicas, sino también cuando se realizaban por personas privadas; si con la falta de actuación o inactividad pública se permitían dichas acciones.

---

<sup>275</sup>sentencia TEDH López Ostra contra España de 9 de diciembre de 1994 (EDJ 1994/13609). En ella se afirma en su párrafo 51 que: “no obstante, va de suyo que algunos ataques graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del derecho al disfrute de su domicilio a través de un daño en su vida privada y familiar sin que, sin embargo, se ponga en grave peligro la salud del interesado”.

<sup>276</sup>Sentencia TEDH Moreno Gómez contra España, de 16 de noviembre de 2004 (EDJ 2004/456540), en su párrafo 53 y usando la versión inglesa original se establece: “A home will usually be the place, the physically defined area, where private and family life develops. The individual has a right to respect for his home, meaning not just the right to the actual physical area, but also to the quiet enjoyment of that area”, lo cual puede ser traducido como: “El domicilio es normalmente el lugar, el espacio físicamente determinado en donde se desarrolla la vida privada y familiar. El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no sólo como el derecho a un simple espacio físico, sino también como el derecho a disfrutar en toda tranquilidad de dicho espacio”.

En dicha sentencia se da un concepto de injerencia, o de “entrada” en la terminología de nuestra CE, como aquélla que afecta a la tranquilidad de disfrute del domicilio, perturbación que evidentemente habrá de ser de una intensidad y duración relevante<sup>277</sup>.

Más recientemente, y dentro de las sentencias que afectan a nuestro país, la sentencia TEDH Martínez Martínez contra España de 18 de octubre de 2011(EDJ 2011/ 246920), también considera lesionada la vida privada y el domicilio del demandante por las emisiones de ruidos de una discoteca cercana a su domicilio causada por personas privadas<sup>278</sup>.

Si bien es cierto, que dicha apreciación extensiva se hace al amparo del art. 8 CEDH, que utiliza conjuntamente el concepto de vida privada, familiar y de domicilio, el tribunal se orienta a considerar que las

---

<sup>277</sup> Dispone esta sentencia en su párrafo 59 que : *“las autoridades municipales ya habían calificado la zona donde reside la demandante como zona acústicamente saturada, a saber, según los términos de la resolución municipal del 28 de junio 1986, una zona que padece un impacto sonoro elevado que constituye una fuente de agresión importante para sus habitantes (párrafo 44, más arriba). En este caso, el exceso de los niveles máximos de ruido ha sido comprobado en varias ocasiones por los servicios municipales (párrafos 14 y 19, arriba). En consecuencia, exigir de alguien que vive en una zona acústicamente saturada, como la que vive la demandante, la prueba de lo que ya es conocido y oficial por parte de la autoridad municipal, no parece necesario. Así, en el cuadro del procedimiento interno, el Ministerio Fiscal no estimó necesario exigir de la demandante esta prueba (párrafo 31) y ha considerado que en este caso, había habido inversión de la carga de la prueba”*. Y en su párrafo 60 añade que :*“teniendo en cuenta la intensidad de las molestias sonoras, fuera de los niveles autorizados y durante las horas nocturnas, y por el hecho que esas molestias se han repetido durante años, el Tribunal concluye que hay perjuicio a los derechos protegidos por el artículo 8”*. En cambio, en sentencia TEDH Martínez Martínez y Pino Manzano contra España de 3 de julio de 2012 (EDJ 2012/127162) se rechaza la violación del art. 8 del Convenio, dado que los demandantes instalaron su vivienda en una zona no habilitada para residencia, y por otro lado, el nivel de los ruidos detectados no es de gran relevancia.

<sup>278</sup> Otras sentencias TEDH han declarado la infracción del art. 8 CEDH por lesión a la vida privada y familiar, como la sentencia TEDH Powel y Rayner contra Reino Unido de 21 de febrero de 1990 (EDJ 1990/12354), que en su párrafo 40 afirma que: *“el ruido de los aviones del aeropuerto de Heathrow había disminuido la calidad de la vida privada y las comodidades del hogar (de cada uno de los demandantes”*. La sentencia TEDH Guerra y otros contra Italia de 19 de febrero de 1998( EDJ 1998/2076) manifiesta en su párrafo 57 que: *“la incidencia directa de las emisiones de sustancias nocivas sobre el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar permite concluir a la aplicabilidad del artículo 8”*. Y la sentencia TEDH Surugiu contra Rumania de 20 de abril de 2004 (EDJ 2004/10699) considera que la entrada de personas en el domicilio del afectado y el vertido repetido de basuras y estiércol en la puerta y debajo de las ventanas de su casa es lesión del artículo 8 CEDH.

injerencias indebidas por causas medioambientales ( olores, ruidos, etc) suponen también una lesión de su derecho a la protección del domicilio. Con ello, se observa esa progresiva extensión de este derecho fundamental.

### V.3 EL REGISTRO DOMICILIARIO

#### V.3.1 Concepto de registro domiciliario

El art. 18.2 CE establece también al registro domiciliario como conducta determinante de la injerencia vedada constitucionalmente. El registro consiste, tal como hemos establecido en líneas precedentes, en una conducta autónoma e independiente de la entrada domiciliaria, aunque deberá ser consecutiva a la misma.

GARCÍA MACHO<sup>279</sup> considera el registro domiciliario como: *“la búsqueda en el domicilio de personas, cosas o hechos dignos de saberse por el que un portador del poder público entra en él con el fin de conseguir medios de prueba o vestigios, el apresamiento de personas o el embargo de objetos”*. Como puede observarse en esta definición, hay en el autor una clara relación entre el registro y las actuaciones de investigación criminal, pues tradicionalmente los registros iban referidos a este tipo de actuaciones.

El registro, en todo caso, alude a la idea de pesquisa o indagación y requiere esa minuciosa investigación de lo que existe en el domicilio registrado, con el objeto de servir para la finalidad perseguida por éste, y que puede ser notablemente amplia, pues depende del objeto de investigación. Pueden ser actuaciones sumariales de investigación penal

---

<sup>279</sup> GARCÍA MACHO, R.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Revista española de Derecho administrativo nº32.1982 Página 860. Dicha cita es recogida por diversos autores, tales como: ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 106; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 84; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Página 164.

por determinados delitos; actuaciones de ejecución de actos administrativos; de investigación tributaria; de detención de documentos o efectos de un concursado; y de averiguación de documentos en diligencias preliminares civiles o laborales. Es decir, su contenido dependerá de la concreta actuación procesal o administrativa que haya servido de base para su realización.

El TC en la ya citada sentencia 22/1984, de 17 de febrero afirma que: *“la interdicción fundamental de este precepto es la del registro domiciliar, entendido como inquisición o pesquisa”*.

Por otro lado, es perfectamente posible que la realización del registro suponga conculcación del derecho fundamental a la investigación domiciliaria, sin que la entrada previa suponga una paralela infracción. Dado que puede que el consentimiento del titular se haya referido exclusivamente a la entrada, pero no se autorice el registro, o que la autorización judicial como título habilitante comprenda simplemente la entrada domiciliaria, pero no el registro posterior.

Veamos a continuación las distintas posibilidades de registros domiciliarios que pueden derivarse de nuestra legislación. Si bien, vamos a aludir a las más importantes, dada la ingente posibilidades de registros domiciliarios que se observan en leyes especiales relacionadas con actuaciones administrativas.

### **V.3.2 En el ámbito penal**

El objeto de estudio del registro domiciliario se ha centrado tradicionalmente en nuestra doctrina con motivo de las actuaciones sumariales en procesos penales. Ello es debido a que dicha legislación procesal penal estaba vigente en nuestro país en virtud de la LECRIM de 1882, obviando los avatares que la constitucionalización del derecho a la inviolabilidad domiciliaria ha tenido en nuestra tradición jurídica.

Su vigencia muy anterior a la actual CE ha hecho que su estudio procesal le precediera sobradamente. Nótese que los arts. 550 y 551<sup>280</sup>LECRIM siguen conteniendo la referencia a la protección del domicilio por el art. 6 de la Constitución, sin duda, referida a la Constitución de 1876, vigente en el momento de la redacción de dichos preceptos.

No procede entrar en la regulación procesal concreta que establece cada una de las leyes procesales o administrativas, dado que ello nos alejaría demasiado del objeto principal de nuestro estudio, que viene referido a un derecho constitucional concreto, y que se desenvuelve primordialmente en esta área de conocimiento.

De este modo, y centrando la cuestión en nuestra legislación procesal penal, el registro es una típica actuación de investigación criminal que trata de descubrir la existencia de materiales o pruebas de la comisión de un delito. ARAGONESES MARTÍNEZ<sup>281</sup> establece que: *“el registro-se practica-, si se sospecha de la presencia de efectos o instrumentos del delito, o libros o papeles u objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación”*.

La práctica del registro domiciliario se regula en el Capítulo I, Título VIII, del Libro II LECRIM vigente, que lleva por título: *“De la entrada y*

---

<sup>280</sup> El artículo 550 LECRIM proclama que: *“ podrá asimismo el Juez instructor ordenar en los casos indicados en el artículo 546 la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, pero precediendo siempre el consentimiento del interesado conforme se previene en el artículo 6 de la Constitución, o a falta de consentimiento, en virtud de auto motivado, que se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado”*. Y el artículo 551 LECRIM establece que: *“ se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 6 de la Constitución del Estado”*.

<sup>281</sup> ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y otros: *“Derecho procesal penal”*. Editorial Universitaria Ramón Areces. 7ª edición. Página 366.

*registro en lugar cerrado*” y comprende los arts. 545 a 572 de dicho texto legal.

De este modo, esta regulación procesal contiene específicas referencias al concepto de domicilio como lugares susceptibles de entrada y registro, distinguiendo los domicilios de particulares, los edificios y los lugares públicos. También se hace referencia a los presupuestos de la entrada y registro domiciliario, tratando la problemática del consentimiento del titular, la necesidad de la resolución judicial en defecto de consentimiento, a través de un auto motivado, o el concepto de flagrancia en el artículo 795.1 1ª LECRIM, a propósito de la regulación de los llamados “juicios rápidos”. Regula también pormenorizadamente el procedimiento de la diligencia de entrada y registro domiciliaria.

No obstante, habrá que hacer hincapié en que dicha regulación procesal no presupone “*per se*” la conformidad de la misma con el contenido del art. 18.2 CE, y especialmente con la doctrina emanada del TC en su interpretación. Es decir, todos los operadores jurídicos y especialmente el juez instructor, deberán aplicar dichos preceptos teniendo en cuenta la existencia de una norma de superior rango que es el art. 18.2 CE y la interpretación que de la misma efectúa su supremo guardián, el TC.

Ello conllevó en ocasiones, la nulidad de algún precepto legal, como ocurrió con el artículo 557 LECRIM, como expusimos en el epígrafe IV.4, y, en todo caso, se debe tener en cuenta la doctrina constitucional en cuanto a la interpretación y aplicación de las normas.

### **V.3.3 En el ámbito administrativo**

Esta clara identificación conceptual de la entrada y registro domiciliario con las actuaciones sumariales de investigación criminal, determinó que el art. 87.2 LOPJ, atribuyera a los Juzgados de Instrucción

la competencia otorgar estas autorizaciones. Por estricto imperativo constitucional, estas injerencias en la inviolabilidad domiciliaria deben estar autorizadas por una resolución judicial.

Bien es cierto que la Administración, tras la vigencia de la CE, mantuvo el principio de autotutela administrativa para ejecutar los actos forzosos derivados de sus propias resoluciones, y ello fue inicialmente avalado por los tribunales ordinarios.

No obstante, el punto de inflexión lo constituyó la sentencia TC 22/1984, de 17 de febrero, que declaró inconstitucional la entrada en un domicilio privado para derribar un ático ilegal en base a que no se había obtenido una específica autorización judicial para dicha entrada. El TC no se pronunció por el juez competente para realizar dicha autorización, sin duda por ser una cuestión de legalidad. El art. 87.2 LOPJ opta por el Juzgado de Instrucción, y ello continuó de este modo hasta que la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, suprimió el art. 87.2 y transfirió la competencia a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo en el art. 91.2<sup>282</sup> LOPJ. Con la misma redacción se regulaba la cuestión en el art. 8.6 LJCA<sup>283</sup>.

Dicho art. 8.6 de la citada ley fue completado con un tercer párrafo redactado por el número 1º de la disposición adicional 7ª de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia<sup>284</sup>, que le otorgó la

---

<sup>282</sup>El art. 91.2 LOPJ establecía que: “*corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración*”. La redacción definitiva y actual del precepto ha sido establecida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>283</sup>Vimos también esta cuestión en el epígrafe 2.4.1 de esta obra.

<sup>284</sup>Disponía el art. 8.6, párrafo 3º que: “*además, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición*”.

facultad para autorizar las entradas e inspecciones domiciliarias acordadas por la Comisión Nacional de Competencia.

Con posterioridad, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha vuelto a modificar el citado art. 8.6 LJCA<sup>285</sup> para excluir de la competencia de estos Juzgados la ejecución de las medidas de protección de menores acordadas por las Entidades Públicas competentes, para atribuir las a los Juzgados de Primera Instancia. Ello es concorde con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modifica en el mismo sentido el art. 91.2 LOPJ.

No obstante, persistirá la inicial competencia de los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia, respecto de las entradas y registros a practicar en días y horas inhábiles conforme al Acuerdo de 28 de noviembre de 2007 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que modificó el art. 42.5<sup>286</sup> del Reglamento de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales de dicho Consejo.

---

<sup>285</sup> El art. 8.6 LJCA señala en la actualidad que: “conocerán también los Juzgados de de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia. Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental. Además, los Juzgados de los Contencioso-administrativo conocerán de la autorización para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de oposición”.

<sup>286</sup> Dicho precepto establece que :”el Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia se ocupará de las que, correspondiendo a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, sean instadas en días y horas inhábiles y exijan una intervención judicial inmediata en supuestos de: Autorización de entradas en domicilios y lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular conforme a lo previsto en el artículo 8.6, párrafos primero y tercero de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

Existe en este ámbito administrativo una profusa legislación sectorial, que refiriéndose a cada área de la Administración, establece la necesidad de acudir a la autorización judicial para las entradas y registros domiciliarios basadas en actuaciones administrativas.

Como norma general, el art. 96.3<sup>287</sup> de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, a propósito de la ejecución forzosa de los actos administrativos establece la necesidad de autorización judicial.

En el ámbito tributario, la LGT en su art. 113<sup>288</sup> establece dicha previsión respecto de los obligados tributarios. Y en el art. 142.2<sup>289</sup> de la citada ley se recoge una idéntica previsión, a propósito de la labor de investigación tributaria que debe realizar la inspección y que se proyecta en un conjunto de poderes de la misma, como el examen de documentos, libros, papeles, contabilidad, ficheros, facturas, etc.

Este examen, y a veces registro, de toda la documentación necesaria para la realización de la labor inspectora precisará de la entrada, y en ocasiones, también del registro en el domicilio del contribuyente.

A título de ejemplo, podemos referirnos a otras normas administrativas donde se recoge dicha previsión:

---

<sup>287</sup> Dicho art. proclama que: “si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”.

<sup>288</sup> El art. 113 LGT tiene el siguiente contenido: “cuando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria deberá obtener el consentimiento de aquél o la oportuna autorización judicial”.

<sup>289</sup> El art. 142.2 LGT concluye que: “si la persona bajo cuya custodia se encontraren los lugares mencionados en el párrafo anterior se opusiera a la entrada de los funcionarios de la inspección de los tributos, se precisará la autorización escrita de la autoridad administrativa que reglamentariamente se determine. Cuando en el ejercicio de las actuaciones inspectoras sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido del obligado tributario, se aplicará lo dispuesto en el artículo 113 de esta ley”.

- El art. 51<sup>290</sup> de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, introducido por el número uno del art. 76 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

- La Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su art. 13.1, faculta a los inspectores de Trabajo y Seguridad Social a entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo. Si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.

- El art. 79.1 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal, establece que los funcionarios que desarrollen las funciones de inspección estarán autorizados para acceder libremente, sin previa notificación, a todo establecimiento, instalación, vehículo o medio de transporte, o lugar en general, con la finalidad de comprobar el grado de cumplimiento de lo preceptuado en esta ley. Y añade dicho precepto que si la inspección se practicara en el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la preceptiva autorización judicial previa.

- La Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, en su art. 25 faculta a los inspectores de la Agencia Estatal de la Seguridad Aérea al libre acceso a las aeronaves, en tierra y en vuelo, aeropuertos, aeródromos, locales, terrenos y en general, a todas las instalaciones

---

<sup>290</sup> El art. 51 de la citada norma en su párrafo segundo señala: “A los efectos de lo dispuesto en el artículo 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, únicamente tendrán la consideración de lugares cuyo acceso depende del consentimiento del titular, en relación con la ocupación de los bienes inmuebles expropiados, además del domicilio de las personas físicas y jurídicas en los términos del artículo 18.2 de la Constitución Española, los locales cerrados sin acceso al público”.

aeronáuticas en que hubieran de realizar las actuaciones inspectoras. Y cuando se trate del domicilio de la persona inspeccionada, deberán de contar con el consentimiento de la misma o con autorización judicial.

- El art. 58.3 en su punto a) de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, faculta a los funcionarios que desempeñen funciones de policía administrativa forestal a 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.

- El art. 94.3, punto a) del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, concede a los agentes medioambientales destinados en las comisarías de aguas de los organismos de cuenca, la potestad de 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.

- La Ley 13/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia le otorga en su art. 27.2 las siguientes facultades inspectoras: acceder a cualquier local, instalación, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas; al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas; controlar los elementos afectos a los servicios o actividades que los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere esta Ley, de las redes que instalen o exploten y de cuantos documentos están obligados a poseer o conservar; 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. Para ello, deberán obtener el previo consentimiento del afectado o la correspondiente resolución judicial.

Otras muchas normas estatales e incluso autonómicas contienen idénticas previsiones. No obstante, con las especificadas arriba podemos dar cumplido ejemplo de la abundante legislación administrativa al respecto.

### V.3.4 En el ámbito civil y mercantil

La LEC ha introducido también la posibilidad de que en el ámbito del proceso civil, y ante la necesidad de realizar actividades procesales que incidan en la inviolabilidad domiciliaria, puedan los jueces de este orden jurisdiccional dictar resoluciones que permitan la entrada y registro domiciliario.

Ello ha supuesto una novedad, sin duda, acorde con el respeto que este derecho fundamental debe proyectar en la legislación positiva. Concretamente, a la hora de regular las diligencias preliminares al juicio, la LEC ha configurado una regulación procesal mucha más detallada y concreta, frente a las difusas medidas contempladas en la legislación anterior<sup>291</sup>, y ha establecido un catálogo de consecuencias jurídicas ante la negativa del requerido a practicarlas, que pueden ser de diversos tipos.

En cuanto a lo que en este trabajo nos interesa, ha permitido que pueda vencerse la pasividad u oposición de la persona afectada mediante la resolución de entrada y registro domiciliario. La exposición de motivos de la LEC ya incorpora este criterio genérico al afirmar en su exponendo X que: *“sin embargo, la presente Ley se asienta sobre el convencimiento de que*

---

<sup>291</sup> En la LEC anterior, de 3 de febrero de 1881 se regulaban las diligencias preliminares en los arts. 497 y siguientes. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y otro: *“Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración”*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 2ª edición. Señala este autor en página 229 lo siguiente: *“la LEC ha introducido notables cambios en la regulación de las diligencias preliminares. La doctrina se había mostrado unánime en considerar muy deficiente la regulación de las diligencias preliminares en los arts. 497 ss. LECA: por su heterogeneidad, por el acarreo histórico detectable en su regulación( con orígenes en figuras del Derecho romano, como la [actio ad exhibendum] o la [interrogatio in iure] que implicaba una total falta de sistema, y, sobre todo, por la imposibilidad de imponer su realización, que conducía a una muy escasa utilización en la práctica”*.

*caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Por un lado, se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas. Por otra parte, sin incurrir en excesos coercitivos, se prevén, no obstante, respecto de la negativa injustificada, consecuencias prácticas de efectividad muy superior a la responsabilidad por daños y perjuicios”.*

Las diligencias preliminares están reguladas en la LEC en los arts. 256 a 263, dentro del Capítulo II del Título I del Libro II. Su finalidad es practicar una serie de actuaciones procesales tendentes a obtener datos necesarios para entablar una futura demanda. Esa información puede ser de distinto tipo. Concretamente, las actuaciones o diligencias permitidas por la ley están enumeradas en el art. 256.1 LEC. Respecto de las que puedan motivar una resolución de entrada y registro domiciliario, las establece el art. 261 de esta ley, y pueden basarse en los siguientes supuestos:

- Si se pretende la exhibición de títulos y documentos y se aprecia que éstos puedan estar en un lugar determinado, es posible que el juez competente acuerde la entrada y registro de dicho lugar, para ocupar dichos papeles y ponerlos a disposición del solicitante (art. 261.2<sup>a</sup> LEC).

- Si se pretende la exhibición de una cosa, y también se presume que pueda estar en un lugar determinado, el juez puede acordar la entrada y registro de ese lugar para conseguir el depósito de la cosa o adoptar otra medida de garantía mientras se tramita el proceso que debe entablar a continuación (art. 261.1 3<sup>a</sup> LEC).

- Si se pretende entablar una acción en defensa de intereses colectivos de consumidores o usuarios, y hay que tratar de identificar a los integrantes de dicho grupo, frente a la negativa del requerido a colaborar en su determinación, se puede acordar la entrada y registro para la búsqueda de documentos o datos precisos que faciliten la identificación de sus componentes (art. 261.1 6<sup>a</sup> LEC).

- Frente a la negativa a facilitar la historia clínica del paciente por parte de centro médico o profesional sanitario, es posible autorizar la entrada y registro para su obtención. (art. 261.1 6ª LEC).

- Si se pretende la exhibición de documentos en relación con infracciones de los derechos de propiedad industrial o intelectual, cabe la entrada y registro domiciliaria para la incautación de dichos documentos (art. 261.1 6ª LEC).

En este último supuesto, es claro que la competencia para acordar las medidas oportunas recaerá en el Juzgado de lo Mercantil por competencia objetiva, por aplicación del artículo 86 ter <sup>292</sup> 2 a) LOPJ.

A este respecto, es digno de reseñar que el art. 261.1<sup>293</sup> LEC, en su primitiva redacción, establecía que ante la negativa a atender el requerimiento de la persona afectada o ante su pasividad, el tribunal podía por providencia acordar las medidas oportunas, entre las que estaban la de entrada y registro domiciliario.

Las providencias son resoluciones procesales dictadas por el juez competente y destinadas a resolver cuestiones procesales sencillas y que no precisan de motivación (art. 206.1.1º LEC), frente a los autos que requieren de una más dilatada motivación jurídica.

Esto fue motivo de que se planteara por el Juzgado de 1ª Instancia 31 de Barcelona una cuestión de inconstitucionalidad respecto de este

---

<sup>292</sup> El citado art. dispone que: “los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas”.

<sup>293</sup> El art. 261.1, en la redacción originaria de la LEC, establecía que: “si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulara oposición, el tribunal, mediante providencia, acordará las siguientes medidas”.

precepto, pero que no terminó con pronunciamiento aclaratorio por parte del TC<sup>294</sup>, pues fue inadmitida dicha cuestión por defectos procesales.

No obstante, con posterioridad, se modificó este art. para exigir que la resolución judicial revistiera el carácter de auto motivado y proporcionado. Ello se hizo en virtud de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

La redacción del art. 261 de la LEC, en su primer apartado, preceptúa en la actualidad que: *“si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes medidas, por medio de un auto, en el que expresará las razones que las exigen:”*. Esta regulación legal es mucho más respetuosa con el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.

Otro supuesto legal de injerencia domiciliaria lo ha establecido la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta ley ha introducido el art. 778 ter<sup>295</sup> en la LEC, en virtud del cual se permite que la Entidad Pública

---

<sup>294</sup> Se trata de la sentencia TC 222/ 2012, de 27 de noviembre.

<sup>295</sup> Este art.- dispone “1. La Entidad Pública deberá solicitar al Juzgado de Primera Instancia con competencia en el lugar donde radique su domicilio, autorización para la entrada en domicilios y restantes edificios y lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular u ocupante, cuando ello sea necesario para la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por ella para la protección de un menor. Cuando se trate de la ejecución de un acto confirmado por una resolución judicial, la solicitud se dirigirá al órgano que la hubiera dictado.

2. La solicitud se iniciará por escrito en el que se harán constar, al menos, los siguientes extremos:

- a) La resolución administrativa o el expediente que haya dado lugar a la solicitud.
- b) El concreto domicilio o lugar al que se pretende acceder, y la identidad del titular u ocupante del mismo y cuyo acceso requiera su consentimiento.
- c) La justificación de que se ha intentado recabar dicho consentimiento sin resultado o con resultado negativo. En el caso en el que ello no resulte procedente, se hará constar dicha circunstancia de manera razonada en el escrito de solicitud, sin que sea necesaria la aportación de la referida justificación.
- d) La necesidad de dicha entrada para la ejecución de la resolución de la Entidad Pública.

de protección de los menores pueda solicitar la autorización judicial para una entrada domiciliaria, cuando ello sea preciso para la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por esta Entidad en materia de protección de menores.

---

*3. Presentada por la Entidad Pública la solicitud, el Secretario Judicial, en el mismo día, dará traslado de ella al titular u ocupante del domicilio o edificio para que en el plazo de las 24 horas siguientes alegue lo que a su derecho convenga exclusivamente sobre la procedencia de conceder la autorización.*

*No obstante, cuando la Entidad Pública solicitante así lo pida de forma razonada y acredite que concurren razones de urgencia para acordar la entrada, bien porque la demora en la ejecución de la resolución administrativa pudiera provocar un riesgo para la seguridad del menor, o bien porque exista afectación real e inmediata de sus derechos fundamentales, el Juez podrá acordarla mediante auto dictado de forma inmediata y, en todo caso en el plazo máximo de las 24 horas siguientes a la recepción de la solicitud, previo informe del Ministerio Fiscal. En el auto dictado se razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al interesado.*

*4. Presentado el escrito de alegaciones por el interesado o transcurrido el plazo sin hacerlo, el Juez acordará o denegará la entrada por auto en el plazo máximo de las 24 horas siguientes, previo informe del Ministerio Fiscal, tras valorar la concurrencia de los extremos mencionados en el apartado 3 de este artículo, la competencia de la Entidad Pública para dictar el acto que se pretende ejecutar y la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la entrada solicitada para alcanzar el fin perseguido con la medida de protección.*

*5. En el auto en el que se autorice la entrada se harán constar los límites materiales y temporales para la realización de la misma, que serán los estrictamente necesarios para la ejecución de la medida de protección.*

*6. El testimonio del auto en el que se autorice la entrada será entregado a la Entidad Pública solicitante para que proceda a realizarla. El auto será notificado sin dilación a las partes que hubieran intervenido en el procedimiento y, de no haber intervenido o de no ser posible la notificación antes de la realización de la diligencia de entrada, el Secretario Judicial procederá a su notificación al practicar la diligencia.*

*7. Contra el auto en que se acuerde o deniegue la autorización, aun cuando se hubiera dictado sin previa audiencia del interesado, cabrá recurso de apelación, sin efecto suspensivo, que deberá ser interpuesto en el plazo de los tres días siguientes, contados desde la notificación del auto, al que se dará una tramitación preferente. Aun denegada la solicitud, la Entidad Pública podrá reproducir la misma si cambiaran las circunstancias existentes en el momento de la petición.*

*8. La entrada en el domicilio será practicada por el Secretario Judicial dentro de los límites establecidos, pudiendo auxiliarse de la fuerza pública, si fuera preciso, y siendo acompañado de la Entidad Pública solicitante. Finalizada la diligencia, se decretará el archivo del procedimiento”.*

La competencia objetiva la ostentará el Juzgado de 1ª Instancia. Si existiera un Juzgado de Familia en la localidad, la competencia será de éste, por aplicación del art. 98.1 LOPJ, al tratarse de un Juzgado especializado en la materia.

Sin embargo, si ya se hubiera dictado resolución judicial previa confirmando el acto administrativo, la competencia será del que dictó la resolución, de conformidad con el art. 778.1 ter "in fine". A esta misma conclusión llegamos en el Capítulo IX de este libro, al considerar improcedente una segunda resolución judicial que autorice una entrada domiciliaria si existe una resolución judicial previa dictada por cualquier órgano judicial.

Es de alabar que en este caso, se contenga de forma pormenorizada el procedimiento a seguir. Se regula con detalle la solicitud que ha de presentar la Entidad Pública, y se establece una resolución del mismo con notable rapidez.

Se potencia también la audiencia del titular del domicilio afectado por la medida, ya que se ha de justificar por el solicitante que se intentó recabar su consentimiento, salvo que no hubiera podido obtenerse o este fuera improcedente, y debe notificársele el auto judicial en que se acuerda la injerencia domiciliaria, con carácter previo, o si no hubiera sido posible, en el momento de su práctica. Asimismo, el interesado puede recurrir en apelación la medida acordada, y la entrada se realizará con presencia del secretario judicial. Con ello, se asemeja más esta medida a las entradas y registros en procesos penales que a las medidas de carácter civil contempladas en el art. 261 LEC.

En cualquier caso, y aunque la ley se refiere a la entrada domiciliaria, ello no impide que pueda realizarse cualquier otra actuación de investigación, incluido el registro del domicilio, dado que el art. 778.5 ter LEC se señala que el auto debe fijar los límites materiales y

temporales. Dentro de estos límites y bajo el prisma del interés superior del menor, se podrán acordar las medidas apropiadas para su consecución, entre las que puede estar el registro de ese domicilio.

La competencia territorial vendrá determinada por el lugar donde tenga su domicilio la Entidad Pública, y no por el lugar donde se encuentre el domicilio afectado.

Consecuentemente con esta atribución al Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia, se ha modificado el art. 91.2 LOPJ<sup>296</sup> para excluir de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso- administrativo estas autorizaciones.

En el ámbito concursal, la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio para la reforma concursal, dentro de los efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado, en su art. 1, apartado 3º, permite a los Juzgados de lo Mercantil acordar la entrada y registro del domicilio del concursado. A estos efectos, la Ley concursal en su art. 41<sup>297</sup> se remite expresamente a la anterior Ley Orgánica. Esta medida puede también extenderse a los administradores o liquidadores si el concursado es una persona jurídica, tal como establece el citado art. 1º de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio.

Existen otras diligencias procesales, como las relativas a desahucios arrendaticios o lanzamientos en procesos de ejecución, que pueden afectar al derecho fundamental analizado. No obstante, en estos supuestos específicos, la ley no recoge en su texto la necesidad de autorización judicial para la entrada domiciliaria.

---

<sup>296</sup> El art. 91.2 LOPJ dispone que: *“corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia”*.

<sup>297</sup> El citado art. preceptúa que: *“a los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos y libertades del deudor en materia de correspondencia, residencia y libre circulación serán los establecidos en la Ley Orgánica para la Reforma Concursal”*.

Podemos considerar su problemática limítrofe con el derecho fundamental estudiado, pero dicha problemática no es recogida ni estudiada en este momento, ya que debiera ser objeto de un tratamiento procesal detallado, el cual excede del objeto de esta obra.

### V.3.5 En el ámbito social

La LJS contempla la posibilidad de práctica de diligencias preliminares al juicio en parecidos términos a las que se realizan en el orden jurisdiccional civil. El art. 76.3 y 76.4<sup>298</sup> de esta ley admite medidas de entrada y registro, para obtener datos probatorios que sean precisos para preparar el juicio.

También se prevé en el art. 76.5 LJS que los órganos judiciales del orden social acuerden la autorización judicial para las entradas y registros domiciliarios por actuaciones administrativas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuando se trate de procedimientos administrativos de los que pueda conocer el orden jurisdiccional social.

---

<sup>298</sup> El art. 76.3 LJS establece que: “podrá formularse también petición de práctica de otras diligencias y averiguaciones necesarias para preparar el juicio de las previstas en el artículo 256 de la ley de Enjuiciamiento Civil”. Y el art. 76.4 LJS expone que: “cuando la realización de la diligencia solicitada pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juzgado o tribunal, de no mediar el consentimiento del afectado, podrá autorizar dicha actuación en la forma y con las garantías establecidas en los apartados 4 a 6 del artículo 90”.



VI

---

LÍMITES: TÍTULOS LEGITIMADORES Y  
SUSPENSIÓN DEL DERECHO



## LÍMITES: TÍTULOS LEGITIMADORES Y SUSPENSIÓN DEL DERECHO

### VI.1 SU ENUMERACIÓN TAXATIVA

Dentro del capítulo IV hemos tratado de las características del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, y tal como ocurre con los demás derechos fundamentales, afirmamos que no es un derecho absoluto, sino que podemos encontrar límites en su ejercicio.

En el caso de la inviolabilidad domiciliaria, la propia CE, en su art. 18.2, ha optado por ofrecer unos límites específicos al ejercicio del derecho. La doctrina científica les ha otorgado distinta denominación. Algunos autores utilizan la expresión: “límites”<sup>299</sup> al ejercicio del derecho; otros hablan de “excepciones”<sup>300</sup> o “supuestos normales de limitación”<sup>301</sup>. Algunos también expresan que se trata de unos títulos que legitiman legalmente la injerencia. En concreto, ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>302</sup> los denomina: “títulos legitimadores” de la entrada y registro. Así, este autor señala que: *“el citado derecho se erige, de forma exclusiva frente a las pretensiones ilegítimas de entrada, no pudiendo tildarse de tales aquéllas que se efectúan sobre la base y con adecuación a los referidos títulos, los cuales, mas que limitar el mencionado derecho, delimitan, de modo negativo el contenido del mismo.”*

---

<sup>299</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Página 166. Este autor utiliza la expresión: “limitaciones o excepciones”. MATÍA PORTILLA, F. J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”* Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 233. FIGUEROA NAVARRO, CARMEN: “Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 145. Esta autora utiliza tanto la expresión “límites” como “excepciones”.

<sup>300</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 107.

<sup>301</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, M.B.: *“Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código Penal”*. Editorial Comares. Página 158.

<sup>302</sup> ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 180.

Con independencia de la expresión utilizada, la idea que existen unas limitaciones a la inviolabilidad domiciliaria está presente en la doctrina científica y también en la jurisprudencia del TC. Concretamente, establece el TC<sup>303</sup> que *“sin embargo, no es un derecho absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo, y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho(SSTC57/1994, de 29 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo FJ6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ4; 70/2002, de 3 de abril, FJ10)”*.

Este carácter limitado del derecho fundamental significa, siguiendo a MATÍA PORTILLA<sup>304</sup>, que el derecho: *“no puede prevalecer (ya sea frente al Estado, ya frente a los particulares) en todo caso, y en cualquier circunstancia”*

De este modo, la CE otorga unos límites precisos que permiten la injerencia en el derecho fundamental. Concretamente, los que figuran en el art. 18.2 CE son el consentimiento del titular, la resolución judicial y el delito flagrante.

La primera cuestión que suscita una proclamación tan expeditiva realizada por el texto constitucional, es la de si esa enumeración es taxativa o permite la existencia de cualquier otro límite al ejercicio del derecho. Lo que resulta evidente es que la descripción que hace la CE de los supuestos legitimadores de la entrada y registro en el art. 18.2 tienen una notable rigidez.

En este sentido, FIGUEROA NAVARRO<sup>305</sup> expresa que los términos en que está redactado el precepto son singularmente rígidos, o

---

<sup>303</sup> sentencia TC 89/2006, de 27 de marzo, f. j. 3º.

<sup>304</sup> MATÍA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 234.

categoricos. Ello determina la imposibilidad de ampliación del precepto a supuestos distintos. Pero no agota el debate sobre su taxatividad, pues desde la redacción del precepto en los debates parlamentarios<sup>306</sup>, se pensó en la conveniencia de prever situaciones extraordinarias de acceso al domicilio.

Concretamente, MARTÍN RETORTILLO BAQUER<sup>307</sup> en la Comisión Constitucional del Senado propuso la introducción de una enmienda fundada en permitir las entradas domiciliarias basadas en el auxilio a la vida, de carácter sanitario o de calamidad. Concretamente, la propuesta establecía el siguiente texto literal: *“Por ley orgánica podría autorizarse con carácter excepcional el acceso al domicilio por estrictas razones de auxilio a la vida, sanitarias o de calamidad”*.

Dicha enmienda no fue aceptada, pero ya denota la realidad de la existencia de otra causa no incluida en el texto constitucional, y que hace referencia a la existencia de un estado de necesidad. Tal cuestión la trataremos con posterioridad con detalle dentro de este capítulo, por lo que en lo que a este punto concierne, conviene hacer referencia a que nos encontramos más, ante cuatro supuestos de entradas domiciliarias legítimas, que ante tres.

A ello se refiere ALONSO DE ANTONIO<sup>308</sup> cuando afirma que: *“por tanto, las excepciones a la inviolabilidad del domicilio según el ordenamiento jurídico español se contemplan no sólo en la Constitución sino también en*

---

<sup>305</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 146.

<sup>306</sup> Véase lo apuntado a propósito de las diversas redacciones que tuvo el art. 18.2 CE durante la tramitación parlamentaria de la CE en el capítulo V de esta monografía.

<sup>307</sup> Recogido por GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Página 201.

<sup>308</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 109. En el mismo sentido, FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid, 1998. Página 149; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Páginas 201-205.

*normas ordinarias y en consecuencia no son tres sino cuatro, aunque las que requieren mayor rigor en su aplicación son las que figuran en el artículo 18.2 de la Constitución”.*

Por tanto, los supuestos de entrada y registro legítimos han de ser rigurosos y de interpretación restrictiva, pero debe prevalecer una acomodación del texto legal a conceptos constitucionales igualmente legítimos, que MATÍA PORTILLA<sup>309</sup> relaciona con el concepto de orden público constitucional, que incardina en el art. 10.1 CE, de tal modo que los derechos fundamentales, el orden político y la paz social son términos equivalentes. Por ello, caben limitaciones al derecho fundamental analizado basadas en criterios que no tienen porque estar expresamente previstos en el texto constitucional.

No por ello, debe caerse en la premisa de que las causas de entrada legítima en el domicilio son meramente indicativas. En este sentido, su taxatividad es preconizada por la doctrina, tal como hemos expuesto. Y también este carácter taxativo y riguroso se manifiesta en las resoluciones del TC. En este sentido, dicho tribunal<sup>310</sup> afirma su carácter taxativo haciendo referencia a las contenidas en el texto constitucional, y en otras ocasiones, incluyendo también el estado de necesidad<sup>311</sup>.

Sin embargo, no es este criterio de enunciación rigurosa en el texto constitucional el criterio mayoritario del constitucionalismo tradicional

---

<sup>309</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: “*El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*”. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 240-249.

<sup>310</sup> sentencia TC 341/1993, de 18 de noviembre establece en su f.j.8º: “*previsión constitucional que tiene un carácter rigurosamente «taxativo. (STC 160/1991, fundamento jurídico 8º). Se sigue de ello, claro está, que las excepciones así dispuestas por la Constitución son pieza fundamental para la identificación del objeto del derecho (qué sea la «inviolabilidad domiciliaria) y de su contenido propio (facultad de rechazo del titular frente a toda pretensión ilegítima de entrada) y también, en relación con ello, para controlar las regulaciones legales y las demás actuaciones públicas que puedan afectar a este derecho fundamental*”. También las sentencias TC 22/1984, de 17 de febrero, f.j. 3º; 136/2000, de 29 de mayo, f.j. 3º; 10/2002, de 17 de enero, f.j. 5º.

<sup>311</sup> sentencias TC 133/1995, de 25 de septiembre, f.j. 4º; 239/2006, de 17 de julio, f.j. 6º, entre otras.

español. Algunas de nuestras Constituciones han establecido una remisión a la ley para establecer los supuestos de entrada y registro domiciliario. Tal como vimos en el Capítulo I, a propósito de la evolución histórica de este derecho, la remisión a la ley para fijar estos criterios está presente en las Constituciones de 1812, 1837, 1845 y 1876. No siguen el criterio de la remisión a la ley las Constituciones de 1869 y 1931.

No obstante, el hecho de que la CE señale expresamente los supuestos legítimos de entrada y registro ha sido valorado por la doctrina científica como una garantía más intensa en el reconocimiento de los derechos fundamentales. En este sentido, PÉREZ TREMPs<sup>312</sup> señala que: *“la técnica de enumeración expresa de supuestos, en vez de remisión al legislador, como es frecuente en derecho comparado, supone un mayor rigor garantista”*.

## VI.2 EL ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad constituye un supuesto de entrada domiciliaria legítima no contemplado expresamente en la norma constitucional. Ello es recogido, como se ha visto en el epígrafe anterior, por la jurisprudencia del TC y también por la doctrina científica<sup>313</sup>.

La noción de estado de necesidad es tributaria del campo penal, y para acercarnos a su concepto debemos, sin duda, ver su regulación actual en el CP. Dicho código recoge el estado de necesidad como una eximente en el art. 20.5º, que textualmente establece:

---

<sup>312</sup> PÉREZ TREMPs, P. y otros: *“Curso de Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos”*. Editorial Tirant lo Blanch. 5ª edición. Página 236. En el mismo sentido, ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 108;

<sup>313</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Páginas 108-109; FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Páginas 148-150; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Páginas 201-205; MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 393-395; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Páginas 184-185.

*“El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

*Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.*

*Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.*

*Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.*

Por ello, para abordar un concepto de estado de necesidad, es conveniente fijarse en la doctrina penalista. Concretamente, COBO DEL ROSAL<sup>314</sup> expone que el estado de necesidad es: *“una situación en la que existe, para un determinado bien, el peligro de un quebranto grave que solamente puede ser evitado mediante el sacrificio de bienes jurídicos ajenos”.*

De este modo, el estado de necesidad precisará una situación en la que exista un peligro real e inminente para algún o algunos de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que lesionar uno de ellos para evitar dañar el otro.

Es, por tanto, un supuesto de colisión de derechos. En este caso, se verá afectada la inviolabilidad domiciliaria, y habrá que analizar cuál es el derecho que se pretende preservar con la violación de la injerencia en el domicilio.

En cualquier caso, consideramos que el estado de necesidad podrá constituir una injerencia legítima en el domicilio, que habrá de valorarse en el caso concreto. No obstante, esta situación no será aplicable al registro domiciliario, pues es congruente una entrada domiciliaria para

---

<sup>314</sup> COBO DEL ROSAL, M.: *“Derecho Penal. Parte General”*. 5ª edición. Editorial Tirant lo Blanch. 1999. Página 515.

proteger la vida, la salud o la integridad de las personas; para evitar una catástrofe o calamidad (como una inundación o incendio); pero no para registrar el domicilio. Éste no puede constituir una conducta ordenada a precaverse de un mal, sino que, en todo caso, será un exceso respecto de la entrada domiciliaria, que debiera considerarse ilícito.

GONZÁLEZ TREVIJANO<sup>315</sup> recoge como una causa de justificación el supuesto contemplado en el art. 491 del CP de 1973, que establecía a propósito del allanamiento de morada la exención de responsabilidad del que entraba en morada ajena: *“para evitar un mal grave a sí mismo o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio humanitario o a la justicia”*.

Dicha norma no ha sido recogida en la actual regulación del delito de allanamiento de morada que contiene el vigente CP, toda vez que está contemplada con carácter general en el citado art. 20.5º.

La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana<sup>316</sup> establecía a propósito de las entradas domiciliarias un supuesto específico de estado de necesidad habilitante. El art. 21.3 de dicha ley exponía que: *“será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad”*.

De este modo, ha existido una norma específica referida al derecho a la inviolabilidad domiciliaria, que legitima distintos supuestos de estados de necesidad para permitir las entradas domiciliarias.

En la actualidad, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana expone en su art. 17 que: *“1. Los*

---

<sup>315</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Página 203.

<sup>316</sup> Dicha ley ha sido derogada por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

*agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las Leyes. 2. Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad. 3. Para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas, no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo. 4. Cuando por las causas previstas en este artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entren en un domicilio particular, remitirán sin dilación el acta o atestado que instruyan a la autoridad judicial competente”.*

La redacción del precepto en vigor (art. 17.2), reproduce literalmente el precepto derogado de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero (art. 21.3). En este sentido, y en consonancia con la reflexión expuesta en párrafos precedentes, el supuesto de estado de necesidad que contempla la norma habilita exclusivamente para la entrada domiciliaria, pero no para el registro.

El TS<sup>317</sup> ha tenido ocasión de fijar los criterios para apreciar el estado de necesidad, y ha considerado que para determinar su existencia se

---

<sup>317</sup> La sentencia TS de 15 de febrero de 2002 (La Ley 36662/2002), f.j. 2º ha estimado que respecto de la situación de necesidad es preciso: *a) que sea real y objetiva, en consonancia con el fundamento justificativo de la exención, que no es otro que la prevalencia o salvaguarda del interés preponderante frente al de menor valor. Debe excluirse el estado de necesidad putativo, cuyas consecuencias, habría que reconducirlas a la teoría del error. b) que el peligro de lesión del bien jurídico, sea inminente o próximo. Si el transcurso del tiempo puede aportar soluciones al conflicto, debería esperarse antes que cometer el hecho delictivo. c) el conflicto y el peligro o riesgo que conlleva han de ser inevitables, esto es, la situación de colisión no debe poder eludirse recurriendo a otros medios lícitos que no sea la destrucción o sacrificio de bienes jurídicos ajenos”.* La sentencia TS 6389/2013, de 16 de diciembre, f.j.5º (identificación CENDOJ 28079120012013101024)

ha estimado que el estado de necesidad requiere: *“a) Pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo. b) Necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro. c) Que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende*

deben producir unas determinadas circunstancias que constituyan causa de justificación suficiente, que en base a la jurisprudencia analizada, podemos sintetizar en las siguientes:

- Que la situación de peligro o necesidad sea real, excluyendo los supuestos de error, o las apreciaciones puramente subjetivas.
- Que el bien que se trate de evitar sea inminente. No se dará el supuesto en el caso de que la entrada domiciliaria pueda postergarse o pueda solicitarse la correspondiente orden judicial que la legitime.
- Que ha de ponderarse la injerencia en el bien protegido, para determinar si el mal que se trata de evitar precisa de dicha injerencia, y no se ha podido evitar por otros medios.

El estado de necesidad como causa habilitante para la entrada domiciliaria está avalado por el TC<sup>318</sup> desde la sentencia 22/1984, de 17 de febrero, la cual dispone que: *“sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante y salvo, naturalmente, la hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con el estado de necesidad.*

Por su parte, las resoluciones de las Audiencias Provinciales también han avalado en supuestos concretos, y en distintos órdenes jurisdiccionales, la posibilidad de considerar al estado de necesidad como

---

*evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que "a posteriori" corresponderá formular a los Tribunales de Justicia. d) Que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación. e) Que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual”.* En el mismo sentido, sentencias TS 5082/2013, de 18 de octubre, f.j. 5º ( identificación CENDOJ 28079120012013100772) TS 924/2003, de 23 de junio, f.j. 3º ( identificación CENDOJ 28079120012003103398); 186/2005, de 10 de febrero, f.j.3º ( identificación CENDOJ 28079120012005100193).

<sup>318</sup> sentencia TC 22/1984, de 17 de febrero, f.j 5º. En el mismo sentido, las sentencias TC 133/1995, de 25 de septiembre, f.j. 4º; 94/1999, de 31 de mayo, f.j. 3º; 171/1999, de 27 de septiembre, f.j. 11º; 239/2006, de 17 de julio, f.j. 6º, entre otras.

situación habilitante para la entrada domiciliaria, como veremos a continuación.

En concreto, en un supuesto de resolución contractual de arrendamiento<sup>319</sup> por actividades insalubres de la arrendataria, se legitima la entrada de la policía estando la puerta del domicilio abierta y no contestando los moradores al timbre, ante la posibilidad de la existencia de problemas de salud de los mismos.

En un caso de entrada realizada por los bomberos<sup>320</sup>, a los que siguen la policía judicial, ante la existencia de un reguero de sangre que lleva a la puerta del domicilio, considera la sala que está justificada la entrada, tanto en base al delito flagrante como al estado de necesidad, con el objeto de prevenir o impedir la comisión de un posible delito contra la vida o la integridad de las personas, dada la existencia de personas heridas en dicho domicilio. Tras la entrada domiciliaria, se aprecia por la policía la posibilidad de existencia de drogas, y se solicita para registrar el domicilio una autorización judicial para perseguir un delito contra la salud pública. Con ello, parece mantenerse el mismo criterio aquí planteado, de considerar al estado de necesidad como válido para justificar la entrada domiciliaria, pero no para el registro subsiguiente, que sí precisaría una específica orden judicial.

### VI.3 SUSPENSIÓN DEL DERECHO

Tal como hemos señalado en epígrafe III.2, los derechos fundamentales no son ilimitados, y están sometidos a restricciones de muy diversa índole.

---

<sup>319</sup> sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 28 de marzo de 2012, f.j.4(La Ley 554981/2012).

<sup>320</sup> sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª, de 12 de enero de 2011, f.j.1.7º (La Ley 8066/2011).

La CE cierra el Título I referido a los derechos fundamentales con el Capítulo V, que lleva por rúbrica: “De la suspensión de los derechos y libertades”. Está compuesto por el art. 55 CE, que consta de dos párrafos. En el primero, alude a la declaración de los estados de excepción y sitio; en el segundo, a la posibilidad de suspensión de derechos con motivo de la investigación por la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Los estados excepción y sitio, se declararán “en los términos previstos en la Constitución”. La CE completa dicha regulación con el art. 116, que prevé la existencia de tres estados diferentes: alarma, excepción y sitio. Este art. remite a una Ley Orgánica para su desarrollo. Dicha ley es la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio.

Este marco constitucional y legal constituye la normativa en virtud de la cual ha de procederse a suspender derechos y libertades de los ciudadanos, en aras a preservar otros derechos y valores, también de rango constitucional. Por ello, se ha considerado tal regulación como un “derecho de excepción”<sup>321</sup> o como el medio necesario para preservar el “orden público constitucional”<sup>322</sup>.

Junto con la limitación en el ejercicio de derechos y libertades, las situaciones excepcionales reequilibran las funciones de los poderes del Estado, atribuyendo mayor peso a las decisiones del poder ejecutivo, en aras de articular mecanismos rápidos de intervención gubernativa. No por ello puede entenderse, que tales situaciones suponen una derogación de los derechos establecidos en la CE, sino que lo que ésta establece es

---

<sup>321</sup>GARCÍA MORCILLO, J. y otros: “Curso de Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos”. Editorial Tirant lo Blanch. 5ª edición. Página 466; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: “El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 127.

<sup>322</sup>MATÍA PORTILLA, F.J.: “El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 382.

una “suspensión” de derechos, suspensión que ha de ser de carácter limitado a los supuestos previstos legalmente, tal como señala el artículo 116.1 CE; y de carácter transitorio, pues debe restablecerse plenamente la situación de normalidad una vez que la perturbación desaparezca.

La CE regula en su art. 55 dos supuestos muy diferentes que estudiaremos por separado. En el art. 55.1 se establece la posibilidad de suspender de modo general derechos y libertades, entre otros, el de inviolabilidad domiciliaria, en el caso de que se declaren los estados de excepción y sitio. En el art. 55.2 se prevé la posibilidad de suspender también, en este caso, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, en relación con la investigación por actuaciones de bandas armadas o elementos terroristas.

A nivel internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su art. 15 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York en el art. 4, permiten que por situaciones de urgencia, que en el citado art. 15 se concretan en situaciones de guerra o de peligro público que amenace la vida de la nación, puedan derogarse las obligaciones establecidas en el Convenio. No obstante, dichas medidas han de venir impuestas en la medida estricta que exija la situación. Y el art. 15.3 del citado Convenio establece la obligación de ponerlo en conocimiento del Secretario General del Consejo de Europa, tanto en cuanto a las medidas tomadas, como a los motivos adoptados para ello.

### **VI.3.1 Suspensión general del derecho**

La CE aborda, de un modo general, los supuestos en que se producen situaciones que alteran la normalidad de la sociedad por muy diversas causas, y precisan que el ordenamiento jurídico se dote de mecanismos legales que puedan afrontar con éxito dichas situaciones. En este sentido, el art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio establece la necesidad de estas medidas excepcionales: *“cuando circunstancias*

*extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes”.*

Dichas medidas van a otorgar, por tanto, poderes excepcionales a la autoridad gubernativa. Estos poderes han de ser limitados al tiempo indispensable para restaurar la situación precedente, y han de ejercerse de forma proporcionada a las circunstancias, tal como establece el art. 1.2 de la citada ley. Además, la privación de los derechos y libertades dependerá, en cada caso, de que estén expresamente previstas en la declaración del estado que se proclame, y deben también delimitar un ámbito espacial y temporal de aplicación.

En función de la gravedad de las circunstancias anómalas que se han de afrontar se prevén tres tipos de estados diferentes. La gravedad del reto a que ha de hacer frente el Estado, determina la importancia de las medidas que se pueden adoptar al respecto, y los mecanismos constitucionales para su realización se van progresivamente haciendo más complejos y rigurosos.

El estado de alarma constituye el peldaño más liviano de los regulados. Es decretado directamente por el Gobierno cuando se dé una de las situaciones contempladas en el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981. En el diseño constitucional de este estado excepcional no se prevé que con él se afecte a ningún derecho fundamental, tal como establece el art. 55 CE. Ello no sólo es recogido por la CE, sino por la doctrina científica<sup>323</sup>, dado

---

<sup>323</sup>GARCÍA MORCILLO, J. y otros: “Curso de Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos”. Volumen I. Editorial Tirant lo Blanch. 5ª edición. Página 469; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: “El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”. Editorial Colex. Madrid.1993.Página 126; MATÍA PORTILLA, F.J.: “El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997, página 379-380; FIGUEROA NAVARRO, C.: “Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 214; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: “La inviolabilidad del domicilio”. Editorial Tecnos. 1992. Página 206.

los términos tan expeditivos en los que está redactado el texto constitucional.

No obstante, entre las medidas que acoge la ley cuando se declara el estado de alarma, está la establecida en el art. 11 c) de la Ley Orgánica 4/1981: *“Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta a los Ministerios interesados.”*.

En primer lugar, habría que tener en cuenta la idea tradicional de que el derecho a la inviolabilidad del domicilio estaba referido exclusivamente a domicilios privados de personas físicas, y este criterio parece ser que late en el texto de la ley, pues excluye de la ocupación a los domicilios privados. Con ello, parece que salvaguarda el derecho del art. 18.2 CE, que queda afectado en los casos de declaración de los estados de excepción y sitio, que son los que legalmente permiten la injerencia en el citado derecho a la protección domiciliaria.

Sin embargo, y tal como hemos establecido en el Capítulo IV, el derecho del art. 18.2 CE se puede proyectar también a los inmuebles a que se refiere el artículo 11 c) de la Ley Orgánica 4/1981. En primer lugar, porque la protección domiciliaria se extiende a las personas jurídicas, y el domicilio de éstas puede ser el objeto de una declaración del estado de alarma, que alude a la ocupación de industrias, fábricas, talleres, locales. En segundo lugar, porque el domicilio constitucionalmente protegido, puede ser también el lugar de desarrollo de la actividad mercantil o comercial de una persona física, tal como un taller o local.

Como el derecho de excepción ha de entenderse limitado y de interpretación restrictiva, la suspensión del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, en caso de declaración del estado de alarma, no estará en ningún caso suspendido, y el artículo 18.2 CE y su interpretación constitucional estará plenamente vigente.

Por ello, la ocupación de estos inmuebles habrá de hacerse respetando la inviolabilidad domiciliaria, y por ello, debemos entender que la ocupación no podrá realizarse respecto de aquéllos que constituyan el centro de negocios o el lugar de custodia de los documentos, es decir, aquéllos en los que se desarrolla la actividad profesional o comercial: donde se toman las decisiones; se discute la trayectoria de la empresa; se guardan los documentos de la misma. Es decir, los lugares en los que se realiza y se guarda la actividad privada, o sea, donde dicha persona, ya sea física o jurídica, ejerce su derecho a la privacidad. Este ha de ser, sin duda, el término de exclusión que utiliza la ley al hablar de “domicilios privados”.

No existe ninguna experiencia práctica en la materia, pues desde la vigencia de la Constitución solo en una ocasión se ha declarado el estado de alarma<sup>324</sup>, y ha sido en un supuesto que nada afecta al derecho que estamos analizando. Los estados de excepción y sitio no han sido declarados nunca.

Frente a este supuesto, los estados de excepción y sitio sí permiten la suspensión del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, según el art. 55.1 de la CE. Su desarrollo legal se recoge en los arts. 17 y 32 de la Ley Orgánica 4/1981.

No suponen una limitación general de los derechos, sino una limitación de las garantías de estos derechos. En este sentido, ALONSO DE ANTONIO<sup>325</sup> afirma que: *“realmente más que de suspensión de derechos sería más oportuno hablar de suspensión de garantías pues en definitiva lo que sucede en estas ocasiones es que el aspecto procedimental se ve alterado por la*

---

<sup>324</sup> El estado de alarma fue proclamado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público estatal del transporte aéreo, y se trató de un caso de conflicto con los controladores del tránsito aéreo para garantizar la apertura del espacio aéreo español.

<sup>325</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 123.

*sustitución o directa eliminación de algunos extremos que en situaciones de normalidad se consideran esenciales”.*

De este modo, el art. 17 de la Ley Orgánica 4/1981 establece un mecanismo de control judicial de la injerencia en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria inversa a la establecida en el art. 18.2 CE, pues el registro domiciliario se produce a iniciativa de la autoridad gubernativa, y el control jurisdiccional es posterior a su práctica.

Concretamente, las medidas contempladas en el art. 17.1 de la Ley Orgánica 4/1981 son las inspecciones y registros domiciliarios, y su justificación se halla en el esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público.

Inicialmente, se halla una diferencia también en la acción contemplada en este precepto y en el previo art. 11 de la Ley Orgánica 4/1981. La medida prevista para el estado de alarma tenía que ver con la entrada domiciliaria, aunque quizá prevista para un grado significativo de permanencia, dado que el texto de la ley utiliza el término “ocupación”, lo que puede ser necesario para los objetivos pretendidos de paliar catástrofes, crisis sanitarias, desabastecimientos de bienes, etc.

En cambio, la declaración del estado de excepción y sitio va destinada directamente a inspeccionar y registrar los inmuebles. Es, por tanto, una conducta de mayor injerencia en el derecho fundamental, pues precisa un examen minucioso de los bienes del afectado. Ello es coherente con la mayor gravedad de las situaciones amparadas en unos u otros estados.

Las limitaciones al derecho a la inviolabilidad domiciliaria previstas en la ley tienen un marcado carácter procedimental. En este sentido, la actuación gubernativa está revestida de ciertos controles formales, lo que impide una actuación arbitraria. Estos requisitos son los siguientes:

- 1) La intervención gubernativa ha de realizarse por la autoridad o sus agentes, y debe contar con una orden de registro formal y escrita. Ello contribuye a dar una notable seguridad jurídica al registro, pues esta orden deberá contener las circunstancias relevantes relativas al lugar, tiempo, domicilio afectado, etc, en circunstancias similares a la resolución judicial.
- 2) El registro o reconocimiento ha de contar con la presencia del titular del domicilio o encargado del mismo, o por uno o más individuos de su familia mayores de edad, salvo imposibilidad por no ser hallados. Además, debe contar con dos vecinos. Estos habrán de considerarse como testigos de dicha intervención, lo que confiere al acto una mayor publicidad y veracidad.
- 3) El levantamiento de un acta detallada, lo que permite un control judicial efectivo, aunque sea “a posteriori”.
- 4) La comunicación del registro a la autoridad judicial ha de hacerse inmediatamente, con toda la información sustancial: causa del registro, resultados obtenidos, copia del acta.

Dado que la intervención es gubernativa y que la comunicación a la autoridad judicial es posterior al registro, habrá de entenderse que no requiere de la presencia del secretario judicial, al ser éste fedatario de las actuaciones judiciales, tal como proclama el art. 452.1 <sup>326</sup>LOPJ.

---

<sup>326</sup> “Los secretarios judiciales desempeñarán sus funciones con sujeción al principio de legalidad e imparcialidad en todo caso, al de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial, así como al de unidad de actuación y dependencia jerárquica en todas las demás que les encomienden esta ley y las normas de procedimiento respectivo, así como su reglamento orgánico. Las funciones de los secretarios judiciales no serán objeto de delegación ni de habilitación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 451.3”. Tras la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los secretarios judiciales han pasado a denominarse: “Letrados de la Administración de Justicia”.

Por último, ha de entenderse que la suspensión de garantías establecida en los casos de estados de excepción no perturba el ejercicio legítimo de los derechos de los ciudadanos. Ello se desprende de un conjunto de disposiciones normativas.

En primer lugar, el art. 55.2 CE “in fine” establece la responsabilidad penal por la utilización injustificada o abusiva de las facultades conferidas en la Ley 4/1981.

En segundo lugar, el art. 116.6 CE dispone que la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no modifica la responsabilidad general del Gobierno o de sus agentes reconocida en la Constitución o en las leyes.

En tercer lugar, el art. 3.1 de la Ley Orgánica 4/1981 establece que los actos y disposiciones dictados bajo la vigencia de los estados excepcionales serán impugnables en vía jurisdiccional, tal como ocurre con cualquier otro acto o disposición. El mismo precepto, en su párrafo segundo, proclama el derecho a indemnización de los afectados por actos realizados durante la vigencia de los estados excepcionales por los daños sufridos en su persona, derechos o bienes.

### **VI.3.2 Suspensión individual del derecho**

Junto al carácter general de los estados excepcionales vistos anteriormente, el art. 55 CE contiene un segundo párrafo, en el que se consagra una suspensión de derechos fundamentales basada, no ya en la declaración generalizada de situaciones excepcionales, sino en la respuesta constitucionalizada a perturbaciones del orden y de la convivencia pacífica del sistema democrático motivadas por el fenómeno terrorista.

---

En este sentido, SÁNCHEZ AGESTA<sup>327</sup> explica la citada disposición al afirmar que: *“por último, las circunstancias mismas en que nació la Constitución, en un ambiente enrarecido por los atentados terroristas, hizo que se estableciera una cláusula especial para facilitar las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”*.

Esta situación de la sociedad española sacudida por el fenómeno terrorista determina que el art. 55.2 CE establezca que: *“una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”*.

La diferencia con el supuesto regulado en el art. 55.1 CE es evidente. No se trata una reacción del Estado establecida de una manera generalizada, y que afecta al conjunto de la población dentro de su ámbito temporal y territorial de aplicación, sino que se dirige exclusivamente a un sector concreto de la población relacionado con la criminalidad organizada, y que se concreta en el concepto de banda armada y de terrorismo.

Las situaciones previstas para los estados de excepción regulados en la CE no han sido apenas utilizadas. Tal como apuntamos antes, la única experiencia democrática española fue la declaración del estado de alarma en una sola ocasión. En cambio, la legislación de desarrollo del art. 55.2 CE ha sido muy abundante. Sin duda, por la persistencia en el tiempo del fenómeno terrorista. No obstante, habrá que convenir que la utilización

---

<sup>327</sup> SÁNCHEZ AGESTA, L.: *“Sistema político de la Constitución Española de 1978”*. Editora Nacional.1980. Página 179.

de esta legislación es plenamente facultativa, pues el citado art. 55.2 CE no introduce un mandato obligatorio al legislador.

Ello lo ha resaltado la doctrina científica<sup>328</sup>, como hizo también la jurisprudencia del TC en la sentencia 25/1981, de 14 de julio, que estableció en su f.j. 4º “in fine” que: *“tratándose, como se ve, de una ley orgánica de carácter facultativo y no preceptivo, y con independencia de cual sea su contenido normativo, el juicio acerca de su conveniencia o necesidad corresponde a las Cortes Generales”*.

En base a la habilitación legal establecida en el art. 55.2 CE se dictó la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre. Dicha norma fue posteriormente derogada por la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. Esta legislación fue posteriormente derogada por las Leyes Orgánicas 3/1988, de Reforma del Código Penal y 4/1988, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ambas de 25 de mayo<sup>329</sup>.

Esta última ley es la que introduce de forma definitiva en la legislación procesal común las normas excepcionales relativas al desarrollo del art. 55.2 de CE, lo que ha motivado la crítica de FERNÁNDEZ SEGADO<sup>330</sup>, el cual afirma que: *“finalmente, solo nos resta decir que la incorporación al régimen penal y procesal–criminal común de*

---

<sup>328</sup> DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *“Sistema de derechos fundamentales”*. Editorial Thomson-civitas. 2ª edición. Página.118; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *“El sistema constitucional español”* Editorial Dykinson S.L. Madrid 1992. Página 507; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Páginas 128-129; SÁNCHEZ AGESTA, L.: *“Sistema político de la Constitución Española de 1978”*. Editora Nacional.1980. Página 179.

<sup>329</sup> Cada una de dichas leyes fue recurrida ante el TC, dando lugar a las sentencias 25/1981, de 14 de julio (a propósito de la LO 11/1980, de 1 de diciembre); sentencia TC 199/1987, de 16 de diciembre( a propósito de la LO 9/1984, de 26 de diciembre); sentencia TC 89/1993, de 12 de marzo( a propósito de la LO 3/1988, de 25 de mayo); sentencia TC 71/1994, de 3 de marzo ( a propósito de la LO 4/1988, de 25 de mayo).

<sup>330</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *“El sistema constitucional español”*. Editorial Dykinson S.L. Madrid. 1992. Página 507.

*facultades administrativas un tanto excepcionales, pensadas más bien para normas de desarrollo del artículo 55.2, aunque hayan sido dulcificadas en alguna medida, se nos antoja difícilmente compatible con las normas constitucionales”.*

El art. 55.2 CE posibilita la suspensión de tres derechos fundamentales: el plazo máximo de detención preventiva del art. 17.2 CE; el derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2; y el secreto de las comunicaciones del art. 18.3. Entra, por tanto, en la materia de estudio de este estudio, al afectar al derecho que analizamos.

La previsión legal está contenida en el art. 553 LECRIM, tal como fue establecido por la citada Ley Orgánica 4/1998, de 25 de mayo. Establece este art. que: *“los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido. Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos”.*

En primer lugar, conviene precisar que esta legislación va destinada a actuaciones relacionadas con bandas armadas o con actos terroristas. El concepto de lo que haya de entenderse por ambos conceptos ha venido determinado por la propia jurisprudencia del TC. La sentencia TC 199/1987, de 16 de diciembre (f.j.4<sup>a</sup>) concibe al fenómeno terrorista con

una característica: *“de violencia social o política organizada”*, y con una finalidad de: *“de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva”*.

La Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, da un concepto legal de organización terrorista<sup>331</sup>, y se describen los delitos de terrorismo<sup>332</sup>.

Al concepto de banda armada se refiere también la sentencia TC 199/1987, de 16 de diciembre como *“grupos u organizaciones criminales, sin objetivo político alguno”*, pero que sean asimilables al fenómeno terrorista al crear una sensación de alarma o de emergencia en la seguridad pública similar a la de los terroristas. El concepto de banda armada, establece esta sentencia: *“ha de ser interpretado restrictivamente, y en conexión en su trascendencia y alcance, con el de elementos terroristas mencionado en el precepto constitucional”*.

---

<sup>331</sup> El art. 571 CP dispone que: *“a los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente”*.

<sup>332</sup> El art. 573.1 CP señala que: *“se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades: 1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.ª Alterar gravemente la paz pública. 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella. 2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior. 3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo”*.

Ello acota ya notablemente la legislación de desarrollo al afectar a derechos fundamentales de los ciudadanos. No obstante, tal como ha sido redactado el art. 553 LECRIM, y en lo que atañe a la inviolabilidad domiciliaria, permite que la situación excepcional de entrada y registro domiciliario se proyecte no solo respecto de los miembros de una banda armada o terrorista, sino de cualquier casa en la que se hayan podido refugiar los mismos. Tal como expone FERNÁNDEZ SEGADO<sup>333</sup> ello supone un amplísimo ámbito subjetivo para la suspensión.

La suspensión del derecho a la inviolabilidad domiciliaria se centra en prescindir de un elemento de garantía esencial del precepto constitucional, y es la previa autorización judicial. No se elimina ésta totalmente, sino que se produce “a posteriori”, pues los agentes de policía deben comunicar al juez competente, no sólo el hecho del registro, sino todos los datos significativos.

Esta intervención judicial posterior es plena de contenido y de atribuciones. Así lo confirmó el TC en la citada sentencia 199/1987, de 16 de diciembre (f. j. 9º), que proclama: *“del precepto no se deduce limitación alguna de las facultades judiciales al respecto, sino una obligación de la autoridad gubernativa de puesta en conocimiento, la cual en cada caso, será a los efectos pertinentes, conservando siempre el Juez todas las facultades que el ordenamiento le reconoce para adoptar las medidas y decisiones que estime pertinentes al respecto. Y, desde luego, en relación con los casos excepcionales de detención inmediata, le corresponderá verificar si las circunstancias del caso han justificado la penetración en el domicilio, sin la previa autorización judicial”*.

Dicha doctrina consagra plenamente la revisión jurisdiccional de la actuación gubernativa previa, y las consecuencias procesales y legales que los defectos en la aplicación de este precepto puedan derivar, que van

---

<sup>333</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *“El sistema constitucional español”*. Editorial Dykinson S.L. Madrid. 1992. Página 507.

desde la nulidad de lo actuado y de las pruebas obtenidas de acuerdo al art. 11 LOPJ, hasta las sanciones administrativas o penales que puedan deducirse de la actuación ilegal de los agentes de policía.

Menor importancia práctica ha supuesto el necesario control parlamentario al que se refiere el art. 55.2 CE. El art. 553 LECRIM, redactado por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, fue impugnado ante el TC por el Parlamento vasco y catalán. Concretamente, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento vasco se refería a la falta de una regulación legal del “adecuado control parlamentario” que exige el art. 55.2 CE. En la Ley Orgánica precedente 9/1982, de 26 de diciembre sí que se articula un control parlamentario específico<sup>334</sup>.

La sentencia TC 71/1994, de 3 de marzo, rechaza el recurso planteado al entender que: *“el art. 55.2 de la Constitución impone el «adecuado control parlamentario», pero no obliga a que sea precisamente en la Ley Orgánica que determine la forma y los casos de la suspensión donde haya de regularse ese «adecuado control parlamentario», ni tampoco obliga a que el mismo consista en la previsión de algún tipo, procedimiento o mecanismo tasado de control singular y específico, para los casos del art. 55.2 de la Constitución. Y como este precepto constitucional no fuerza a ninguna de las dos cosas, es perfectamente lícita la opción del legislador de que, en una determinada coyuntura, sea «adecuado» o suficiente el control parlamentario ejercido con arreglo a lo que prevean los Reglamentos de las Cámaras u otras normas de Derecho parlamentario, en las que, desde luego, nada impide que se desarrolle especialmente el control parlamentario a que se refiere el art. 55.2 de la Constitución. El silencio de la Ley Orgánica en este punto sólo tiene un sentido: dejar a la decisión de las Cámaras la opción de establecer o no establecer un régimen especial relativo al «adecuado control parlamentario», lo que no es contrario a la Constitución”*.

---

<sup>334</sup> El art. 18.2 de esta ley establecía que: *“sin perjuicio de los demás medios de control parlamentario que prevean los Reglamentos del Congreso y del Senado, el Gobierno informará a las Cámaras al menos cada tres meses del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas adoptadas”*.

Es por ello, que el control parlamentario en la aplicación del precepto dependerá de los mecanismos normales de control que los grupos políticos con representación parlamentaria soliciten del Gobierno, y se adaptará a las diversas formas de ejercicio de dicho control legalmente establecidas.



VII

---

PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO



## PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

### VII.1 CONCEPTO Y REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO

Pasando ya al análisis de los específicos supuestos contemplados en el art. 18.2 CE y que permiten una injerencia legítima en el derecho fundamental que estudiamos, el primero de los indicados en dicha disposición es el consentimiento del titular.

La teoría del consentimiento en nuestro ordenamiento jurídico procede del estudio del negocio jurídico en el ámbito civil. Así, CASTÁN TOBEÑAS<sup>335</sup> lo refleja en su sentido etimológico: *“de sentiré cum, sentir juntos, querer la misma cosa, significa tanto como acuerdo de voluntades”*.

Por ello, la esencia del consentimiento se halla en la voluntad del que lo presta. Dicha voluntad es expresión de la autonomía de que gozan los individuos para gobernar su persona y bienes y ejercitar sus derechos, sin más impedimento que el respeto al marco legal.

En nuestra materia de estudio, el consentimiento aparece ligado con la voluntad manifestada por el titular del derecho para legitimar la entrada y registro en su domicilio. De ahí que hayan de analizarse todas las consecuencias jurídicas que puede conllevar dicha expresión de voluntad.

Ello nos obliga a adentrarnos en el estudio de la declaración de voluntad y sus formas de manifestación o revocación; en los problemas existentes en torno a la capacidad del que la emite y las limitaciones que pueda tener el emisor; a la cuestión de quién ostenta la titularidad del derecho a prestar el consentimiento; y en definitiva, toda la problemática relacionada con la pluralidad de titulares.

---

<sup>335</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.: *“Derecho civil español, común y foral”*. Tomo Tercero. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. 12ª edición. Editorial Reus S.A.1978. Página 486.

Si bien el concepto del consentimiento procede del campo civil, lo cierto es que esbozar un concepto del consentimiento para autorizar una entrada y registro domiciliario es una materia que se ha abordado con más asiduidad en el campo penal, por la mayor repercusión que la aplicación de los derechos fundamentales tiene en el ámbito punitivo, y por la existencia de un delito como el de allanamiento de morada, que ha supuesto un estudio de la cuestión más intenso en este ámbito penal.

El consentimiento es, por tanto, la expresión de voluntad del titular del derecho en virtud de la cual permite la entrada en el domicilio y el registro del mismo. Y como vimos en el capítulo V de esta monografía, al ser la entrada y el registro actuaciones independientes, el consentimiento también debe o puede ser específico de las dos acciones o de una sola de ellas.

El TS<sup>336</sup> lo ha expresado en los siguientes términos: *“el consentimiento consiste en un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante una situación concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. (SSTS 1.4.96, 4.3.99. 183/2005, de 18 de febrero). Y añade este mismo tribunal que: “se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental”.*

No obstante, este consentimiento para estar dotado de validez y que la injerencia en el derecho fundamental del afectado sea constitucionalmente legítima, debe reunir unos requisitos específicos. Dichos requisitos están dotados de una evidente exhaustividad, que la doctrina jurisprudencial ha ido decantando con el tiempo, hasta el punto que, en la actualidad, ofrece un notable grado de concreción y detalle.

---

<sup>336</sup> sentencia TS, de 30 de noviembre de 2009 (La Ley 233131/2009), f.j.8º; sentencia TS 628/2002, de 12 de abril (La Ley 5919/2002).

En este sentido, el TS<sup>337</sup> señala como requisitos del consentimiento los siguientes: *“a) Otorgado por persona capaz; esto es mayor de edad, y sin restricción alguna en su capacidad de obrar; b) Otorgado consciente y libremente; c) Puede prestarse oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará documentalmente para su constancia indeleble; d) Debe otorgarse expresamente, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 551 (LA LEY 1/1882) autoriza el consentimiento presunto; e) Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical. En caso de que varias personas tengan su domicilio en el mismo lugar no es necesario el consentimiento de todos ellos, bastando el de uno de los cotitulares, salvo los casos de intereses contrapuestos (STS. 779/2006 de 12. 7); f) El consentimiento debe ser otorgado para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos (Sentencia de 6 de junio de 2001); g) No son necesarias en ese caso las formalidades recogidas en el art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882), respecto de la presencia del Secretario Judicial”.*

No obstante, debemos de tener en cuenta que dichos requisitos están establecidos para el ámbito penal, y que nuestro objeto de estudio es constitucional. Por ello, algunos de los requisitos apuntados por el TS son propios de las actuaciones de investigación criminal (como lo relativo a la presencia del secretario judicial en la diligencia de entrada y registro), y no serían aplicables a las actuaciones de entrada domiciliaria o de registro motivadas por otras actuaciones de orden civil, administrativo o social.

## VII.2 CAPACIDAD

---

<sup>337</sup> sentencia TS, de 30 de noviembre de 2013(La Ley 148690/2013), f.j. 2º. Se ha recogido el contenido de esta sentencia en extracto, haciendo referencia únicamente a sus epígrafes, dado que contiene un desarrollo de cada uno de estos requisitos que se verán a lo largo del estudio de este capítulo. La misma doctrina se recoge en las sentencias TS 1803/2002, de 4 de noviembre (La Ley 81/2003); 261/2006, de 14 de marzo de 2006(La Ley 119542/2006); 922/2010, de 28 de octubre(La Ley 188053/2010).

Para que el consentimiento sea válido ha de estar prestado por una persona que ostente capacidad de obrar para otorgarlo. La capacidad de obrar a la que nos referimos es, en palabras de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN<sup>338</sup>: *“la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o en otros términos, la capacidad para adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones.”*

Ello nos obliga a plantearnos el alcance del consentimiento prestado por personas que puedan tener restringida o limitada su capacidad de obrar, tales como menores de edad, personas cuya capacidad está modificada judicialmente<sup>339</sup>, personas con minusvalía psíquica que pueda afectar a su entendimiento, etc.

En principio, habrá de partirse de la premisa general de nuestro ordenamiento jurídico de que la capacidad se presume plena, por lo que las limitaciones a la capacidad constituyen la excepción. En este sentido, el art. 199 CC establece que: *“nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley”*. Y el art. 7.1 LEC señala que: *“sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”*.

Ello no impide que pueda apreciarse, en el caso concreto, que el consentimiento prestado por el titular pueda estar disminuido por una causa que no esté previamente establecida, ya sea administrativa o judicialmente, pues ha de atenderse a la capacidad real del sujeto que

---

<sup>338</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y otro: *“Sistema de Derecho civil”*. Volumen I. Editorial Tecnos. 4ª edición. Página 260.

<sup>339</sup> La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria ha establecido esta terminología en referencia a los denominados, hasta entonces, incapacitados. En el exponendo III del Preámbulo de esta ley se señala que: *“también se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituye por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente”*.

presta el consentimiento. En este sentido, el TS<sup>340</sup> mantiene este criterio de acudir a la apreciación en cada caso de la minusvalía psíquica, esté o no declarada judicialmente.

Respecto a la edad como criterio determinante de la capacidad, la CE otorga en su art. 12 a los mayores de dieciocho años el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Dicho estado es consecuencia de la extinción automática de los mecanismos de protección y tutela establecidos por la ley para los menores de edad. Por tanto, al mayor de edad se le supone una plena capacidad de obrar, y su simple goce legitima para impedir la injerencia en el derecho fundamental que estudiamos. En este sentido, las sentencias del TS citadas a propósito de los requisitos del consentimiento, se refieren expresamente al prestado por persona mayor de edad.

En relación con los menores de edad, la legislación civil parte del hecho de que precisan para el gobierno de su persona o bienes de mecanismos de protección constituidos por la patria potestad, tutela o guarda, por lo que necesitarán de la asistencia de sus representantes legales.

Así, el art. 154 CC establece que: *“los hijos no emancipados están bajo la potestad de los progenitores”*, y éstos ostentan la representación legal de los mismos de acuerdo al art. 162 del citado código. Igualmente, los hijos no emancipados no sujetos a la patria potestad están sometidos a la tutela de un mayor de edad, con arreglo al art. 222.1º CC.

No obstante, el art. 4.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor dispone que: *“los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende*

---

<sup>340</sup> sentencia TS, de 30 de noviembre de 2009, f.j.8º (La Ley 233131/209); sentencia TS, de 14 de marzo de 2006, f.j. 1º (identificación CENDOJ 28079120012006100993) ; sentencia TS, de 4 de noviembre de 2002, f.j. 2º ( identificación CENDOJ 28079120012002102923).

*también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones”.*

Pero esa misma legislación no establece que sea el menor el que ejercite estos derechos por sí mismo, sino que dichos derechos se articulan a través de un derecho de audiencia del menor, que se establece en el art. 154 CC<sup>341</sup>, y en la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, en su art. 9.1, tras la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>342</sup>.

Lo relevante, en nuestro estudio, es determinar si el menor de edad puede o no consentir la entrada o registro domiciliario por tener suficiente capacidad.

Algunas posturas doctrinales han sido proclives a su admisibilidad. Concretamente, MATÍA PORTILLA<sup>343</sup> afirma que: *“debe concluirse, entonces que el menor( sometido a patria potestad) puede oponerse al allanamiento de morada o a la vulneración de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a terceros, pero, también, que su capacidad se encuentra limitada en relación con las personas que detenten la patria potestad”.*

---

<sup>341</sup> El art. 154 CC, modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, proclama que: *“si los hijos tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”.*

<sup>342</sup> El art. 9.1 establece que: *“el menor tiene derecho a ser oído y escuchado, sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”.*

<sup>343</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”.* Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 100.

SÁNCHEZ DOMINGO<sup>344</sup> considera que la capacidad natural de juicio es suficiente a los efectos de otorgar el consentimiento.

No es éste el criterio mantenido por FIGUEROA NAVARRO<sup>345</sup>, que manifiesta que el consentimiento ha de ser prestado por mayor de edad. En el mismo sentido, RIVES SEVA y ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>346</sup>.

Esta última postura está ampliamente refrendada por la jurisprudencia del TS, que ha considerado que la capacidad de obra plena para consentir una entrada y registro domiciliario precisaba de la mayoría de edad, como vimos al tratar los requisitos del consentimiento. Y específicamente, la sentencia TS de 4 de noviembre de 2002 (La Ley 81/2003), en su f.j. 2ª, considera ilícita la diligencia de entrada y registro domiciliario al haber sido consentida por un menor de 14 años de edad.

La situación fáctica del menor emancipado en cuanto a la prestación del consentimiento no ha sido estudiada por la doctrina, dada la escasa habitualidad que presenta en la práctica. ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>347</sup> la menciona como equiparable a la mayor edad, por lo que a su juicio, sería admisible un consentimiento prestado por el menor emancipado.

El art. 323 CC establece que el menor emancipado puede regir su persona y bienes como si fuera mayor, salvo las restricciones establecidas en dicho precepto, que se refieren a determinadas capacidades patrimoniales entre las que no se encuentra la prestación del consentimiento para la entrada y registro.

---

<sup>344</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, M.B.: “Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código Penal”. Editorial Comares. Páginas 145-146.

<sup>345</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: “Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 155.

<sup>346</sup> RIVES SEVA, A.P.: “La diligencia de entrada y registro domiciliario”. Editorial Bosch. 2004. Página 66; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: “La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 194.

<sup>347</sup> ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: “La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 194.

Por ello, ha de mantenerse la plena facultad del menor emancipado para consentir la entrada y registro domiciliario, pues a tales efectos, goza de las mismas facultades de una persona mayor de edad.

### VII.3 VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

La prestación del consentimiento requiere que el que lo presta actúe con absoluta libertad. Es decir, debe surgir de su voluntad consciente y libre. En este sentido, la jurisprudencia del TS<sup>348</sup>, analizada al apreciar los requisitos del consentimiento, establece como uno de estos requisitos que sea: *“b) otorgado consciente y libremente.”*

Ello plantea el espinoso problema de la declaración de voluntad del interesado; de las posibles divergencias entre la voluntad interna y la declarada; y toda la cuestión de los vicios del consentimiento.

Los problemas entre la voluntad interna y la declarada, y sobre todo, la apreciación de cómo debe ponderarse el valor de una y otra, han sido especialmente estudiados a propósito del negocio jurídico. No obstante, al encontrarnos en el estudio de un derecho fundamental, y teniendo en cuenta la interpretación restrictiva que debe hacerse en materia de limitación de los derechos fundamentales, hemos de realizar una valoración de esta cuestión más favorable a la idea de atender al verdadero y profundo deseo del interesado, y no tanto a la formalidad de la declaración prestada.

De este modo, la doctrina opta mayoritariamente por atender a la voluntad real del interesado, a lo efectivamente querido por el mismo. ALONSO DE ANTONIO<sup>349</sup> lo señala al afirmar que: *“por tanto, el único*

---

<sup>348</sup> sentencia TS de 30 de noviembre de 2013( La Ley 148690/2013), f.j. 2º. La misma doctrina se recoge en las sentencias TS 1803/2002 de 4 de noviembre de 2002(La Ley 81/2003); 261/2006, de 14 de marzo de 2006(La Ley 119542/2006), y 922/2010, de 28 de octubre( La Ley 188053/2010).

<sup>349</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978.”* Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 110.

*requisito verdadero de esta posibilidad que se comenta es la libertad. Cuando existe la misma, hay consentimiento y en consecuencia entrada legal en un domicilio. Cuando no la hay, aunque formalmente se manifieste el consentimiento, éste estará viciado y será nulo*". En el mismo sentido, se pronuncian GONZÁLEZ TREVIJANO, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, RIVES SEVA, FIGUEROA NAVARRO<sup>350</sup>.

Es preciso, pues, atender a lo efectivamente querido por el sujeto para apreciar si existió o no consentimiento. De ello se deriva que ha de ser prestado conscientemente, lo que entraña también el conocimiento cabal de lo que se hace. Ello presupone que exista, en la forma tradicional de expresarlo, tanto entendimiento como voluntad.

No obstante, para adentrarnos en el estudio de estos supuestos debemos de analizar los vicios del consentimiento, contenidos en el art. 1.265 CC. Este precepto afirma que: *"será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación y dolo"*.

El error, como vicio invalidante del consentimiento, requiere que el proceso de formación de la voluntad del interesado esté distorsionado por alguna que causa que ha impedido que coincida lo efectivamente querido por el mismo con lo manifestado, o con lo que ha dado a entender a los demás. Es decir, parafraseando a DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN<sup>351</sup>: *"o no se hubiera querido de haberse conocido exactamente la realidad, o se hubiera querido de otra manera"*.

---

<sup>350</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *"La inviolabilidad del domicilio"*. Editorial Tecnos. 1992. Página 171; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *"La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos"*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 195; RIVES SEVA, A. P.: *"La diligencia de entrada y registro domiciliario"*. Editorial Bosch. 2004. Página 60; FIGUEROA NAVARRO, C.: *"Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español"*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 153.

<sup>351</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y otro: *"Sistema de Derecho civil"*. Volumen I. Editorial Tecnos. 4ª edición. Página 520.

En esta esfera constitucional de protección de los derechos fundamentales, es necesario atender prioritariamente a la voluntad interna del sujeto, a lo efectivamente querido por éste, pues la injerencia en el derecho fundamental tiene que tener un carácter excepcional. Ello no empece que pueda existir una forma tácita de consentimiento, como se analizará más adelante.

El error nos acerca a la indagación de lo que antes afirmábamos como conocimiento cabal de la autorización concedida para la injerencia domiciliaria, desprovista de cualquier mácula de duda o falsa representación del sujeto que perturbe su conocimiento cognitivo, y también, del alcance que tiene dicha autorización, tanto en cuanto al lugar o lugares donde debe desarrollarse, como a su tiempo y a su contenido.

La jurisprudencia del TS<sup>352</sup> afirma respecto al consentimiento que: *“a) que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase; b) que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean; c) que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial. El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza” ( STS 2-12-1998 ). Si la asistencia de letrado es necesaria para que éste preste declaración estando detenido, también le es necesaria para asesorarle si se*

---

<sup>352</sup> sentencias TS, de 30 de noviembre de 2013 f.j. 2º (La Ley 148690/2013). La misma doctrina se recoge en sentencias TS1803/2002, de 4 de noviembre de 2002(La Ley 81/2003); 261/2006, de 14 de marzo de 2006(La Ley 119542/2006); 922/2010, de 28 de octubre (La Ley 188053/2010).

*encuentra en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento, justificándose esta doctrina en que no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que se ha venido denominándose [la intimidación ambiental] o [la coacción que la presencia de los agentes de la actividad representan].*

GONZÁLEZ TREVIJANO<sup>353</sup> se refiere a la interpretación que debe darse al consentimiento, que ha de ser favorable a la protección de la inviolabilidad domiciliaria, manifestando que: *“en casos de duda, hará que entender, en cambio, la voluntad contraria a la entrada en el domicilio”*.

Para que se pueda otorgar el consentimiento sin ningún resquicio de duda o de falsa interpretación, es necesario que los solicitantes de tal consentimiento actúen con una notable diligencia, prestando al destinatario una información correcta y amplia del objeto de la injerencia, y debe contener también la información del derecho del interesado a negarse a otorgar dicha autorización.

En este sentido, la sentencia TS de 26 de noviembre de 2003, f.j. 3<sup>o</sup><sup>354</sup> (La Ley 508/2004), afirma que: *“el consentimiento prestado debe ser*

---

<sup>353</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Página 171.

<sup>354</sup> Este deber de información es aún más relevante para el TC, en casos de inspección tributaria, si la normativa administrativa específica requiere una instrucción de derechos al afectado, entre los que se encuentra el de negarse a autorizar la entrada y el registro domiciliario. La sentencia TC 54/2015, de 16 de marzo, f.j. 6<sup>o</sup>, dispone que: *“tal como se ha expresado anteriormente, la entrada en las dependencias de la empresa se hizo sin advertencia de derechos al interesado, por lo que, en el contexto de esa normativa, los funcionarios actuantes no podían considerar que la falta de oposición del obligado tributario fuera suficiente, pues su Reglamento de actuación les obligaba a despejar toda duda mediante la instrucción de derechos al interesado, advirtiéndole de la posibilidad de oponerse a la entrada en el domicilio para llevar a cabo la actuación inspectora. Junto a ello, también ha de tenerse en cuenta que los actuarios portaban una autorización administrativa para la entrada que no fue necesario exhibir al ser facilitado el acceso por los socios administradores. Este dato es relevante en este caso pues la advertencia de derechos lógicamente debía incluir este dato, esto es, que portaban una autorización administrativa para el caso de negativa u oposición del obligado tributario, lo cual nos sitúa en una hipótesis de información manifiestamente insuficiente para recabar el consentimiento, pues la autorización administrativa en modo alguno habilita la entrada en los espacios físicos que constituyen el domicilio de la persona jurídica objeto de protección constitucional En*

*correctamente informado y terminantemente libre. El titular del derecho debe ser enterado de que pueda negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere, así como las consecuencias que pueden derivarse de esa actuación policial; y debe estar garantizada la ausencia de todo tipo de coerción o amedrentamiento que pueda viciar la libertad con que debe tomarse la decisión”.*

A tal efecto, la sentencia TS de 26 de noviembre de 2003, f.j. 9º( La Ley 508/2004) proclama: *“que la utilización por la policía de un escueto impreso para ser firmado por el interesado, que se presentó al titular del domicilio para su firma en el momento de la entrada y registro, es susceptible de considerarse tanto una intimidación como una inducción a error, pues pudo tomarse como la notificación del mandamiento judicial de entrada, más que como una autorización voluntaria”.*

La violencia constituye también un supuesto en el que se produce un consentimiento viciado, pues el sujeto se ve compelido a prestarlo ante la posibilidad de un atentado para su vida, integridad, libertad, bienes, o para la de los demás. El art. 1.267.1ª CC considera que: *“hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible”.*

Se reputa acertada la expresión de la norma, pues en estos casos, no hay propiamente consentimiento, sino una mera apariencia del mismo, pues el consentimiento solo se presta o se otorga libérrimamente por el sujeto. La expresión de la ley determina que el consentimiento se “arranca”, es decir, es extraído del sujeto a la fuerza, por lo que supone simplemente un remedo de su voluntad.

---

*consecuencia, apreciamos en este caso una quiebra esencial de la garantía de información para recabar consentimiento del interesado, que de esta forma resulta viciado, de lo que se concluye que no hay un consentimiento eficaz para justificar la intromisión domiciliaria en el supuesto contemplado y ello determina la apreciación de la lesión del art. 18.2 CE por la entrada en el domicilio social del día 21 de junio de 2006”.*

La injerencia domiciliaria efectuada con violencia puede suponer que la conducta pueda estar incurso en un delito. Así, el CP castiga en los arts. 202 y 203 conductas relativas a la inviolabilidad del domicilio cuando son cometidas con particulares, y el art. 204 del mismo código cuando el sujeto activo del delito es un funcionario público o autoridad. El art. 534 CP sanciona un delito específico cometido por autoridades o funcionarios públicos cuando existe causa penal por delito<sup>355</sup>.

ALONSO DE ANTONIO<sup>356</sup> lo expresa de forma muy descriptiva cuando afirma que: *“basta con pensar en las personas que abren su casa porque están siendo conminadas por una navaja o la madre que hace lo propio ante el temor de que causen mal a su hijo de corta edad”*.

Otro vicio del consentimiento lo constituye la intimidación. El artículo 1.267.2º CC establece que: *“hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes”*.

La intimidación supone, por tanto, una perturbación psicológica del sujeto ante la posibilidad que su negativa a prestar el consentimiento pueda ocasionar algún perjuicio al mismo o a personas afines. En el ámbito constitucional, el criterio de la existencia de intimidación es notablemente riguroso, pues el TS<sup>357</sup> exige: *“que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean”*.

---

<sup>355</sup> La redacción de los artículos 202, 203, 204 y 534 CP se recoge en el epígrafe 4.1.3 de esta obra.

<sup>356</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978.”* Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 110.

<sup>357</sup> sentencia TS, de 30 de noviembre de 2013, f.j. 2 (La Ley 148690/2013). La misma doctrina se recoge en las sentencias TS 1803/2002, de 4 de noviembre de 2002 (La Ley 81/2003); 261/2006, de 14 de marzo (La Ley 119542/2006); 922/2010, de 28 de octubre (La Ley 188053/2010).

La actuación intimidatoria, tanto la pueden realizar particulares que pretendan efectuar una entrada o registro domiciliario, como funcionarios o autoridades. No obstante, el rigor de la actuación de la fuerza pública contendrá generalmente una mayor fuerza intimidatoria.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, a propósito de la actuación de las unidades inspectoras tributarias, estima que se dará este supuesto: *“cuando se advierta que, en caso de denegación del consentimiento, se va a proceder de inmediato a la solicitud de la respectiva autorización judicial, dejando entrever además, de una forma más o menos velada, la amenaza de un proceso comprobador o de investigación más profundo, riguroso o selectivo”*. Lo mismo puede decirse de la actuación policial motivada por una investigación criminal, en el que las consecuencias punitivas para el sujeto serán mucho más intensas.

En este sentido, por la jurisprudencia del TS<sup>358</sup> se ha elaborado el concepto de *“intimidación ambiental”*, como la coacción que la presencia de los agentes de la autoridad representa.

Esta situación de intimidación puede encontrarse en la sentencia TS, de 30 de noviembre de 2009, f.j.8<sup>359</sup> (La Ley 233131/2009), que justifica una condena de un funcionario policial en base al art. 534 CP. En este caso, dicho amedrentamiento lo sufre la mujer del detenido que otorga el consentimiento asustada, y tras ser conminada a colaborar.

---

<sup>358</sup> Ver cita anterior.

<sup>359</sup> Dicha sentencia expresa que: *“del examen de los autos, resulta que la única probanza sobre el que los recurrentes apoyan el consentimiento es el escrito de denuncia en el que la mujer del detenido manifiesta (folio 12) “me han preguntado si pueden entrar en casa y si quería colaborar. Yo, asustada les he dicho que si”. No hay ninguna otra expresión del consentimiento que se dice concurrió, y que la mujer del detenido lo niega y del que no hay constancia alguna, conforme exige la jurisprudencia de esta Sala en una reiterada jurisprudencia de la que el propio recurrente se hace eco al recordar que el problema de si hubo o no consentimiento ha de ser interpretado de manera restrictiva, al tiempo que alude al análisis de los hechos anteriores, posteriores y coetáneos para indagar la existencia del consentimiento, extremo que, del análisis de la causa, propiciado por el art. 899 de la Ley procesal, no permite constatar la existencia de ese consentimiento”*.

La jurisprudencia es también constante y muy abundante, cuando el consentimiento es prestado por un detenido. En este caso, se exige la presencia de un abogado que asista al detenido que presta el consentimiento para la entrada y registro de su domicilio, en aras a garantizar la libertad del sujeto en la emisión y declaración de su voluntad.

Así, la sentencia de 30 de noviembre de 2013, f.j.2º (La Ley 148690/2013) dispone: *“que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial. El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza”* ( STS 2-12-1998 ). *Si la asistencia de letrado es necesaria para que éste preste declaración estando detenido, también le es necesaria para asesorarle si se encuentra en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento, justificándose esta doctrina en que no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que se ha venido denominándose “la intimidación ambiental” o “la coacción que la presencia de los agentes de la actividad representan” (STS. 831/2000 de 16.5)”*.

Conviene, en este punto, distinguir la necesidad de asistencia de abogado para que el detenido pueda prestar válidamente el consentimiento, dado que, en caso contrario, se entenderá que dicho consentimiento está viciado por la citada “intimidación ambiental”; del supuesto en que la entrada y registro se realiza en el domicilio de una persona detenida, pero se cuenta con un mandamiento judicial.

En este último caso, al no ser preciso el consentimiento, no es necesaria la asistencia de abogado a dicha diligencia, dado que la injerencia está basada en otro supuesto distinto de exclusión del derecho a la inviolabilidad (la resolución judicial).

La diligencia practicada con autorización judicial es una mera actuación de investigación judicializada que afecta a un derecho fundamental, pero no es una diligencia que pueda precisar la asistencia letrada, por no ser de carácter personal: como los reconocimientos de identidad y declaraciones del detenido.

De este modo, la sentencia TS, de 14 de marzo de 2006, f.j. 2º, (La Ley 119542), proclama que: *“siendo así la existencia de auto judicial habilitante notificado al titular presente en la diligencia hace irrelevante la falta de consentimiento de éste y la no asistencia de letrado en el caso de que dicho titular se encuentre detenido”*.

El último vicio del consentimiento al que hemos de referirnos es el dolo, expresándose en el art. 1.269 CC que: *“hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”*.

En este caso, se trata de maquinaciones engañosas realizadas por el solicitante con objeto de que el titular del derecho consienta la entrada o el registro domiciliario.

A tal efecto, la sentencia TS, de fecha 3 de septiembre de 2002<sup>360</sup> consideró que se había producido engaño en el consentimiento del que

---

<sup>360</sup> La sentencia TS de 3 de septiembre de 2002, f.j. 11º (La Ley 7821/2002), señala que : *“en efecto, se produjo el engaño (lo decimos con los máximos respetos) de hacer creer a los interesados que se trataba de una inspección, bien rutinaria, bien extraordinaria, de carácter puramente administrativa ordenada por el Servicio Catalán de la Salud, cuando la verdad era que tenían un carácter policial y judicial tendentes a averiguar la comisión de unos determinados delitos y que su finalidad era obtener unas posibles pruebas inculpatorias. Tal finalidad era evidente, pues amén de reconocerlo la propia parte recurrente, está probado que inmediatamente*

autorizó el registro de su farmacia, pues por la fuerza actuante se le informó que la finalidad del registro era una inspección sanitaria, cuando en realidad su finalidad era la averiguación de la comisión de delitos.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>361</sup> pone el ejemplo en el ámbito de las actuaciones tributarias de la existencia de dolo: “cuando se esgrima la promesa de un trato fiscal más favorable o benévolo”.

#### VII.4 FORMA, CONTENIDO Y REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

En cuanto a la forma que debe aportar el consentimiento del sujeto titular, es evidente que la forma expresa constituye la habitual. Dicha forma de manifestar el consentimiento se podrá hacer de forma oral o escrita, como afirma la jurisprudencia del TS<sup>362</sup>. También exige dicha doctrina que se recoja dicho consentimiento documentalmente. Tal forma de actuar constituye el medio adecuado para preconstituir la prueba suficiente en aras de evitar la negativa posterior del interesado al consentimiento prestado.

HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y MARTÍNEZ MARTÍN<sup>363</sup> recogen los “Criterios para la práctica de las diligencias por la Policía Judicial”, elaborados por la Comisión Nacional de Policía Judicial por Acuerdos de 4 de febrero de 1999 y 2 de abril de 2003, que aconsejan: “la forma de

---

*de concluidas, los propios Mozos de Escuadra que intervinieron en las diligencias, sin solución de continuidad y sin pasar por las dependencias del Instituto de la Salud, entregaron los documentos, recetas y objetos intervenidos al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Gavá que con anterioridad había incoado las diligencias previas núm. 1442 del año 1993 relativas al supuesto aquí enjuiciado”.*

<sup>361</sup> ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: “La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 197.

<sup>362</sup> sentencia TS, de 30 de noviembre de 2013, f.j. 2º ( La Ley 148690/2013). La misma doctrina se recoge en las sentencias TS 1803/2002, de 4 de noviembre de 2002 (La Ley 81/2003); TS 261/2006, de 14 de marzo (La Ley 119542/2006); TS 922/2010, de 28 de octubre (La Ley 188053/2010).

<sup>363</sup> HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y otro: “Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Nociones básicas y análisis jurisprudencial”. Editorial Dilex S.L.

*redacción del consentimiento, a ser posible redactado de puño y letra por el propio autorizante y en presencia de testigos”.*

Esta norma de prudencia se revela de indudable interés probatorio posterior, dado que junto al consentimiento prestado, podrá cotejarse la firma y letra realizada por el autorizante en caso de negativa posterior de éste.

La mayoría de la doctrina científica admite también el consentimiento tácito<sup>364</sup>.

GONZÁLEZ TREVIJANO<sup>365</sup> recoge el “iter” de la tramitación parlamentaria del precepto del art. 18.2 CE afirmando que: *“la necesidad de disfrutar de semejante consentimiento expreso, recogido inicialmente en el Informe de la Ponencia (BOC de 17 de abril de 1978) y en el Dictamen de la Comisión (BOC de 1 de julio de 1978), no se mantuvo luego en la Comisión del Senado (BOC de 6 de octubre de 1978) ni se estableció tampoco, finalmente, en el texto definitivamente aprobado”.*

Las Constituciones históricas españolas que se han referido a la forma del consentimiento, como las de 1869 en su art. 5, y de 1876 en su art. 6, no han requerido que dicho consentimiento sea expreso.

Un supuesto concreto de admisión del consentimiento tácito lo constituye el art. 551 LECRIM que dispone que: *“se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el*

---

<sup>364</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Página 169; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978.”* Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 109; FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid, 1998. Página 151; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *“El sistema constitucional español”* Editorial Dykinson S.L. Madrid. 1992. Página 222-223; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 203.

<sup>365</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Página 170.

*registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 6 de la Constitución del Estado*". Dicha referencia es a la Constitución de 1876.

El TC reconoció en sentencia 22/1984, de 17 de febrero, f.j.3º, que el consentimiento: *"no necesita ser expreso"*. Posteriormente, en sentencia TC 209/2007, de 24 de septiembre, f.j. 5º<sup>366</sup>, traza una aproximación más concreta al consentimiento tácito, al afirmar que no toda falta de oposición a la entrada domiciliar ha de entenderse como consentimiento tácito: *"por mucho que en determinados contextos la falta de oposición pueda ser indiciaria de la concurrencia de un consentimiento tácito"*.

El TS ha reconocido el consentimiento tácito. No obstante, constituye también requisito necesario que el consentimiento se haya solicitado del titular de una forma clara, con advertencia del derecho a negarse y de las consecuencias que su autorización pueda conllevar<sup>367</sup>.

También señala el TS que el consentimiento ha de constar de un modo inequívoco, pues las dudas han de resolverse a favor de la negativa, dada la interpretación más favorable a los derechos fundamentales que debe en todo caso realizarse. A tal efecto, la existencia o no del consentimiento es una cuestión de hecho y sujeta a prueba<sup>368</sup> y ha de deducirse de la totalidad de los hechos anteriores, coetáneos o posteriores a su emisión.

---

<sup>366</sup> En el supuesto fáctico contenido en esta sentencia existe una autorización a la entrada domiciliar de un comorador, que es el titular original del domicilio por residir en él, junto con la falta de oposición del otro comorador que se encuentra en precario en dicho lugar, y que no realiza ninguna oposición a la entrada frente a las reiteradas llamadas de la policía, sin que éste último, que se halla en su interior, se oponga a dicha entrada.

<sup>367</sup> sentencias TS, de 12 de septiembre de 1994, f.j. 5º (La Ley 1500/1995); de 30 de noviembre de 2009, f.j. 8º (La Ley 233131/2009).

<sup>368</sup> sentencia TS, de 25 de septiembre de 2013, f.j. 1º (La Ley 14869/2013); sentencias TS, de 12 de septiembre de 1994, f.j. 5º (La Ley 1500/1995); de 30 de noviembre de 2009, f.j. 8º (La Ley 233131/2009).

En cuanto al contenido del consentimiento prestado por el titular, se plantea doctrinalmente la posibilidad de si la entrada y registro ha ser plena, y por lo tanto no pueda tener ninguna limitación ni condicionamiento, o si por el contrario, puede el que la otorga establecer determinado alcance o condición. A favor de esta última posibilidad se encuentra FIGUEROA NAVARRO<sup>369</sup>.

También ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>370</sup>, en una explicación categórica, refiriéndose al titular, afirma que: *“se encuentra plenamente legitimado para fijar, sin más, restricciones al consentimiento otorgado, y ello, a nuestro juicio, tanto desde la perspectiva espacial-lugares o espacios a registrar-, temporal-período máximo de permanencia en el domicilio-, subjetiva- personas concretas y número de ellas, que pueden penetrar en el mismo- y objetiva-actuaciones específicas a desarrollar-.”*

Este criterio es el más conforme con el fundamento del consentimiento, arraigado en la libre determinación de la voluntad del sujeto titular del derecho, y el más acorde con una interpretación extensiva de los derechos fundamentales.

La limitación del consentimiento también puede venir determinada porque el sujeto titular solo autorice una de las acciones afectantes al derecho y no la otra, como sucede cuando venga referida a la entrada, y no al registro.

Ello puede predicarse, incluso, del supuesto en que existe autorización judicial para la entrada domiciliaria, pero no para un registro posterior. El TS<sup>371</sup> consideró en un caso de lanzamiento judicial de una vivienda arrendada, que la protección constitucional domiciliaria solo se

---

<sup>369</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 156.

<sup>370</sup> ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 199.

<sup>371</sup> sentencia TS, de 12 de noviembre de 2007, f.j.3º (La Ley 216843/2007).

extiende a la entrada de la comisión judicial, dado que el mandamiento judicial tiene ese contenido, pero no convalida el registro del arrendatario, el cual debe, en su caso, consentir éste último, para que dicha injerencia tenga cobertura constitucional.

Por otro lado, el TS<sup>372</sup> también ha considerado que el consentimiento debe prestarse para un asunto concreto, por lo que no es posible su otorgamiento con carácter genérico. ALONSO DE ANTONIO<sup>373</sup> en cambio, ha mantenido dicha posibilidad, si bien la matiza al considerar que dicha autorización: *“no da cobertura a aquellas acciones que faltando al deber de confianza depositado por la persona que hizo la entrega, supongan la comisión de hechos delictivos (entrada al objeto de apoderarse de bienes, permitir el refugio de delincuentes, ocultar lo efectos procedentes de un robo), o simplemente contrarios a lo que era la esencia del depósito ( entrada para registrar papeles del titular).*

A nuestro juicio, debemos distinguir un consentimiento genérico entre particulares, que está basado, por ejemplo, en relaciones de confianza. Éste podría ser plenamente válido, pues afectaría más bien a otros derechos distintos del estudiado (como el derecho de propiedad)

Distinto sería el caso de las entradas o registros motivadas por actuaciones administrativas o judiciales, en las cuales, resulta extraño y perjudicial para el derecho fundamental un consentimiento genérico. En este sentido, ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>374</sup> considera que respecto de las actuaciones tributarias es necesario que el consentimiento se preste en

---

<sup>372</sup> sentencia TS, de 30 de noviembre de 2013, f.j. 2º (La Ley 148690/2013). La misma doctrina se recoge en las sentencias TS 1803/2002, de 4 de noviembre de 2002 (La Ley 81/2003); TS 261/2006, de 14 de marzo de 2006 (La Ley 119542/2006); TS 922/2010, de 28 de octubre (La Ley 188053/2010).

<sup>373</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 111.

<sup>374</sup> ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 201.

cada caso concreto, como hemos visto que exige el TS con motivo de investigaciones criminales.

En cuanto a la revocación del consentimiento. ALONSO DE ANTONIO, FIGUEROA NAVARRO y ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>375</sup> entienden que el titular del derecho, igual que prestó su consentimiento, puede legítimamente revocarlo.

A nuestro juicio, dicha posibilidad de revocación participa del alcance general que tiene por base este instituto, fundado en la libérrima voluntad del titular. El ser humano libre, tiene capacidad para consentir, y para posteriormente decidir que dicho consentimiento ha cesado, y ello ha de considerarse ínsito en su derecho y en la libre autonomía de su voluntad.

#### VII.5 TITULARIDAD. PLURALIDAD DE TITULARES

En el capítulo IV de esta monografía trazamos unas características generales de lo que debía considerarse un domicilio constitucionalmente protegido, y entre ellas señalamos que el derecho a la protección domiciliaria lo ostenta el que goce de un título bastante y legítimo de ocupación. También abordamos que la titularidad del derecho no tenía porque estar basada en el derecho de propiedad, sino en cualquier relación jurídica que pueda ser legítima.

Partiendo de dichas conclusiones, solo nos resta añadir que la titularidad del consentimiento ha de ser ejercida por el titular del derecho.

---

<sup>375</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: “*El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978.*” Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 116; FIGUEROA NAVARRO, C.: “*Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español.*” Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 156; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: “*La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos.*” Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Páginas 201-202.

En aras de la brevedad y de innecesarias repeticiones, nos remitimos a las apreciaciones ya hechas en el citado capítulo.

El problema más arduo de delimitar, es el caso de que nos encontremos con diversos titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En tal supuesto, habrá que intentar llegar a distintas soluciones que permitan alcanzar criterios de determinación de la eficacia del consentimiento ante la colisión de voluntades entre los mismos. Dicha pretensión se nos antoja ya desde el principio francamente dificultosa, dada la enorme casuística que puede darse en la práctica.

En primer lugar, debemos ya avanzar que la doctrina<sup>376</sup>, de modo mayoritario, considera que la titularidad del derecho para otorgar el consentimiento, en caso de pluralidad de titulares, radica en todos y cada uno de ellos. Por tanto, la facultad de exclusión respecto del domicilio con diversos titulares reside en cada uno de ellos de forma individual.

No obstante, debemos distinguir los supuestos en que los diversos titulares del derecho se encuentran en una posición de igualdad, de aquéllos supuestos en los que pese a convivir en un mismo domicilio, pueden darse situaciones de dependencia o subordinación entre los convivientes.

El primer supuesto es el del domicilio compartido por matrimonio o pareja de hecho, o por un grupo de amigos o de estudiantes.

En estos casos, la situación de igualdad permitirá entender que todos ellos gozan del derecho de exclusión respecto del domicilio común. No

---

<sup>376</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos 1992. Página 121; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 112; FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 159; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 211; RIVES SEVA, A.P.: *“La diligencia de entrada y registro domiciliario”*. Editorial Bosch. 2004. Página 64.

obstante, el derecho de excluir de alguno de ellos debe prevalecer sobre el derecho de admitir del otro. De este modo, la negativa de uno es suficiente para que la entrada o registro domiciliario sea constitucionalmente ilícita.

GONZÁLEZ TREVIJANO<sup>377</sup> mantiene este criterio al afirmar que: “y en caso de discrepancia, quizás la voluntad de excluir deba prevalecer sobre la de admitir”.

Establecido lo cual, lo relevante resulta determinar si dicha titularidad individual del domicilio compartido entraña también la necesidad de un ejercicio conjunto. Dicho planteamiento resulta a todas luces excesivo, pues requería de una presencia constante en el hogar de todos los integrantes del mismo, lo que haría inviable su adopción y estéril el mandato constitucional del art. 18.2 CE, al ser inoperante el consentimiento como modo de autorizar la entrada y el registro domiciliario<sup>378</sup>.

Partiendo, en primer lugar, de la existencia de una situación de cotitularidad domiciliaria, el supuesto normal será el de que no exista contraposición de intereses entre los titulares. En tal caso, una parte de la doctrina <sup>379</sup> ha estimado que basta el consentimiento del habitante presente para que sea plenamente válida la injerencia en el domicilio común.

---

<sup>377</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: “*La inviolabilidad del domicilio*”. Editorial Tecnos. 1992. Página 121.

<sup>378</sup> De ello se hace eco, FIGUEROA NAVARRO, C.: “*Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español*”. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 160; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: “*El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*”. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 112; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: “*La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos*”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 211.

<sup>379</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: “*Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español*”. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 160. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: “*La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos*”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 213.

En este sentido, el TC ha partido de la distinción entre la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que es individual de cada miembro de dicho domicilio compartido, y el derecho a consentir en cada caso concreto la intromisión, que puede realizarlo el que en el momento de la entrada se encuentre en él.

Así, en la paradigmática sentencia TC 22/2003, de 10 de febrero se establece que: *“ha de partirse de que la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquel con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En definitiva, esa convivencia determinará de suyo ciertas modulaciones o limitaciones respecto de las posibilidades de actuación frente a terceros en el domicilio que se comparte, derivadas precisamente de la existencia de una pluralidad de derechos sobre él. Tales limitaciones son recíprocas y podrán dar lugar a situaciones de conflicto entre los derechos de los cónyuges, cuyos criterios de resolución no es necesario identificar en el presente proceso de amparo. Como regla general puede afirmarse, pues, que en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes”*.

Dicha doctrina es también asumida por el TS<sup>380</sup>, el cual considera también que en caso de domicilios compartidos con distintos titulares, si no hay contraposición de intereses, basta el consentimiento del que se encuentre en el domicilio.

---

<sup>380</sup> sentencias del TS, de 4 de noviembre de 2010, f.j. 3º (La Ley 199012/2010) que sigue ya la doctrina emanada de la sentencia TC 22/2003, de 10 de febrero. También, las sentencias TS de 12 de julio de 2006, f.j. 7º (identificación CENDOJ 28079120012006100828) ; TS de 30 de diciembre de 2002, f.j. 3º ( identificación CENDOJ 28079120012002103198).

La cuestión se complica en el caso de que exista contraposición de intereses entre los que conviven en dicho domicilio. En tal caso, la citada sentencia TC 22/2003, de 10 de febrero, establece una importante diferenciación, y es que si los convivientes tienen intereses contrapuestos, el consentimiento de uno de ellos respecto del otro no es válido, pues puede ser utilizado como medio de lesionar o perjudicar al contrario.

En este sentido, la sentencia citada( f.j.8º), dispone que: *“sin embargo, el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad del domicilio, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enervan la garantía que dicha inviolabilidad representa. Del sentido de garantía del art. 18.2 CE (LA LEY 2500/1978) se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido”*.

De dicha doctrina puede deducirse, que la garantía que la inviolabilidad domiciliaria representa, no puede quedar invalidada por el consentimiento de un titular del domicilio que obra movido por el deseo de dañar o perjudicar al otro. Tal situación habrá de extraerse del conjunto de circunstancias y relaciones que dichos titulares presentan.

En el caso examinado, la situación de separación de los cónyuges y las denuncias de uno respecto del otro, son suficiente motivo enervador de la validez del consentimiento. En cualquier caso, habrá de entenderse que la contraposición de intereses debe ser interpretada en el modo más extenso posible, pues la interpretación de los derechos fundamentales ha ser extensiva, y no limitativa del derecho.

En el caso de que no exista igualdad entre los convivientes, el supuesto más usual es que el domicilio esté habitado por los progenitores y sus descendientes.

En el caso de descendientes menores de edad, corresponde ahora analizar solo si el menor puede oponerse al consentimiento prestado por sus progenitores o tutores. Un sector doctrinal<sup>381</sup> entiende que el consentimiento relevante es el de los padres, y que por ello, los menores de edad no se pueden oponer al prestado por los mismos. Tal criterio debe ahora mantenerse, pues si no les hemos considerado con suficiente capacidad para consentir la entrada y el registro domiciliario en el caso de que se hallasen solos en dicho lugar, menos aún debemos considerar que pueden ejercitar dicho consentimiento en contra de sus progenitores o tutores.

En el caso de los mayores de edad que conviven con sus padres o progenitores en el domicilio común, FIGUEROA NAVARRO<sup>382</sup> manifiesta que: *“el consentimiento a efectos de la entrada y registro en un domicilio, en el ámbito de la comunidad familiar, donde todos los miembros de la misma son mayores de edad, puede ser prestado por cualquiera de los moradores, y si uno de ellos se opone, debería acudir a la vía de la resolución judicial”*.

Por tanto, entiende esta autora que los mayores de edad pueden vetar la autorización prestada por sus padres. De este modo, si el hijo mayor de edad se opone a la entrada domiciliaria, el consentimiento de los demás deja de ser relevante.

---

<sup>381</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 98; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J. *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Páginas 215-216; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Página 122.

<sup>382</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 160.

Opinión contraria mantiene ALONSO DE ANTONIO<sup>383</sup>, para el que en caso de divergencia de los titulares, y no pudiendo llegarse a un acuerdo democrático, debe prevalecer el que tenga registrado el domicilio, o si se trata de una vivienda no registrada, el cabeza de familia.

Con respecto a los mayores de edad, GONZALEZ TREVIJANO<sup>384</sup> plantea que su oposición pueda realizarse solo respecto de sus habitaciones particulares, al igual que en el caso de un colegio en el que vivan. En este supuesto, podrán ejercer el derecho de exclusión respecto a dichas habitaciones, incluso frente al director del colegio.

A nuestro juicio, resulta más adecuada la primera postura, dado que el fundamento de la protección domiciliaria es la privacidad, y por tanto, no debe ser relevante para apreciar si se produce una injerencia quién sea el titular registral de la vivienda, dado que en la protección constitucional del domicilio no se protege la propiedad.

Por otro lado, la situación social actual determina que en un mismo domicilio puedan convivir los padres con hijos de mediana edad, ya porque no hayan podido acceder a una vivienda propia, ya porque después de una crisis matrimonial, por ejemplo, han vuelto al domicilio paterno.

En estos supuestos, considerar que, en todo caso, existe una relación de dependencia o subordinación de los hijos sobre los padres es contraria a la realidad social, máxime cuando pueden ser los hijos los que estén sustentando la economía familiar, en todo o en parte. Por ello, considero que la facultad de exclusión debe prevalecer aunque sea solo ejercitada por un hijo mayor de edad.

---

<sup>383</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: “*El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*”. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 112.

<sup>384</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: “*La inviolabilidad del domicilio*”. Editorial Tecnos. 1992. Página 122.

En el caso del personal doméstico que se encuentre en la vivienda, ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>385</sup> expresa que: *“la persona empleada, no puede en modo alguno, hacer valer su negativa a la entrada de los órganos inspectores anteriormente aludidos que haya sido autorizada por el titular del domicilio, ni tampoco, por supuesto, hacer prevalecer su consentimiento frente a la prohibición de este último”*.

ALONSO DE ANTONIO<sup>386</sup> considera que la única facultad del personal de servicio es permitir el acceso al domicilio de las personas que contribuyan al funcionamiento del mismo en toda su extensión (técnicos, empleados) o personas ligadas a los propietarios (parientes, amigos), y todo ello dependerá de la autorización del propietario.

MATÍA PORTILLA<sup>387</sup> lo expresa con claridad al afirmar que: *“desde esta óptica, puede sostenerse que en caso de conflictos relevantes, debe prevalecer la voluntad del titular del hogar. Ello no presupone que el empleado carezca de toda facultad de ejercicio del derecho, pero sí implica que no pueda hacer valer su prohibición a que entre un invitado del titular del hogar familiar, ni, por supuesto, hacer valer su consentimiento en contra de la prohibición del titular de la morada expresamente conocida por la persona que quiere entrar”*.

A nuestro juicio, esta tesis es la más adecuada a la relación de subordinación que existe entre el empleador y el servicio doméstico. No obstante, respecto del que pernocte también en el domicilio familiar, y cuente con un dormitorio o unas estancias separadas y específicas para su desarrollar su privacidad, entendemos que la entrada o registro de una autoridad o un tercero ajeno, precisará de un específico consentimiento

---

<sup>385</sup> ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 216.

<sup>386</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 113.

<sup>387</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 110.

para la injerencia sobre dichas estancias. En este caso, la negativa del empleado a permitir la entrada en dichos lugares hace inútil el consentimiento prestado por el titular del domicilio, y será necesaria una orden judicial habilitante.

#### VII.6 EL CONSENTIMIENTO EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

Dado que las personas jurídicas pueden ostentar también el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, se plantea, en torno al consentimiento para la injerencia domiciliaria, la posibilidad de la existencia de distintos domicilios donde la persona jurídica desarrolle su actividad, y quién, en cada caso, ostentará el derecho a consentir o vetar la entrada.

La doctrina científica mayoritaria<sup>388</sup> parte de la consideración de que la titularidad para prestar el consentimiento debe recaer en el dueño de la empresa o negocio. Ello se considera factible cuando se trata de una pequeña sociedad, pero cuando se trata de grandes empresas con distintas sedes o locales, tal criterio no puede ser suficiente. En tal caso, ALONSO DE ANTONIO<sup>389</sup> opta por los órganos rectores (Consejo de Administración, Presidencia colegiada, etc.).

En caso de conflicto entre distintos miembros de la sociedad, habría que partir de la relación jerarquizada que existe en las empresas, y por ello, FIGUEROA NAVARRO<sup>390</sup> se decide por: *“el máximo responsable o encargado del domicilio afectado”*. También, ÁLVAREZ

---

<sup>388</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 113; FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 163; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 217.

<sup>389</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 113.

<sup>390</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid, 1998. Páginas 163-164.

MARTÍNEZ<sup>391</sup> entiende que dicho consentimiento habrá de prestarse por: *“aquellas personas físicas que ostenten la representación del ente colectivo”*, y añade que: *“la última palabra al respecto corresponderá al representante de mayor rango o nivel”*.

Por tanto, ha de excluirse de la facultad de prestar el consentimiento a personas que no ostentan ninguna función directiva, tanto los que realizan funciones meramente administrativas como el personal de vigilancia, seguridad y limpieza, por ejemplo. Dicho consentimiento se debe prestar por dicho personal directivo en cada sede, sucursal o local en que se recabe dicho consentimiento.

---

<sup>391</sup> ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Páginas 217-218.



VIII

---

DELITO FLAGRANTE



## DELITO FLAGRANTE

### VIII.1 INTRODUCCIÓN

Otro de los supuestos constitucionales que permiten la entrada y registro domiciliario es la existencia de un delito flagrante, según el art. 18.2 CE.

Por ello, y partiendo de la falta de una definición en la CE, es necesario abordar en este capítulo su concepto, indagando el tratamiento procesal que ha tenido en nuestra tradición jurídica, para centrarnos más tarde en su configuración constitucional.

En esta labor es esencial desentrañar la noción que se ha ido elaborando por la jurisprudencia del TC y del TS, su reflejo en las aportaciones doctrinales y en el concepto procesal del término, tal como se encuentra regulado en la legislación procesal penal.

### VIII.2 APROXIMACIÓN PROCESAL

El concepto de delito flagrante ha estado presente en la legislación procesal penal española desde la vigencia de la actual LECRIM de 1882. Esta ley incluyó, en su redacción original, un procedimiento en casos de flagrante delito, con la idea de establecer un procedimiento más rápido y sencillo que el proceso penal ordinario. Su definición legal se encontraba en el art. 779 de dicha norma<sup>392</sup>.

---

<sup>392</sup> Dicho artículo establecía en lo afectante al concepto que: “*se considerará delito flagrante el que estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos e instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él*”.

Las reformas procesales que sufrió la legislación procesal penal no determinaron un cambio del concepto legal hasta que la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que modifica el art. 779 de la LECRIM al crear el procedimiento abreviado para determinados delitos, y que supuso la eliminación de dicho concepto legal.

No deben tratarse aquí otras referencias de la LECRIM que aluden a situaciones de flagrancia delictiva, pero que no están relacionadas con el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, que es lo constituye materia de nuestro estudio. Nos estamos refiriendo al art. 490 y 492<sup>393</sup> de dicha norma, que aluden a supuestos de detención, y que por tanto estarían referidos al derecho a la libertad del art.17 CE.

El art. 553 LECRIM, en su redacción original<sup>394</sup>, también establecía una conexión explícita con el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, permitiendo a los agentes de la autoridad los registros en domicilios habitados en caso de flagrante delito. Dicho precepto fue estudiado en su redacción actual en el capítulo VI, a propósito de la suspensión del derecho, y a ello nos remitimos.

La entrada en vigor de la CE se produce en un contexto jurídico donde ya existía una concepción procesal de la flagrancia delictiva, de tal modo, que podemos afirmar con MATÍA PORTILLA<sup>395</sup> que: *“la noción de delito flagrante es, como se ha afirmado en el mismo título de este subepígrafe, una noción de derecho procesal”*. Ello no será óbice para adentrarnos

---

<sup>393</sup> El art. 490 LECRIM dispone que: *“cualquier persona puede detener: [ ] 2. Al delincuente in fraganti”*. Y el art. 492 de la misma ley establece: *“La Autoridad o agente de la policía judicial tendrán obligación de detener: 1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490”*.

<sup>394</sup> Este art. proclamaba que: *“los Agentes de Policía podrán asimismo proceder de propia autoridad al registro de un lugar habitado, cuando haya mandamiento de prisión contra una persona y traten de llevar a efecto su captura, cuando un individuo sea sorprendido en flagrante delito; o cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la Autoridad, se oculte o refugie en alguna casa”*.

<sup>395</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 345.

posteriormente en la construcción de un concepto constitucional del término.

Aún derogado el primitivo concepto legal de flagrancia, la jurisprudencia del TS, se preocupó de delimitar un concepto de delito flagrante. La importante sentencia del TS de 29 de marzo de 1990<sup>396</sup>, alude al origen del término manifestando que *“la palabra flagrante viene del latin flagrans-flagrantis, participio de presente del verbo flagrare, que significa arder o quemar, y se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, y en este sentido ha pasado a nuestros días, de modo que por delito flagrante en el concepto usual hay que entender aquel que se está cometiendo de la manera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con esa situación anómala y grave a fin de que cese el delito porque está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente o porque es posible conseguir que el mal se corte y no vaya en aumento, y, además, hay una razón de urgencia también para capturar al delincuente”*

Y delimita su configuración al establecer que: *“el concepto de delito flagrante, a los efectos del artículo 18.2 de la Constitución Española y del correlativo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, queda delimitado por los tres requisitos siguientes:*

*1º. Inmediatez temporal, es decir, que se está cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes.*

*2º. Inmediatez personal, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho.*

---

<sup>396</sup> Dicha sentencia de 29 de marzo de 1990 (identificación CENDOJ 28079120011990107741) es seguida en cuanto al concepto de delito flagrante por otras posteriores como las sentencias del Tribunal Supremo 2 de noviembre de 1993,f.j.1 <sup>a</sup>(identificación CENDOJ 28079120011993106523) y 19 de octubre de 1994,f.j.2<sup>o</sup>( identificación CENDOJ 28079120011994108472).

3º. Necesidad urgente, de tal modo que la Policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la Autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente”.

Dicho concepto queda determinado por estas tres notas características. El TS tuvo en cuenta el derogado art. 779 LECRIM como punto de partida para alcanzar su configuración jurisprudencial, por lo que su influjo se perpetuó más allá de su derogación legal.

Con posterioridad, el legislador definió legalmente el concepto de delito flagrante en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana 1/1992, de 21 de Febrero<sup>397</sup>, al establecer la posibilidad de entrada de la policía en domicilios privados fundada en meras sospechas o indicios, lo que determinó que el TC<sup>398</sup> se pronunciara al respecto, declarando inconstitucional dicha posibilidad, y considerando que la flagrancia precisa de evidencia del delito entendida como percepción directa del mismo y urgencia de la actuación policial.

No obstante, dicha problemática la abordaremos con más detenimiento al tratar del concepto constitucional de delito flagrante.

---

<sup>397</sup> Esta ley ha sido derogada por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

<sup>398</sup> La sentencia TC 341/1993, de 18 de noviembre declaró inconstitucional el art. 21.2 de la citada ley que establecía lo siguiente: «A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.»

La Ley 38/2002, de 24 de octubre que instaura en la legislación procesal penal los llamados “juicios rápidos”, recoge un concepto de delito flagrante en el art. 795.1.1º LECRIM en términos muy parecidos al concepto legal preexistente, estableciendo que: *“a estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”*.

En base a ello, dicho concepto procesal de flagrancia delictiva se producirá cuando se dé alguna de las siguientes situaciones:

- Que el delincuente sea sorprendido en el momento de estar cometiendo el delito.
- Que el delincuente sea sorprendido cuando acaba de cometer el delito, bien en el acto, o tras una persecución sin solución de continuidad.
- Que el delincuente sea detenido, después de la comisión de un delito, con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en el delito.

Esta noción procesal englobada en los tres supuestos apuntados coincide con las categorías ofrecidas por FIGUEROA NAVARRO<sup>399</sup>, el cual distingue: *“la flagrancia propia, o concepto estricto de delito flagrante, cuando el autor es sorprendido en el momento de comisión del delito; la impropia*

---

<sup>399</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.l., Madrid, 1998. Página 193.

*o cuasiflagrancia, cuando el autor es detenido o perseguido inmediatamente después de la ejecución sin haber sido perdido de vista por la fuerza pública u otras personas; y la denominada sospecha o presunción de flagrancia cuando el delincuente fuere sorprendido inmediatamente después de cometido el delito y de cesada la persecución, pero llevando todavía consigo efectos o instrumentos que infundan la sospecha o presunción vehemente de su participación en él. No obstante, en este último caso se duda, con razón, de que pueda hablarse realmente de flagrancia, sino que sería más apropiado entender que se trata de una ficción jurídica."*

No obstante, conviene precisar que, tal como establece ARAGONESES MARTÍNEZ<sup>400</sup>, este concepto procesal de delito flagrante se establece legalmente para determinar el ámbito objetivo de "los juicios rápidos". Es evidente que dicho precepto se ha establecido dentro de un procedimiento penal concreto, y no con carácter general para todos ellos, y que su configuración definitiva deberá realizarse teniendo en cuenta la dimensión constitucional del término.

### VIII.3 CONCEPTO CONSTITUCIONAL

Una vez asentada una determinada noción de delito flagrante desde el punto de vista procesal, es necesario ahondar en el estudio del mismo para ofrecer, si ello fuera posible, una percepción constitucional del término, obligación doctrinal derivada de su referencia expresa en el art. 18.2 CE.

Junto a ello, la definición legal del vigente art. 795.1.1º LECRIM pueda no acomodarse al estricto respeto que ha de predicarse del derecho fundamental, además de estar legalmente fijada para una finalidad distinta a la de establecer el contenido esencial del derecho fundamental;

---

<sup>400</sup> ARAGONESES MARTINEZ, S. y otros: "*Derecho procesal penal*". Editorial Universitaria Ramón Areces. 7ª edición. Página 370.

concretamente, para determinar el alcance objetivo de los denominados “juicios rápidos”.

Esta dimensión estrictamente procesal de la definición ofrecida por la LECRIM no nubla por completo de influencia a dicha configuración legal. MATÍA PORTILLA<sup>401</sup> establece que la noción constitucional de domicilio no difiere fundamentalmente de la noción procesal.

En las Constituciones históricas españolas, el precedente constitucional lo constituye la Constitución de 1869, la cual se refirió expresamente a la flagrancia delictiva al regular la inviolabilidad domiciliaria. El art. 5 de dicha Constitución establecía que: *“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, o de agresión ilegítima procedente de dentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro. Fuera de estos casos, la entrada en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, sólo podrán decretarse por el Juez competente y ejecutarse de día. El registro de papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y, en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo. Sin embargo, cuando un delincuente, hallado in fraganti y perseguido por la Autoridad o sus agentes, se refugiare en su domicilio,*

---

<sup>401</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: “El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997, en su página 351 establece que: *“parece claro que la noción constitucional de delito flagrante no difiere, en exceso, de la recogida (con estrictos efectos procesales, en principio) en el artículo 779 LECr. Tal cercanía material (que no identidad) como se verá a continuación) puede deducirse de varios argumentos. El primero es que, como ya se ha indicado con anterioridad, el delito flagrante procesalmente definido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal había ya servido para delimitar otras formulaciones constitucionales de la inviolabilidad del domicilio( Constituciones de 1876 y 1931), siéndola vigente tributaria, en este punto, de aquéllas ( expresamente de la Constitución de 1869, aunque formalmente se anude a la de 1876).El segundo argumento que induce a pensar que las nociones constitucional y procesal de delito flagrante son cercanas es que ésta última se encontraba vigente cuando el constituyente incluyó aquélla en la Constitución. El tercer (y último) argumento en la misma dirección es que no sólo-como ya se ha indicado- no se ha cuestionado la incompatibilidad material entre las nociones procesal y constitucional de delito flagrante, sino que, bien al contrario, el Tribunal Supremo ha intentado determinar la noción constitucional partiendo, en su examen, de la procesal”.*

*podrán éstos penetrar en él, sólo para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, procederá requerimiento al dueño de éste”.*

Por ello, PASCUAL LÓPEZ<sup>402</sup> afirma que en dicha Constitución: *“las circunstancias que autorizan la entrada legítima en domicilio ajeno se encuentran perfectamente detalladas: consentimiento del titular, estado de necesidad, flagrante delito y autorización judicial”.*

Posteriormente, la única Constitución que recoge el término de delito flagrante como supuesto legítimo de injerencia en el derecho fundamental es la actual Constitución de 1978.

Es evidente que la CE no ofrece una definición de delito flagrante, y que el intento legal de definición se hizo con la publicación de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana 1/1992, de 21 de Febrero que en su artículo 21.2 establecía: *“A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.».*

Como afirma FERNÁNDEZ SEGADO<sup>403</sup> dicha regulación legal fue objeto de una ardua polémica parlamentaria con motivo del debate del Proyecto de dicha ley.

---

<sup>402</sup> PASCUAL LÓPEZ, S.: *“La inviolabilidad del domicilio en el derecho español”*. Editorial Dykinson. 2001. Página 148.

<sup>403</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *“El sistema constitucional español”*. Editorial Dykinson S.L. Madrid. 1992. Página 225.

MATÍA PORTILLA<sup>404</sup> afirma que: *“estas críticas se han vertido en medios de comunicación social, en un buen número de trabajos doctrinales (que comentan o bien el precepto legal o, en su caso, la sentencia del Tribunal Constitucional que declaraba su nulidad) y en tres recursos y dos cuestiones de inconstitucionalidad interpuestos ante el Tribunal Constitucional”*.

Hasta tal punto arreció la crítica que el conocimiento popular de la ley devino por la regulación legal del citado precepto, de tal modo, que en la prensa fue denominada como la *“ley de la patada en la puerta”*, aludiendo a las entradas domiciliarias efectuadas por la policía sin autorización judicial y por medios expeditivos.

El pronunciamiento del TC sobre dicho precepto sirvió para delimitar el concepto de delito flagrante a efectos constitucionales. La sentencia TC 341/1993, de 18 de noviembre, declaró inconstitucional el precepto, pero no consideró que a dicho tribunal le correspondiera: *“determinar con detalle, en todos sus extremos, el concepto de flagrancia delictiva, pero si debe, cuando así se le pida para enjuiciar una disposición de la ley, perfilar los contornos esenciales que en la Constitución muestra tal figura, interpretación ahora inexcusable a fin de resolver sobre la constitucionalidad, también en cuanto a este punto, del art. 21.1 LOPSC”*.

No compartimos la valoración que FIGUEROA NAVARRO realiza a dicha decisión del TC cuando manifiesta que: *“¿no es acaso el TC el máximo intérprete de la Constitución. Pues, según él mismo había reconocido en la STC 76/1983, el papel que le toca desempeñar es, precisamente, el de fijar el contenido de los términos de la Constitución con carácter general, cerrando el paso a cualquier otra interpretación”*.

A nuestro juicio, la crítica es excesiva. En primer lugar, lo que el TC niega es que deba ofrecer un concepto de flagrancia delictiva determinado

---

<sup>404</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 361.

en todos sus extremos, no que no le corresponda fijar su contenido esencial, como ocurriría con cualquier derecho fundamental.

En segundo lugar, exigir del TC una configuración terminada y cerrada de un término utilizado por la CE, supondría traspasar su labor de intérprete constitucional para erigirse en un “segundo legislador”, obviando la labor del Parlamento, a quién por mandato constitucional, y por Ley Orgánica, le corresponde desarrollar el contenido de los derechos fundamentales, según el art. 81.1 CE.

La noción constitucional que ofrece este precepto anulado se hallaba relacionada con un específico delito: el delito de tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Al respecto, el TC en la citada sentencia 341/1993, de 18 de noviembre<sup>405</sup>, señala la posibilidad de que el legislador pueda establecer supuestos específicos de flagrancia para un elenco determinado de delitos, y eso no es contrario a la CE “per se”, siempre que respete el concepto esencial de flagrancia delictiva emanado del art. 18.2 CE.

No obstante, en la meritada sentencia el propio TC considera que la flagrancia delictiva tiene en el art. 18.2 CE una vocación o alcance general, y ello es también reconocido por sectores de la doctrina científica<sup>406</sup>.

---

<sup>405</sup> Esta sentencia en su f. j. 8º C) establece que: “ahora bien, aunque la Constitución no ha singularizado supuesto delictivo alguno para aplicarle, o permitir que le sea aplicado, un concepto ad hoc de flagrancia, no es menos cierto que la noción general de delito flagrante, no es menos cierto que la noción general de delito flagrante requiere una aplicación jurisdiccional siempre atenta a las singularidades del modo de verificación de cada concreta conducta delictiva, y que bien puede el legislador anticipar en sus normas esa precisión o concreción, para ilícitos determinados, del concepto constitucional que nos ocupa. Tal delimitación selectiva del concepto constitucional constitucional sólo podrá reputarse de ilegítima si con ella se pretendiera relativizar o disminuir la garantía dispuesta en el art- 18.2de la Constitución”.

<sup>406</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: “Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 210; MATÍA PORTILLA, F.J.: El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 372.

La vigente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, no contiene referencia alguna al delito flagrante.

Otra cuestión relacionada con la anterior estriba en la polémica de si la referencia que la CE realiza al término “delito” aplicado a la flagrancia, ha de estar referido exclusivamente a las infracciones criminales calificadas como delitos en el CP, o si también ha de afectar a las faltas. Ello dio motivo a una enconada discusión doctrinal en torno a la extensión del delito flagrante.

Algunos autores apostaron por una noción amplia que incluyera todas las conductas penalmente punibles. Así, FIGUEROA NAVARRO<sup>407</sup> es partidaria de esta postura al afirma que: *“en primer lugar, la calificación de un hecho punible como delito o falta es competencia del Juez y por lo tanto escapa a las atribuciones de los Agentes de la Autoridad. Y, en segundo lugar, aunque más importante si cabe, porque si precisamente al ser flagrante el hecho punible que se está cometiendo en el domicilio, es urgente intervenir, sin esperar a la resolución del Juez, para impedir la lesión de un bien jurídico protegido, no puede esperar la policía a que, por ejemplo, la agresión que ha empezado a sufrir la víctima deje de ser constitutiva de una falta contra la integridad y pase a ser un delito contra dicho bien jurídico, porque además de las dificultades prácticas que ello conlleva, de nuevo, podría ser demasiado tarde. Así lo importante no es frustrar un delito o falta, sino impedir que un bien jurídico sea lesionado. Por lo tanto, la palabra delito ha de entenderse como sinónimo de conducta penalmente punible, incluyendo tanto los delitos como las faltas”*. Dicha posición también es mantenida por ALONSO DE ANTONIO<sup>408</sup>.

---

<sup>407</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: “Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 207.

<sup>408</sup> ALONSO DE ANTONIO, A.L.: “El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 120.

En cambio MATIA PORTILLA<sup>409</sup> considera que la comisión flagrante de una falta: *“no justifica, por sí sola, injerencia alguna en la inviolabilidad del domicilio, sino es obteniendo una previa resolución judicial”*. No obstante, matiza dicha doctrina en los casos en que no pueda determinarse inicialmente si la acción delictiva constituye delito o falta, como por ejemplo<sup>410</sup>: *“el caso de un robo de una cartera, cuya calificación penal como delito o falta depende de la cuantía de dinero que contenga. En estos casos sí que es posible la intervención domiciliaria, porque ha podido cometerse un delito”*.

Tal polémica doctrinal ha perdido en la actualidad relevancia, dado que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP ha venido a despenalizar a las faltas, de tal modo que las únicas conductas punibles existentes en la actualidad serán las castigadas como delito. En el exponendo XXXI del Preámbulo de esta ley se señala que: *“la reforma supone la derogación completa del Libro III del Código Penal, de forma que desaparece la infracción penal constitutiva de falta”*.

De este modo, la polémica doctrinal, en este punto, pierde gran parte de su vigencia, al existir únicamente las infracciones criminales constitutivas de delito.

Bien es cierto, que los contornos esenciales del delito flagrante nos los ofreció el TC, a propósito de la sentencia 341/1993, de 18 de noviembre que declaró inconstitucional el artículo 21.2 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana 1/1992, de 21 de Febrero.

En principio, el TC<sup>411</sup> parte del hecho de la: *“arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en el que el delincuente es sorprendido- visto*

---

<sup>409</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 373.

<sup>410</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 361.

<sup>411</sup> sentencia TC 341/1993, de 18 de noviembre, f.j.8º C).

*directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetuación del ilícito-".* Y estima que las dos características esenciales de la flagrancia delictiva son la evidencia del delito y la urgencia de la intervención policial.

Y esas características del delito flagrante son las que determinan que se declare la inconstitucionalidad del precepto, dado que la imprecisión de los términos empleados: "*conocimiento fundado*" y "*constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer*" el delito por parte de los agentes de la autoridad, adolecen de una notable imprecisión y amplitud, incompatible con el rigor del art. 18.2 CE.

La referida sentencia proclama que: "*estas expresiones legales [conocimiento fundado] y [constancia] en cuanto no integran necesariamente un conocimiento o percepción evidente van notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia. Al utilizar tales términos el precepto permite entradas y registros domiciliarios basados en conjeturas o sospechas que nunca, por sí mismas, bastarían para configurar una situación de flagrancia. Las expresiones ambiguas e indeterminadas que contiene el art. 21.2 confieren al precepto un alcance que la Constitución no admite*".

La doctrina mayoritaria<sup>412</sup> acogió el precepto declarado inconstitucional con notables críticas. FERNÁNDEZ SEGADO<sup>413</sup>, en cambio, consideró constitucional el citado artículo.

---

<sup>412</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: "*El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*". Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 363; FIGUEROA NAVARRO, C.: "*Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español*". Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Páginas 199-202; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: "*El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*". Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 155.

<sup>413</sup>FERNÁNDEZ SEGADO, F.: "*El sistema constitucional español*". Editorial Dykinson S.L. Madrid. 1992. Página 225. El citado autor considera que la constancia y la evidencia son conceptos equiparables, pues: "*ambos conceptos presuponen lo mismo: la certeza del hecho, su exactitud, difiriendo tan sólo en el grado de esa certeza. La diferencia conceptual no presupone una diferencia sustancial, sino tan sólo de grado, y desde este punto de vista nos parece que las circunstancias delineadas por el art. 21.2 de la Ley de Seguridad Ciudadana son perfectamente reconducibles al concepto de flagrancia*".

Por lo tanto, para el TC son dos las notas características de la flagrancia delictiva: la evidencia del delito y la urgencia de la intervención policial. Doctrinalmente<sup>414</sup>, se ha equiparado la evidencia del delito con las características de inmediatez personal y temporal que correspondían a la noción procesal del mismo, tal como lo ha definido el TS, según hemos visto en epígrafe VIII.2.

La sentencia TC 94/1996, de 24 de mayo, realiza una nueva conceptualización de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de un delito flagrante a efectos constitucionales, y lo hace haciendo una aplicación de éste aún más amplia que la recogida en la anterior sentencia TC 341/1993, de 18 de noviembre.

Esta sentencia TC 94/1996, de 24 de mayo, expresa en su f.j. 4º “in fine” que: *“únicamente es admisible desde el punto de vista constitucional (art. 18.2 CE) cuando dicha injerencia se produzca ante el conocimiento o percepción evidente de que en dicho domicilio se está cometiendo un delito, y siempre que la intervención policial resulte urgente para impedir su consumación, detener a la persona supuestamente responsable del mismo, proteger a la víctima, o por último, para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito”*.

Intentando sistematizar dichos requisitos, debemos tratarlos cada uno por separado, para analizar las circunstancias y supuestos en los que se dará o no la flagrancia delictiva, teniendo en cuenta la jurisprudencia y las aportaciones doctrinales.

a) Evidencia del delito

---

<sup>414</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 352; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, JOAQUÍN: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 188; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 154.

El TC utiliza el concepto de evidencia asimilado a “conocimiento o percepción evidente”. En otras ocasiones, se emplea el término “indicios racionales y vehementes”.<sup>415</sup>

Es decir, requiere que los agentes de la autoridad hayan llegado a una convicción sólida, de carácter objetivo. Ello se puede deducir de la valoración que se haga de tales indicios, y que en definitiva, corresponderá analizar en último extremo a la autoridad judicial competente, ante el planteamiento de la nulidad de la entrada y registro efectuada.

No obstante, la valoración de los indicios de la existencia de un delito flagrante corresponde realizarla “in situ” a las fuerzas policiales, pues su actuación se realiza sin mandamiento judicial.

En la sentencia TC 94/1996, de 24 de mayo, se observa una ampliación del concepto de evidencia del delito, al permitir la entrada y el registro domiciliario no basado exclusivamente en una percepción visual directa, sino inferida de otra manera.

Es decir, el conocimiento o percepción evidente puede deducirse de otros datos objetivos. En este caso, se efectúa un segundo registro en una vivienda de la coencausada una vez que ya ha sido detenida en el registro de la primera vivienda. En esta primera intervención fue observada directamente por la policía cuando pretendía deshacerse de la droga mediante la introducción de la misma en un inodoro. A continuación, se practicó un segundo registro en otra vivienda, y el conocimiento evidente de la flagrancia delictiva que motivó éste último, se deduce por el tribunal en que el tráfico de drogas lo ha efectuado en los dos domicilios, pues ha salido y entrado de ambos para efectuar las operaciones de intercambio y venta de droga.

---

<sup>415</sup> sentencia TC 94/1996, de 24 de mayo, f.j.5°.

FIGUEROA NAVARRO<sup>416</sup> lo explica con rigor cuando señala que: “*sin embargo, la STC 94/1996, de 28 de mayo, ha venido a consolidar la orientación iniciada por la STC 341/93, relativa a la nota de evidencia en el delito flagrante, la cual es jurisprudencialmente configurada no sólo como una modalidad sensitiva, sino además cognoscitiva. Así, admite tanto la percepción directa o sensorial como el conocimiento evidente*”.

Sin embargo, para MATÍA PORTILLA<sup>417</sup> la sentencia TC 94/1996, de 28 de mayo, realiza una extensión intolerable del concepto de flagrancia delictiva.

A raíz de estas resoluciones del TC, se produce una cierta evolución en el concepto ofrecido por el TS sobre el delito flagrante, al que se le añade la nota de la percepción evidente del delito como requisito necesario para apreciar la flagrancia delictiva.

Concretamente, es la sentencia TS 453/2001, de 16 de marzo<sup>418</sup> la que establece los siguientes requisitos:

*“1. Inmediatez, es decir, que la acción delictiva se esté desarrollando o se acabe de realizar.*

*2.- Relación directa del delincuente con el objeto, instrumentos o efectos del delito.*

*3. Percepción directa, no meramente presuntiva de la situación delictiva.*

---

<sup>416</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: “*Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español*”. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 200.

<sup>417</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: “*El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*”. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 357.

<sup>418</sup> sentencia TS 453/2001, de 16 de marzo f.j. 2º ( La Ley 3372/2001), y ésta doctrina es seguida también en las sentencias TS 716/2005, de 6 de junio, f.j. 2º( identificación CENDOJ 2807912005100709) ; TS 6910/2010, de 25 de noviembre, f.j. 2º( identificación CENDOJ 28079120012010101005).

4. *Necesidad evidente de la intervención para evitar la consumación o agotamiento del delito, o la desaparición de los efectos del mismo.*”.

Por tanto, se incorpora por influencia de la doctrina constitucional, el elemento de la “percepción directa” de la situación delictiva, que puede ser de carácter sensorial por parte de los agentes de policía. Ello ha sido corroborado una numerosa doctrina jurisprudencial del TS<sup>419</sup>.

Junto a ello, también se aprecia la situación de percepción suficiente para constituir flagrancia cuando dicha percepción no permite con claridad dilucidar si efectivamente se está cometiendo un delito o qué clase de delito pueda ser el realizado, sino que puede ser inferida por los funcionarios policiales en base a datos objetivos y racionales.

Es lo que expresa la citada sentencia TC 94/1996, de 28 de mayo, y que se reproduce por el TS con fórmula similar al señalar en su sentencia 69/2010, de 25 de noviembre<sup>420</sup> que *“por ello, cuando las circunstancias concurrentes en el escenario de los hechos, analizadas por los funcionarios policiales desde su propia experiencia profesional, permiten a éstos un juicio crítico y racional de que la actividad desarrollada por las personas observadas de modo directo e inmediato es delictiva, la invasión domiciliaria se encuentra justificada y legitimada por la flagrancia”*.

El supuesto habitual es el delito de tráfico de drogas, en el que la policía no puede saber “a priori” lo que contienen los envoltorios que manejan los presuntos delincuentes, o los efectos o instrumentos del

---

<sup>419</sup>sentencias TS 409/1994, de 31 de enero, f.j.1º ( identificación CENDOJ 280791200119941077 13); 3338/2000, de 18 de abril, f.j. 3º (identificación CENDOJ 28079120012000103007); 5557/2005, de 26 de septiembre, f.j. 2º (identificación CENDOJ 28079120012005101081); 8695/2006, de 20 de diciembre, f.j. 2º (identificación CENDOJ 28079120012006101325) ; 861/2009, de 19 de octubre, f.j. 1º ( identificación CENDOJ 280791120012010100693).

<sup>420</sup>sentencias TS 69/2010, de 25 de noviembre, f.j. 2º( identificación CENDOJ 2807911200120101 01005); que sigue otras anteriores como la 980/2004, de 22 de julio, f.j. 1º( identificación CENDOJ 28079120012004100967); 1255/1998, de 24 de febrero, f.j. 4º ( identificación CENDOJ 28079120011998102301).

presunto delito que puedan ser hallados en el registro domiciliario, siempre que existan datos objetivos de la posible existencia de dicha situación delictiva.

De este modo, puede concluirse que la flagrancia delictiva fundada en un “conocimiento evidente” no presupone solamente una percepción sensorial directa, sino cualquier indicio delictivo racional y objetivo, alejado de la mera sospecha o conjetura, y que pueda permitir una actuación policial fundamentada.

El TS ha legitimado también como situación de flagrancia delictiva los llamados “hallazgos casuales”. Dichos hallazgos son los que realiza la policía en el curso de una intervención domiciliaria basada en un mandamiento judicial para la persecución de un delito concreto, y a la hora de registrar el domicilio, aparecen otros efectos o instrumentos que pueden ser indicios de la comisión de unos hechos delictivos diferentes, y por tanto, no amparados en el auto judicial fundamentador del referido registro.

En estos casos, la inicial jurisprudencia del TS había equiparado dichos descubrimientos casuales a los que tienen lugar en el caso de intervenciones telefónicas, y había considerado que dichos hallazgos son nulos.

Pero una nueva línea jurisprudencial se inicia con la sentencia TS 7470/1995, de 28 de abril<sup>421</sup>. La sentencia TS 981/2003, de 3 de julio<sup>422</sup>

---

<sup>421</sup> La citada sentencia expresa en su f.j.. 1º que: “*en el caso presente la entrada se verificó en virtud de un Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Torrelavega, de fecha 8 de octubre de 1993, que obra al folio 2 de las diligencias previas en que se acordó, pues la Policía lo había solicitado así. Es cierto que el objeto del registro era para buscar objetos procedentes de un robo con intimidación, pero con ello la Policía entró ya legalmente a efectos constitucionales en ese domicilio con lo que la garantía de su inviolabilidad no se ha infringido. No cabe comparar el caso con el de la autorización para intervenir las comunicaciones telefónicas a efectos de aplicarle las condiciones extrapoladas de la jurisprudencia de esta Sala para casos de escuchas y grabaciones telefónicas*”, (identificación CENDOJ 28079120011995101950)

recoge dicha doctrina con rotundidad al afirmar que: *“es cierto que esta Sala, trasladando su doctrina sobre las escuchas telefónicas a la entrada y registro, resolvió algunos supuestos bajo un denominado principio de especialidad, concepto, a su vez, trasladado de la extradición. La jurisprudencia más reciente abandona dicha interpretación jurisprudencial destacando las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintos (...), que ya se señaló que si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia por lo que producida tal situación la inmediata recogida de las mismas no es sino consecuencia de la norma general contenida en el art. 286 de la Ley Procesal ”* .

Del conjunto de resoluciones dictadas por el TS podemos concluir que para que el “hallazgo casual” sea constitucionalmente legítimo será necesario:

1º) que la actuación policial de entrada y registro domiciliaria sea constitucionalmente lícita, por hacerse en base a un mandamiento judicial

---

<sup>422</sup>sentencia TS 981/2003, de 3 de julio, f.j. 4º (identificación CENDOJ 28079120012003103477), y reiterada en sucesivas sentencias posteriores, 167/2010, de 24 de febrero, f.j. 3º (identificación CENDOJ 28079120012010100094); 1110/2010, de 23 de octubre, f.j. 1º (identificación CENDOJ 28079120012010101064); 539/2011, de 26 de mayo, f.j. 1º (identificación CENDOJ 2807912001201100528); 48/2013, de 23 de enero, f.j. 4º (identificación CENDOJ 28079120012013100064).

u otro título habilitante que permita tal actuación, y autorice a los agentes de policía la realización de dicha injerencia domiciliaria<sup>423</sup>.

2º) Que exista proporcionalidad entre la injerencia en el derecho fundamental que el registro conlleva y la gravedad del delito. Por tanto, el hallazgo debe suponer la posibilidad de incriminar al afectado por un delito de suficiente entidad. Se ha apreciado, por ejemplo, en los casos de tráfico de drogas y posesión ilícita de armas.

3º) que no haya habido una actuación deliberada de ocultación de los agentes de policía de los verdaderos motivos de su investigación. Es el supuesto en que, por ejemplo, hayan solicitado el mandamiento de entrada y registro por un delito determinado, cuando en realidad, su investigación criminal se dirigía a la persecución de unos hechos delictivos diferentes. En tal caso, su actuación podría ser motivo, incluso, de responsabilidad disciplinaria o penal, en su caso.

b) Urgencia de la intervención policial

El segundo requisito exigido por el TC para apreciar la flagrancia delictiva requiere que los agentes de policía realicen la injerencia domiciliaria porque exista una necesidad urgente de intervenir. Tal urgencia debe estar motivada, tras la sentencia TC 94/1996, de 24 de mayo, por una triple finalidad: impedir la consumación del delito, lograr la aprehensión del delincuente, o evitar la desaparición de los efectos e

---

<sup>423</sup> Se ha rechazado la licitud del descubrimiento casual por falta de legalidad de la invasión domiciliaria de la policía, por ejemplo en la sentencia TS 103/2015, de 24 de febrero, porque la injerencia inicial no está basada en un auto judicial y se produjo por un delito de secuestro que ya se había terminado al hallar al secuestrado en la calle. Con motivo de dicho actuación la policía entró en el domicilio por estrictos motivos de seguridad, y se encuentra droga. Este último hallazgo carece de validez, pues la actuación inicial de la policía no tiene cobertura legal. En el mismo sentido la sentencia del TS 879/2006, de 20 de septiembre rechaza la existencia de “hallazgo casual” por el mismo motivo de no estar justificada la entrada y registro realizada por la policía en una vivienda en la que se había producido un incendio que fue apagado por los bomberos. Una vez terminado el mismo, penetra la policía y encuentra cocaína en dicho domicilio. No se produjo el descubrimiento de ese presunto hecho delictivo en una injerencia domiciliaria legítima, y por ello se considera que no existe tal delito flagrante.

instrumentos del delito. Como puede verse, dichas finalidades son observadas también por la jurisprudencia del TS que hemos analizado en el apartado anterior

El primer supuesto expuesto consistente en evitar la consumación del delito, parece ser el criterio tradicional de flagrancia. Así, para FIGUEROA NAVARRO<sup>424</sup> el concepto constitucional de delito flagrante ha de conectarse con la lesión de un bien jurídico, y añade que: *“de este modo, la urgente intervención se deriva precisamente de la actualidad en la comisión del hecho delictivo, donde la lesión del bien jurídico está teniendo lugar y para evitar que ésta llegue a término, es decir, a su consumación”*.

El segundo supuesto va dirigido a la justificación de la intervención policial de entrada domiciliaria con la finalidad de detención del delincuente. Ya estaba contemplado en el concepto legal expresado en el art. 791.1º LECRIM, que se refiere a que el delincuente sea sorprendido en el momento de estar cometiendo el delito o después de haberlo cometido, si se refugia en un domicilio tras una persecución sin solución de continuidad. Este caso de flagrancia está avalado por la doctrina científica<sup>425</sup>. También se observa el mismo criterio en la jurisprudencia del TS<sup>426</sup>.

---

<sup>424</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 203. En el mismo sentido, MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 357-358; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 119; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Página 176.

<sup>425</sup> FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 203; MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 352; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 119; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: *“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992. Página 176.

<sup>426</sup> sentencias del Tribunal Supremo 351/2000, de 7 de marzo, f.j. 2º (identificación CENDOJ 28079120012000103618); 719/2000, de 18 de abril, f.j. 3º (identificación CENDOJ 2807912001200)

Cuestión distinta es la de si el domicilio en el que el delincuente se refugia deber ser aquél del que sea titular, o si la injerencia es también legítima cuando se refugia en el domicilio de un tercero. En tal sentido, el art. 553<sup>427</sup> LECRIM, con referencia a las entradas y registros domiciliarios, hace alusión a cualquier domicilio en que las personas perseguidas por delitos de terrorismo o cometidos por bandas armadas se refugiasen.

Debe entenderse que la flagrancia delictiva está basada en una urgencia o necesidad de intervención, y por ello, no admite la posibilidad de una valoración o comprobación previa de quién ostenta su titularidad. No obstante, en éste, como en otros criterios, debe apreciarse el principio de proporcionalidad, que exige que existan datos fiables y objetivos de que el presunto delincuente se encuentra en el domicilio afectado, y no la realización de entradas generalizadas en domicilios basadas en meras sospechas o conjeturas faltas de rigor o evidencia.

El tercer supuesto contemplado de asegurar los efectos o instrumentos del delito, se encontraba ya en el concepto de delito flagrante establecido por el TS, tal como vimos al citar la sentencia TS 453/2001, de 16 de marzo. También en el concepto legal de delito flagrante del art. 779.1.1º LECRIM se alude a que el presunto delincuente, después de la comisión de un delito, sea detenido con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en el mismo. No obstante, en este caso, el supuesto no se haya referido solo a que exista

---

0103007), entre otras.

<sup>427</sup> Dicho precepto en su primer párrafo establece que: “los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido”.

una injerencia domiciliaria, sino cuando el autor es aprehendido en cualquier otro lugar.

Debe hacerse de nuevo hincapié en que el TC avaló dicho concepto de urgencia en sentencia TC 94/1996, de 24 de mayo. Dicha extensión del delito flagrante fue duramente criticada por algún autor<sup>428</sup>.

La falta de urgencia en la intervención policial fue excluida inicialmente por el TS respecto de los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, como los delitos de tráfico de drogas, armas, explosivos, municiones, etc. Tal criterio aparece sustentado en sentencia TS de 29 de marzo de 1990<sup>429</sup>. No obstante, la jurisprudencia posterior de este tribunal ha reconocido la necesidad urgente de intervenir por los agentes de policía en el caso de que dicha actuación esté motivada por la necesidad de evitar la destrucción de pruebas del delito<sup>430</sup>. Y es finalmente incluido en el concepto de delito flagrante con carácter general elaborado a raíz de la anteriormente citada sentencia TS 453/2001, de 16 de marzo.

---

<sup>428</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 357-358. Considera este autor que no puede estimarse que exista urgencia en la intervención policial pues la policía realiza una vigilancia de 4 horas en el domicilio investigado, lo que hubiera permitido obtener la correspondiente autorización judicial.

<sup>429</sup> Dicha sentencia establece en su f. j.5º (identificación CENDOJ 28079120011990107741) que: *“hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con esa situación anómala y grave a fin de que cese el delito porque está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente o porque es posible conseguir que el mal se corte y no vaya en aumento, y, además, hay una razón de urgencia también para capturar al delincuente. Así ocurre, por ejemplo, en los casos de robo, incendio, daños, homicidios, lesiones, violaciones, etc; pero no en los supuestos de delitos de consumación instantánea y efectos permanentes como lo son aquellos que se cometen por la tenencia de objetos de tráfico prohibido (drogas, armas, explosivos, municiones, otros que son materia de contrabando como el tabaco importado ilegalmente, etc). Estos últimos delitos desde el momento en que quedaron consumados por su tenencia ilegal ya no requieren, normalmente, una intervención urgente de la policía, tan urgente que no pueda esperar el tiempo que se tarda en acudir al Juzgado para obtener un mandamiento judicial”*.

<sup>430</sup> sentencias TS 19 de octubre de 1994, f.j. 2º (identificación CENDOJ 28079120011994); 719/2000, de 18 de abril, f.j. 3º (identificación CENDOJ 28079120012000103007); 351/2000, de 7 de marzo, f.j. 2º (identificación CENDOJ 28079120012000103618).

Por ello, puede afirmarse, con arreglo al actual criterio jurisprudencial emanado tanto del TS como del TC, que existirá necesidad de intervenir por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en caso de flagrante delito, cuando se pretenda evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del mismo, con independencia del que sea objeto de investigación, siempre con respeto al principio de proporcionalidad que el rigor de aplicación de la injerencia en un derecho fundamental supone.

No se dará tal situación de flagrancia cuando la entrada y registro no revista ese carácter de urgencia. Estos supuestos están contemplados, por ejemplo, en las sentencias TS 5933/2006, de 20 de septiembre, y TS 5565/2008, de 9 de octubre<sup>431</sup>. En ambos casos, se produjo un incendio en el domicilio, lo que motivó que los bomberos entraran y lo apagaran. En el primer caso, los bomberos comprobaron que la vivienda estaba vacía, por lo que la entrada y registro posterior de la policía no podía estar amparada por una situación delictiva urgente que justificara dicha actuación. En el segundo de los casos, la entrada policial se produce al día siguiente del incendio, por lo que tampoco es posible apreciar la urgencia en la intervención policial.

Con carácter general, no se dará la situación de urgencia cuando los agentes de policía puedan acudir a la autoridad judicial para obtener el correspondiente mandamiento judicial, sin que se perturbe alguna de las finalidades anteriormente reseñadas: impedir la consumación del delito, lograr la aprehensión del delincuente, o evitar la desaparición de los efectos e instrumentos del delito.

La urgencia de la intervención policial ha sido apreciada también por la jurisprudencia del TS en relación a una sola de las actuaciones en la que se concreta la injerencia en el derecho fundamental: la entrada

---

<sup>431</sup> sentencias TS de 26 de febrero de 2010 (identificación CENDOJ 28079120012006100922); TS de 26 de febrero de 2010(identificación CENDOJ 28079120012008100605).

domiciliaria. Se trata de supuestos en que la actuación policial está avalada por el mandamiento judicial, pero, en tanto que se desplaza la comisión judicial al domicilio investigado, es necesario tomar medidas policiales para impedir que las averiguaciones criminales se frustren.

En este caso, en un primer momento el TS<sup>432</sup> entendió que la entrada policial en el domicilio sin mandamiento judicial ni consentimiento, con carácter preventivo y a la espera de la llegada de comisión judicial carecía de cobertura legal, y convertía en nulo el resultado del registro posteriormente efectuado.

Con posterioridad, un sentencia dictada solo un mes después<sup>433</sup>, considera que dado el riesgo de fracaso de la diligencia de entrada y registro por la necesidad de esperar a la llegada de la comisión judicial, y la existencia de indicios objetivos de la posible comisión delictiva, la entrada domiciliaria de la policía con la finalidad de asegurar los resultados de la investigación criminal están plenamente justificados, por constituir un supuesto de flagrancia delictiva. Más tarde, y una vez que la comisión judicial acuda al domicilio, se procederá a la práctica del registro correspondiente.

---

<sup>432</sup> La sentencia TS 227/2000, de 22 de febrero, f.j.4º( identificación CENDOJ 8079120012000135

139) establece que: “no se puede legitimar una entrada previa en el domicilio por los funcionarios policiales o los agentes de la autoridad, aunque tenga carácter preventivo, sin exhibir mandamiento ni por tanto mostrárselo al interesado o a la persona que le represente, pues lo cierto es que se produce un allanamiento, sin cobertura legal, con efectos añadidos sobre la libertad deambulatoria de las personas que se encuentran en el interior del domicilio. Si mientras dura esta situación y hasta el momento de la llegada de la comisión judicial, se adoptan medidas coercitivas de inmovilización o se ocupan objetos, se está produciendo una intervención exclusiva de la policía que no se ajusta a las previsiones legales. Y añadió en su f.j. 4º: “La llegada posterior de la comisión judicial y la exhibición del mandamiento, no puede subsanar los defectos insalvables derivados de una entrada ilegal y sin mandamiento, por lo que las consecuencias probatorias derivadas del registro devienen ineficaces”.

<sup>433</sup> sentencia TS 455/2000, de 14 de marzo, f.j. 2º (identificación CENDOJ 280791200120001028 51). Afirma la citada sentencia que: “no puede considerarse contraria al ordenamiento jurídico el comportamiento observado por dichos agentes que, tras penetrar en el domicilio y reunir a los ocupantes en el salón, aguardaron la llegada del Secretario Judicial para llevar a cabo la diligencia de registro, con el resultado que consta en los autos.”.

Esta línea argumental es definitivamente adoptada en resoluciones posteriores, como en casos de registros simultáneos de varias viviendas<sup>434</sup>, siempre que la actuación policial previa de entrada domiciliaria venga justificada por la necesidad urgente de evitar la destrucción de pruebas, y que el registro posterior se realice en base a un título que legitime la injerencia domiciliaria, que en puridad, será la orden judicial de entrada y registro en dicho domicilio, y con la presencia del secretario judicial que avale dicho registro.

---

<sup>434</sup>sentencias TS 171/2007, de 26 de febrero, f.j. 2º (identificación CENDOJ2807912001200710018 08 ) y 773/2013, de 22 de octubre, f.j. 2º y 3º (identificación CENDOJ 28079120012013100765).

IX

---

AUTORIZACIÓN JUDICIAL



## AUTORIZACIÓN JUDICIAL

### IX.1. INTRODUCCIÓN

El último supuesto contemplado en el art. 18.2 CE que permite la entrada y registro domiciliario viene determinado por la existencia de una resolución judicial. Por ello, debemos previamente delimitar lo que ha de entenderse por tal, e indagar qué órganos son los encargados de dictar dicha resolución en función de sus atribuciones, y de las específicas reglas de jurisdicción y competencia legalmente establecidas.

Debemos también ocuparnos en este capítulo de tratar el contenido constitucionalmente exigible a dicha resolución, para que la injerencia en el derecho fundamental cubra los cánones de constitucionalidad, en especial que esté suficientemente motivada, y que sea proporcionada al sacrificio que supone la afectación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo cual exige una adecuada valoración de la necesidad de la entrada o registro, y una ponderación adecuada de los intereses legítimos en juego.

En cambio, para dicho cometido no será preciso detenernos en exceso en las peculiaridades procesales de cada uno de los supuestos en que es posible la injerencia, en función del órgano jurisdiccional afectado, lo cual excede del contenido de este estudio, que debe tener un claro sesgo constitucional.

### IX.2 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El art. 18.2 CE se refiere a la “resolución judicial” como título habilitante para permitir la entrada y registro domiciliario.

Tal como hemos visto en el capítulo I, dos Constituciones de nuestro país<sup>435</sup> recogen también la necesidad de una autorización judicial como supuesto expresamente previsto para justificar la intromisión domiciliaria.

En la vigente Constitución, el término de “resolución judicial” no es recogido inicialmente en el Anteproyecto constitucional<sup>436</sup>, pero es incorporado al texto definitivo.

No obstante, la redacción del art. 18.2 CE es calificada de parca por el TC en su sentencia 50/1995, de 20 de febrero, f.j.2º, al expresar que: *“la Constitución es parca en su expresión, como conviene a su naturaleza de ley suprema pero no única, coronamiento de un ordenamiento jurídico para el desarrollo de sus principios y valores. El art. 18.2 exige tan solo una autorización judicial, sin ocuparse de precisar cuál haya de ser el Juez competente para darla ni el procedimiento a seguir. A su vez, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985) tampoco la regula por completo”*.

Esta referencia a la escasa regulación constitucional y legal existente en nuestro ordenamiento jurídico para arbitrar un mecanismo procesal más preciso en el que la resolución habilitante deba dictarse, es recogido también por parte de la doctrina científica<sup>437</sup>.

---

<sup>435</sup> El art. 5 de la Constitución de 1869 se refería al “Juez competente”, y el art. 31 de la Constitución republicana de 1931 hacía alusión a “mandamiento de juez competente”.

<sup>436</sup> El término utilizado por el Anteproyecto de la actual Constitución es el de “mandato judicial”, para ser sustituido en el Informe de la Ponencia por el de “mandamiento judicial”. Más tarde, la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas alude a “la resolución judicial”, y tras un cambio en el Dictamen de la Comisión Constitucional del Senado, pasa al texto definitivo. Sobre la tramitación legislativa de este aspecto del precepto, pueden consultarse los trabajos de MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 258-261; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993. Páginas 114-116.

<sup>437</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 255; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: *“La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”*. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 224.

Dichos problemas resultan ampliados si se tiene en cuenta que los mecanismos procesales de autorización de las entradas y registros domiciliarios serán distintos en función del orden jurisdiccional que resulte competente, o incluso de la finalidad perseguida por la medida solicitada.

Muy distinta es la solicitud de entrada y registro pedida para la investigación criminal de un delito grave, que la entrada para efectuar una inspección tributaria o para el precinto de un aparato contador de agua o luz.

Con carácter general, el TC<sup>438</sup> ha establecido que la resolución judicial del art. 18.2 CE es: *“un mecanismo de orden preventivo destinado a proteger el derecho, y no -como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución- a reparar su violación cuando se produzca”*.

Esta protección del derecho opera, de acuerdo a la dicción literal del precepto y a la interpretación antes reflejada, como un instrumento de indudable eficacia, pues presupone la existencia de una resolución judicial. Esta resolución judicial ha de ser dictada con carácter previo a la injerencia en el derecho fundamental, con las excepciones constitucionalmente previstas.

En palabras de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ<sup>439</sup>: *“se trata de derechos fundamentales, con respecto a los cuales existe, a juicio del constituyente, un elevado riesgo de arbitrariedad por parte de la autoridad; y por consiguiente, al ordinario control de la actuación administrativa, que es potestativo y sucesivo (art.106 CE), se añade un control judicial necesario y potestativo (STC 160/1991)”*.

---

<sup>438</sup> sentencia TC 189/2004, de 2 de noviembre, f.j.3°. En igual sentido, las sentencias del mismo tribunal 22/2003, de 10 de febrero, f.j.4°; 10/2002, de 17 de enero, f.j.9°; 171/1999, de 27 de septiembre, f.j.10°; 126/1995, de 25 de julio, f.j.2°; 160/1991, de 18 de julio, f.j.8°)

<sup>439</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *“Sistema de derechos fundamentales”*. Editorial Thomson-civitas. 2º edición. Página 269.

Esta concepción de la autorización judicial como un instrumento para proteger el derecho con carácter preventivo es corroborada por algunos autores.<sup>440</sup>

### IX.3. JURISDICCIÓN

En primer lugar, debemos plantearnos si la referencia que el art. 18.2 CE realiza a “la resolución judicial” significa que exista una reserva de jurisdicción, o si otros órganos del Estado investidos de autoridad pueden desde la perspectiva constitucional acordar entradas y registros domiciliarios.

El específico régimen constitucional de protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio ya fue destacado por GARCÍA MACHO<sup>441</sup>, al potenciar el control judicial frente a otras regulaciones constitucionales de Derecho comparado.

El TC tilda la regulación constitucional española de rigurosa al proclamar en la sentencia 22/2003, de 10 de febrero, f.j.4º, que: *“a diferencia de otras regulaciones constitucionales que, aun reconociéndola, se remiten, para las excepciones al respecto, a los casos y a las formas establecidas por la ley (así, el art. 14 de la Constitución italiana), o aceptan la posibilidad de que órganos no*

---

<sup>440</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. y otro: “Manual de *Derecho Constitucional*”. Volumen II. Editorial Tecnos. 2004. Página 149; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: “*La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos*”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 224; MATÍA PORTILLA, F.J.: “*El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*”. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 295.296; FIGUEROA NAVARRO, C.: “*Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español*”. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 166; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: “*El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*”. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 119.

<sup>441</sup> GARCÍA MACHO, R.: “*La inviolabilidad del domicilio*”. Revista española de Derecho Administrativo, número 32. Página 861. Este autor compara la Constitución española con la Ley Fundamental de Bonn, y considera que el texto alemán no es tan taxativo. En este sentido, el artículo 13.2 de dicha norma establece que: “*los registros no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro inminente, también por los demás órganos previstos por las leyes, y únicamente en la forma estipulada en ellas*”. Es decir, existe una remisión a la ley en cuanto a los órganos que además del Juez pueden ordenar en determinados casos un registro domiciliario.

*judiciales acuerden la entrada forzosa en un domicilio en supuestos de urgencia (así, el art. 13.2 de la Ley Fundamental de Bonn)”.*

Por ello, conviene precisar si esa resolución judicial ha de emanar de las personas que ostentan la potestad jurisdiccional, y por ello integran el llamado “poder judicial” al que se refiere el art. 117.1 CE, que son los jueces y magistrados, o si cabe que otros órganos con funciones limítrofes puedan dictar dichas resoluciones.

La atribución de la potestad para dictar la resolución judicial de entrada y registro domiciliario corresponde exclusivamente a los jueces y magistrados, pues ese parece ser el tenor literal del precepto constitucional. Otras normas con rango de ley<sup>442</sup> utilizan también el apelativo “judicial” para referirse a esta potestad. Por ello, consideramos que ni el Ministerio Fiscal ni los secretarios judiciales tengan competencia para ello<sup>443</sup>.

A tal efecto, el Ministerio Fiscal<sup>444</sup> no forma parte propiamente del poder judicial y aunque su actuación esté presidida por los principios de

---

<sup>442</sup> El art. 113 LGT se refiere a “autorización judicial”; el art 91.2 LOPJ a la autorización mediante auto, que es una resolución judicial; el art. 546 LECRIM se refiere al Juez o Tribunal que conozca de la causa; el art. 261 LEC lo atribuye al tribunal mediante auto.

<sup>443</sup> Ello es señalado por GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.: “*La inviolabilidad del domicilio*” Editorial Tecnos. 1992. Página 182; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: “*La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos*”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 249; FIGUEROA NAVARRO, C.: “*Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español*”. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Página 171.

<sup>444</sup> El art. 124 CE señala que: “*1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.*”. La Ley 50/1981, de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal establece en su art. 2.1: “*El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.*”.

imparcialidad y legalidad, su condición de parte procesal y el hecho de no emita “resoluciones judiciales” le inhabilitan para ello.

Tampoco los secretarios judiciales dictan propiamente “resoluciones judiciales”, pues si bien tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial tienen competencia para dictar resoluciones, dichas resoluciones han sido calificadas por la ley de “procesales”<sup>445</sup>, para distinguir las de las que dictan los jueces y magistrados, a las que se denomina “judiciales”.

Una vez establecido que la resolución judicial habilitante a la que se refiere el art. 18.2 CE es exclusiva de los jueces y magistrados integrantes del poder judicial en el sentido que le otorga el art. 117.1 CE, debe establecerse si dentro de la jurisdicción, la atribución legítima de su dictado recae en algún orden jurisdiccional en especial, o si puede predicarse tal facultad de todos los órdenes jurisdiccionales.

A tal efecto, es preciso partir de la sentencia TC 22/1984, de 17 de febrero<sup>446</sup>, que estableció la necesidad de que exista una autorización judicial “ad hoc” o específica para posibilitar la entrada domiciliaria sin consentimiento del titular, manifestando que: *“de la facultad que el titular del derecho tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado por sí solas no conllevan el*

---

<sup>445</sup> El Capítulo VIII del Título V del Libro I de la LEC lleva por rúbrica: “De las resoluciones procesales”, y dentro del mismo el art. 206.1 recoge las resoluciones de los jueces y tribunales que se denominan providencias, autos y sentencias. El art. 206.2 LEC proclama que las resoluciones de los secretarios judiciales se denominan diligencias y decretos. La LOPJ también recoge la denominación de resoluciones judiciales refiriéndose a las providencias, autos y sentencias en el art. 244 y las resoluciones de los secretarios judiciales bajo la denominación de diligencias y decretos en el art. 456.

<sup>446</sup> Resulta conveniente aclarar que los hechos que condujeron a esta sentencia venían referidos a la decisión de un Ayuntamiento de proceder a la ejecución administrativa de derribo de un ático edificado ilegalmente, que había sido impugnado en vía contencioso-administrativa y confirmado en esta jurisdicción por sentencia firme.

*mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular deberá obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas. La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que se trata de una resolución tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa, como ocurre en el presente caso. A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una resolución de la Jurisdicción ordinaria en materia civil” (f.j.5º).*

Esta resolución considera que a pesar de la existencia de una resolución judicial previa que acuerda un desalojo administrativo o cualquier sentencia civil que acuerda, por ejemplo, un desahucio, es preciso otra segunda resolución o autorización judicial para hacer efectiva la entrada domiciliaria<sup>447</sup>.

Es con posterioridad a esta sentencia cuando se dicta la actual LOPJ, y se recoge por primera vez en el art. 87.2<sup>448</sup> la atribución a los Juzgados de Instrucción de la facultad de autorizar la entrada domiciliaria para la ejecución forzosa de los actos de la Administración.

Nótese que la aludida sentencia no estableció qué juez era el competente para autorizar una entrada o registro domiciliario, sino que destacó el efecto normativo inmediato del texto constitucional, especialmente en materia de derechos fundamentales, y proclamó: *“por consiguiente, la autoridad judicial está investida de la suficiente potestad para*

---

<sup>447</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. En su página 266 este autor señala que: *“esta doctrina sobre la necesidad de una autorización judicial específica que autorice las entradas domiciliarias se extiende, a juicio del Tribunal Constitucional, no sólo a los actos administrativos, sino, también a las sentencias judiciales”*

<sup>448</sup> Este artículo establecía que: *“corresponde también a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular, cuando ello proceda par la ejecución forzosa de los actos de la Administración”*.

*otorgar las autorizaciones de entrada y registro*", y ello pese a la ausencia de una norma legal de cobertura en aquel momento.

Con posterioridad, en otras sentencias, el TC mantuvo la misma línea argumental, aunque con ciertas matizaciones. La sentencia TC 137/1985, de 17 de octubre<sup>449</sup> estableció que para conceder la autorización de entrada domiciliaria el juez no puede actuar de un modo automático. Aunque no le corresponda revisar la legalidad de la actuación administrativa, debe realizar una valoración tendente a otorgar o no la autorización de entrada en función de los documentos que le presente la Administración.

Igualmente, la sentencia TC 144/1987, de 23 de septiembre reseñó que el art. 87.2 LOPJ: *"no ha sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos de la Administración cuya ejecución exige la entrada en un domicilio para atribuirlo al Juez de Instrucción que ha de acordar esa entrada. El Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, y en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que se requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que prima facie, parece dictado por autoridad competente en el ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa"*(f.j.2º)<sup>450</sup>.

La sentencia TC 160/1991, de 18 de julio<sup>451</sup> cambió la doctrina antes elaborada, y consideró que no era necesaria una específica resolución

---

<sup>449</sup> En este supuesto se trataba de una actuación administrativa de embargo de un moroso que precisó de la entrada domiciliaria para efectuarse, actuación administrativa que estaba basada en el art. 130 LGT.

<sup>450</sup> Otras resoluciones posteriores que ratifican la anterior doctrina son la sentencia TC 129/1990, de 26 de marzo; auto TC 258/1990, de 18 de junio.

<sup>451</sup> En este caso se trataba del desalojo y demolición de edificaciones del pueblo de Riaño para dar entrada a las aguas de un pantano.

judicial de entrada domiciliaria si ya existía una resolución judicial firme. En este caso, se trata de una sentencia que autoriza a la Administración a desalojar y derribar las viviendas expropiadas conforme a derecho. Dicha sentencia proclama que no cabe la revisión por otro juez de una sentencia firme que confirma una resolución expropiatoria que lleva aneja el correspondiente desalojo, pues ello sería contrario a la seguridad jurídica, introduciría una revisión jurisdiccional que podría ser imposible por el propio rango de los órganos afectados, y convertiría la actuación del segundo juez en un actuación meramente automática o mecánica.<sup>452</sup>

Posteriormente, la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio suprimió el artículo 87.2 LOPJ y estableció la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo para autorizar las entradas domiciliarias para la ejecución forzosa de los actos de la Administración, tal como vimos en el capítulo V.

Como corolario de lo anterior, podemos concluir que a cualquier orden jurisdiccional le puede corresponder la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio mediante la resolución judicial que establece el artículo 18.2 CE. Este criterio ya estaba plasmado en la anteriormente citada sentencia TC 22/1984, de 17 de febrero<sup>453</sup>.

De forma perfectamente descriptiva MATÍA PORTILLA<sup>454</sup> lo manifiesta al afirmar que: *“son jueces y tribunales de la inviolabilidad del domicilio todos aquellos que pueden dictar resoluciones judiciales que impliquen*

---

<sup>452</sup> Esta doctrina fue reiterada en pronunciamientos posteriores del TC en sentencias 189/2004, de 2 de noviembre, f.j.4º; 199/1998, de 13 de octubre, f.j.2º; 283/2000, de 27 de noviembre, f.j.3º.

<sup>453</sup> En su f. j. 3º establece esta sentencia que: *“hay que dejar claro que el Juez hay quien se confiere la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no es necesariamente el Juez penal encargado de la instrucción sumarial”*; y añade que: *“nada permite inferir que ningún orden jurisdiccional-fuera del Juez penal-puede intervenir cuando se le solicite la autorización para la entrada en el domicilio de una persona”*

<sup>454</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 298.

*entradas domiciliarias, ya sean del orden civil, penal, laboral o contencioso-administrativo”.*

Consecuentemente con dicho principio, y con la falta de necesidad de una segunda resolución judicial cuando ya existe una primera que jurisdiccionalmente resuelva un determinado asunto en los tribunales de cualquier orden jurisdiccional, es que no será necesaria una resolución judicial específica si la primera lleva implícita la entrada o el desalojo de un domicilio constitucionalmente protegido.

En cambio, aunque exista una sentencia judicial firme, si el contenido de la misma no se pronuncia sobre el acceso al domicilio, dicha resolución no sería suficiente para legitimar la injerencia en el derecho fundamental.

Por ello, es necesario establecer que la resolución judicial a que se refiere el art. 18.2 CE puede ser una sentencia dictada por una tribunal de cualquier orden jurisdiccional si dicha resolución lleva ínsita la posibilidad de acceso, entrada o desalojo de un domicilio constitucionalmente protegido, pues el tribunal ya habrá hecho la ponderación de los intereses de las partes afectadas.

Además, desde el punto de vista procesal, pero relacionado con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, existe el derecho a que las sentencias se cumplan en sus propios términos, el derecho a la cosa juzgada, y el derecho a la revisión de las resoluciones judiciales mediante los recursos legalmente establecidos.

Ello no podría cumplirse si un segundo juez procediera a revisar una sentencia como la que analizamos, para conceder una entrada o registro en un domicilio constitucionalmente protegido.

Por el contrario, si del contenido de la sentencia no puede establecerse que se haya incluido la posibilidad de acceder o desalojar un

domicilio<sup>455</sup>, tal resolución no será suficiente para proceder a la actuación oportuna, y deberá obtenerse una específica resolución judicial.

Por ello, debemos considerar que tanto una sentencia como un auto<sup>456</sup> son las resoluciones judiciales a las que se refiere el art. 18.2 CE. Debemos alabar en este sentido el cambio de criterio inicialmente contenido en la LEC, que en el art. 261, ante la negativa del interesado a facilitar la documentación oportuna con motivo de unas diligencias preliminares, permitió que el registro domiciliario se acordara por providencia.

Ley 19/2006, de 5 de junio<sup>457</sup>, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, estableció la necesidad del dictado de un auto, modificando el texto original del precepto.

La providencia es una resolución judicial que conforme al art. 245.1 LOPJ se limita a la ordenación material del proceso, y no tiene ni una fundamentación jurídica ni una motivación suficiente que pueda colmar las exigencias constitucionales de protección del derecho (art. 248.1 LOPJ).<sup>458</sup>

---

<sup>455</sup> Piénsese, por ejemplo, en una sentencia civil meramente declarativa de la propiedad de una vivienda, que no lleva aparejada ejecución; en una sentencia penal por usurpación que no lleve consigo el desalojo del inmueble; o en una sentencia contencioso-administrativa por construcción ilegal que condene a una multa y no al derribo de dicha construcción.

<sup>456</sup> Se refieren concretamente al dictado de un auto los arts. 550 y 558 LECRIM, el art. 261 LEC, el art. 91.2 LOPJ.

<sup>457</sup> La Exposición de Motivos de dicha ley justifica el cambio legal al afirmar que: “*al mismo tiempo, se modifica la regulación de la resolución judicial que acuerde las medidas ante la negativa de la persona requerida a llevar a cabo las diligencias preliminares, para exigir su adopción mediante auto motivado e introducir el requisito de proporcionalidad*”.

<sup>458</sup> Dicho criterio es mantenido por ALONSO DE ANTONIO, A.L.: “*El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*”. Editorial Colex. Madrid. 1993. Página 115; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: “*La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos*”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Página 277.

#### IX.4 COMPETENCIA

Una vez establecido que cualquier órgano judicial del Estado puede ostentar la atribución de dictar la “resolución judicial” del art.18.2 CE, será preciso delimitar otros conceptos procesales, como los relativos a quién ostenta la competencia para ejercer dicha atribución dentro de la jurisdicción oportuna.

En principio, y tal como apuntamos en el epígrafe IX.3, cualquier tribunal del Estado en el legítimo ejercicio de su función jurisdiccional podrá dictar una resolución judicial habilitante para una entrada y registro.

Más allá de este supuesto, y teniendo en cuenta, en ocasiones, la necesidad de dictar resoluciones específicas para posibilitar la injerencia en el derecho que estudiamos, es preciso distinguir los supuestos legales de competencia objetiva y territorial, en función de los distintos órdenes jurisdiccionales.

##### **4.1 Competencia en el orden jurisdiccional civil**

En el orden jurisdiccional civil, la competencia objetiva de cada órgano judicial supone la atribución de un asunto a un órgano judicial determinado en función de la materia o de la cuantía del mismo.

De conformidad con el art. 47 LEC, la competencia objetiva de los Juzgados de Paz alcanza al conocimiento, en primera instancia, de los asuntos civiles de cuantía no superior a 90 euros, y siempre que no haya de seguirse la tramitación del juicio verbal por razón de la materia. En estos supuestos, dicha competencia no corresponderá, en ningún caso, a los Juzgados de Paz, dado que su competencia únicamente se extiende a asuntos de escasa cuantía y fundados exclusivamente en reclamaciones de

---

cantidad. Son los Juzgados de Primera Instancia<sup>459</sup> los que legalmente les corresponderá dictar las resoluciones judiciales habilitantes.

Aún dentro de la jurisdicción civil, cabe legalmente la especialización de determinados órganos judiciales, lo que permite distinguir la competencia objetiva especial de los Juzgados de lo Mercantil, cuyas competencias se extienden a lo preceptuado en el art. 86 ter LOPJ<sup>460</sup>.

Dentro del orden jurisdiccional civil, el supuesto emblemático viene constituido por la resolución que puede dictar el juez autorizando la entrada y registro domiciliario ante la negativa del requerido a practicar una diligencia preliminar.

En estos casos, podrá corresponder la competencia objetiva para dictar el auto del art. 261.5º LEC tanto al Juzgado de lo Mercantil como al de Primera Instancia, teniendo en cuenta la materia sobre la que recaiga dicha solicitud.

Si se trata de una reclamación por derechos de propiedad intelectual o industrial (art. 256.1.7º y 8º), la competencia vendrá atribuida al Juzgado de lo Mercantil, por aplicación del art. 86 ter 2 a) LOPJ.

Si se trata de una diligencia preliminar para obtener la historia clínica de un paciente o para el ejercicio de una acción colectiva de consumidores o usuarios ( arts. 256.1.5 bis y 256.1.6º LEC), la competencia para acordar dicha diligencia preliminar vendrá determinada a uno u otro órgano

---

<sup>459</sup> Señala el art. 45.1 LEC que: *“corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. Conocerán, asimismo, dichos Juzgados de los asuntos, actos, cuestiones y recursos que les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial.”*

<sup>460</sup> El art. 86 ter 2 a) LOPJ preceptúa literalmente que su competencia se extiende a: *“las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas”*.

judicial en función de quién sea competente por razón de la materia para conocer del proceso principal que haya de iniciarse tras la correspondiente diligencia preliminar.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que las normas sobre competencia objetiva son todas de orden público, lo que determina que su falta de aplicación provoca la nulidad radical de todo lo actuado, de conformidad con los arts. 225.1 y 48.2 LEC, lo que significará que el proceso quedará anulado por falta de uno de los presupuestos procesales para su validez.

En este supuesto de diligencias preliminares, la competencia territorial corresponde como principio general al fuero del domicilio del demandado o al que resultare competente para conocer de la demanda principal (art. 257.1 LEC).

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha establecido un nuevo supuesto de autorización judicial de entrada domiciliaria, con la idea de garantizar la protección de los menores, cuando ello sea preciso para la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por las Entidad públicas competentes en materia de protección de los mismos.

La competencia objetiva viene atribuida al Juzgado de 1ª Instancia, y concretamente al Juzgado de Familia si existe en el partido judicial, por aplicación del art. 98.1 LOPJ<sup>461</sup>, al tratarse de un Juzgado especializado en la materia.

---

<sup>461</sup> El art. 98.1 LOPJ dispone que: “*El Consejo General del Poder Judicial, podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes que al efecto se constituyan*”.

Sin embargo, si ya se hubiera dictado resolución judicial previa confirmando el acto administrativo, la competencia será del que dictó la resolución, de conformidad con el art. 778.1 ter "in fine", tal como vimos en el Capítulo V.

La competencia territorial del órgano judicial corresponde al lugar donde tenga su domicilio la Entidad Pública, y no por el lugar donde se encuentre el domicilio del titular del domicilio.

#### **4.2 Competencia en el orden jurisdiccional penal**

En el ámbito penal, el caso paradigmático en el que se produce la injerencia en el derecho fundamental que estudiamos, viene constituido por la entrada y registro como consecuencia de la investigación criminal, y en este caso, de acuerdo al art. 550 LECRIM, la competencia objetiva para autorizar dicha entrada y registro corresponde al juez instructor.

La instrucción de las causas por delito puede corresponder tanto a los Juzgados de Instrucción, como a los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, si se trata de la instrucción de una causa por delito a este órgano atribuida, conforme al art. 88 LOPJ. Igualmente, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, los Juzgados de Menores y los Juzgados Centrales de Menores de la Audiencia Nacional, serán competentes en el caso de que se trate de la instrucción de delitos competencia de los mismos, de conformidad con los arts. 87 ter, 96 y 97 LOPJ.

Junto a ello, debe tenerse en cuenta que en virtud del aforamiento de la persona implicada, la competencia puede venir atribuida a otro órgano superior. Por ejemplo, el art. 102 CE dispone que la responsabilidad criminal del Presidente y de los demás miembros del Gobierno será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De este modo, la competencia objetiva para la instrucción de la causa contra una persona

aforada corresponderá legalmente al órgano al que la Constitución o la ley se la atribuya legalmente.

Para determinar la competencia territorial se aplicarán los fueros generales establecidos en arts. 14 a 18 LECRIM, sin perjuicio de que el art. 563.2 LECRIM permite al juez instructor dirigirse a cualquier otro juez del territorio nacional para que bajo su autoridad se realice una entrada y registro de un domicilio que esté en territorio de su jurisdicción.

#### **4.3 Competencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo**

En este caso, hemos visto que desde la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, la competencia para autorizar la entrada en un domicilio para la ejecución forzosa de los actos de la Administración corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, de conformidad con el art. 91.2 LOPJ, con la salvedad ya contemplada del procedimiento de protección de menores del art. 778 ter LEC.

No obstante, este artículo no contempla la diversidad de actuaciones administrativas que puedan precisar una injerencia en el derecho fundamental. El TC en sentencia 50/1995, de 23 de febrero, con motivo de una entrada y registro para la realización de la actividad inspectora de la Hacienda Pública, aplica por analogía la norma entonces vigente, el art. 87.2 LOPJ, al afirmar en su f.j. 6º que: *“no es arbitraria sino muy razonable la extensión analógica del único precepto legal existente al respecto, ante el silencio de la Constitución, si se repara en las características de tal actuación administrativa”*.

Este silencio de la CE, al que se refiere el TC, tampoco ha sido paliado por la ley, pues los arts. 91.2 LOPJ y 8.6 de la LJCA se siguen refiriendo a las actuaciones dirigidas a la ejecución forzosa de los actos de

la Administración, sin contemplar otros supuestos, como los que vienen motivados por las actuaciones administrativas de inspección tributaria.

Sin embargo, tras la 15/2007, de 3 de julio se modificó el art. 8.6 LJCA y se incluyeron en el precepto también los supuestos de entradas administrativas solicitadas por la Comisión Nacional de la Competencia. Tal como vimos en el epígrafe II.4.1, la redacción definitiva al precepto se la otorga la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ<sup>462</sup> considera que todas las entradas y registros domiciliarios que hayan de incidir en el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria y que tengan por base una actuación administrativa, han de recaer en los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

No obstante, en la actualidad, la legislación opta por tener en consideración qué jurisdicción es la que ostentará la atribución para conocer de los procedimientos en los que ha brotado la controversia de fondo, y por tanto, la que mejor conocimiento tenga del asunto sometido a su resolución<sup>463</sup>.

---

<sup>462</sup> ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: “La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Páginas 250-255.

<sup>463</sup> En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su Exponendo III se dispone que: “frente a la situación existente, se ha optado por atribuir la competencia para la autorización de entrada en domicilio a los Juzgados de Primera Instancia, pues es al que le corresponde el conocimiento de los recursos contra las resoluciones dictadas por las Entidades públicas competentes en la materia, debiendo realizar una ponderación de los intereses en juego, competencia alejada de la función esencial del Juzgado de lo Contencioso-administrativo, que se centra en el control de la corrección de la actividad administrativa sometida a su conocimiento”. En el mismo sentido, el art. 76.6 LJS en cuanto a las entradas domiciliarias motivadas por actuaciones de inspección de Trabajo y Seguridad Social que han sido atribuidas a la jurisdicción social, tal como exponemos en el apartado siguiente de esta obra.

La competencia territorial deviene por la aplicación del art. 14.1 LJCA, y con carácter general corresponderá al órgano judicial en cuya circunscripción tenga su sede el órgano administrativo.

#### **4.4 Competencia en el orden jurisdiccional social**

Un supuesto similar al contemplado en la LEC, es el recogido en la LJS 36/2011, de 10 de octubre. Recoge esta ley en los arts. 76 y siguientes la posibilidad de practicar unas diligencias preliminares con carácter previo a la presentación de la demanda, con una finalidad semejante a establecida en la jurisdicción civil.

En estos casos, si es necesario realizar cualquier actuación de entrada y registro para acceder a datos probatorios necesarios para preparar el juicio, el juez podrá autorizar dicha actuación, de acuerdo al artículo 76.3 y 4<sup>464</sup> de la LJS.

La competencia objetiva para conocer de este tipo de actuaciones, deviene aplicable por tener atribuido el conocimiento de cualquier asunto principal para cuya preparación surjan las diligencias preliminares en las que deba acordarse tal medida de entrada o registro domiciliario, y por ello, le corresponderá legalmente al Juzgado de lo Social o Tribunal colegiado que ostente la competencia para conocer del mismo, con arreglo a la LJS.

Conviene hacer la salvedad de que si se tratare de una actuación administrativa para una inspección de Trabajo o de la Seguridad Social, o en general de la Administración laboral, el órgano competente para autorizar una entrada o registro sería el juzgado o tribunal que sea o

---

<sup>464</sup> Este artículo preceptúa que: “3. Podrá formularse también petición de práctica de otras diligencias y averiguaciones necesarias para preparar el juicio de las previstas en el artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.4. Cuando la realización de la diligencia solicitada pueda afectar a la intimidad a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juzgado o tribunal, de no mediar el consentimiento del afectado, podrá autorizar dicha actuación en la forma y con las garantías establecidas en los apartados 4 a 6 del artículo 90”.

pueda ser competente para conocer del proceso posterior que se suscite, por establecerlo así expresamente el art. 76.5<sup>465</sup> LJS, y ello cuando no se haya presentado aún demanda alguna.

Por tanto, no sería de aplicación el art. 91.2 LOPJ y 8.6 LJCA, pues estamos ante una norma especial que atribuye dicha competencia a la jurisdicción social, en función de la materia del asunto.

La competencia territorial vendrá determinada por la aplicación de los arts. 10 y 11 L.J.S.

#### IX.5. MOTIVACIÓN

La necesidad de la motivación de las resoluciones judiciales ha sido reiteradamente tratada por el TC y por el TS, al constituir un principio esencial de la configuración del Estado español como un Estado democrático y de Derecho en el art. 1 CE.

La exigencia de la motivación de las sentencias se halla en el artículo 120.3<sup>466</sup> CE. Con la sentencia se da por finalizado el proceso judicial y se deben contener en ella los razonamientos jurídicos y fácticos que determinan el sentido del fallo, y la resolución de la controversia sometida a la decisión jurisdiccional.

Por ello, la CE pretende que las sentencias sean motivadas, es decir, fundadas o razonadas. Esta finalidad es igualmente predicable de las demás resoluciones judiciales que resuelvan cuestiones formales o de

---

<sup>465</sup> El precepto citado proclama que: “*la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, la Administración laboral, en el ejercicio de sus funciones, cuando el centro de trabajo sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona afectada, podrá solicitar la correspondiente autorización judicial, si el titular se opusiere o existiese riesgo de tal oposición, en relación con los procedimientos administrativos de los que conozca o pueda conocer posteriormente la jurisdicción social, o para posibilitar cualquier otra medida de inspección o control que pudiera afectar a derechos fundamentales o libertades públicas*”.

<sup>466</sup> El art. 120.3 CE preceptúa: “*Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*”.

fondo. Como hemos expuesto, tanto se puede realizar una injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio por medio de una sentencia como por medio de un auto.

El hecho de que la resolución judicial que habilite para la entrada y registro domiciliario sea un auto no es óbice para que la misma deba gozar de los mismos criterios de motivación que una sentencia. Así, el art. 248.4<sup>467</sup> LOPJ proclama la necesidad de que los autos sean fundados, y recojan en párrafos separados y numerados la fundamentación fáctica y jurídica de la resolución.

Más concretamente, los arts. 550 y 558 LECRIM, en lo relativo a los autos de entrada y registro con motivo de una investigación criminal, imponen que el auto sea “motivado” o “fundado”, respectivamente. También lo establecía el art. 87.2 LOPJ antes de su derogación por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio. En la actualidad, el art. 91.2 de la LOPJ no recoge la referencia a la motivación, lo que no impide que deba proclamarse su exigencia.

La exigencia genérica de motivación de las resoluciones judiciales forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tal como reiteradamente ha señalado el TC<sup>468</sup>. Con ello, se trata de proporcionar a los afectados un razonamiento suficiente sobre las valoraciones e inducciones realizadas por el tribunal de las pruebas practicadas y los

---

<sup>467</sup> El art. 248.2 LOPJ proclama que: “*los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten*”.

<sup>468</sup> La sentencia del TC 248/2006, de 24 de julio, en su f. j. 4º dispone que: “*este Tribunal, en una muy reiterada y ya consolidada doctrina, ha venido declarando que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el art.120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos*”. En igual sentido, las sentencias TC 163/2000, de 12 de junio, f.j.3º; 287/2000, de 10 de julio, f.j. 2º; 214/2000, de 18 de septiembre, f.j. 4º; 126/1995, de 25 de julio, f.j.3º; 50/1995, de 23 de febrero, f.j. 5º; 290/1994, de 27 de octubre, f.j. 3º.

hechos enjuiciados, que permita conocer los criterios adoptados para decidir la cuestión y, en su caso, articular una postura impugnativa.

SOTO NIETO<sup>469</sup> establece la triple finalidad que la motivación de las resoluciones judiciales proporciona:

*“1.ª) De un lado es un valladar contra la arbitrariedad judicial aunque venga arrojada del lenguaje forense, arbitrariedad que deja de serlo para convertirse en juicio razonado y razonable si se expresan los razonamientos y valoraciones cuyo precipitado es el fallo.*

*2.ª) En segundo lugar la fundamentación actúa como medio de incrementar la credibilidad de la Justicia en la medida que con ella se trata de convencer a las partes de la corrección de la decisión adoptada, con lo que se avanza en la obtención y ensanchamiento de los procesos de convicción social, definitivo fundamento del cumplimiento de la Ley y del respeto a las resoluciones judiciales, con preferencia a esquemas puramente coactivos, si bien éstos sigan siendo necesarios.*

*3.ª) Finalmente, y en tercer lugar, la fundamentación sirve para controlar la actividad judicial de los órganos de instancia por parte del Tribunal Superior cuando conocen del asunto a través del sistema de recursos, ya sea a través de la apelación o de la casación, pues tanto en uno como en otro caso esa falta de fundamentación atenta directamente contra el sistema de recursos en la medida que se priva a las partes a que su causa sea nuevamente examinada por un Tribunal distinto y superior al primero”.*

Por ello, toda resolución, para ser suficientemente motivada, debe contener los razonamientos jurídicos que permitan conocer los criterios esenciales de la decisión, es decir, su “ratio decidendi”<sup>470</sup>, y dicha

---

<sup>469</sup> SOTO NIETO, F.: “Motivación de las sentencias judiciales”. Diario La Ley nº 5834. 29 de julio de 2003. Año XXIV. Referencia D-181. Editorial la Ley.

<sup>470</sup> Tal como se expresa en las sentencias TC 102/2014, de 23 de junio, f.j. 3º; 119/2003, de 16 de junio, f.j. 3º; 75/2005, de 4 de abril, f.j. 5º ; 60/2008, de 26 de mayo, f.j. 7º.

resolución cae en la arbitrariedad o en la irrazonabilidad cuando la motivación es un pura apariencia, está dictada por puro capricho, o huérfana de razones formales o materiales, o es una mera expresión de voluntad<sup>471</sup>.

Junto a esta obligación genérica de exigencia de motivación se alza una obligación mucho más concreta y específica, y es la que se articula a través de la “resolución judicial” a que se refiere el analizado art. 18.2 CE.

En este sentido, el TC<sup>472</sup> manifiesta la necesidad de una fundamentación concreta de la resolución judicial que autoriza la injerencia en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por estar afectándose a un derecho fundamental, lo que también justifica una específica y más detallada motivación.

Esta necesidad de motivación requiere la existencia de un juicio de proporcionalidad de la limitación que supone la intromisión, ponderando el sacrificio que sufre la protección domiciliaria, con el beneficio que ocasiona, en el caso concreto, tal limitación. No obstante, entraremos con detalle en dichas cuestiones al tratar el epígrafe siguiente.

De este modo, al afectarse un derecho fundamental, la motivación de la resolución judicial debe estar especialmente cualificada, pues en palabras del TC <sup>473</sup>, debe proporcionar no solo: *“las razones jurídicas que le han llevado a la decisión adoptada, lo que puede satisfacer las exigencias del art.*

---

<sup>471</sup> Así lo establecen las sentencias TC 325/2005, de 12 de diciembre, f.j. 2º; 102/2014, de 23 de junio, f.j. 3º; 60/2008, de 26 de mayo, f.j. 7º.

<sup>472</sup> La sentencia TC 239/1999, de 20 de diciembre en su f.j. 5º, manifiesta que: *“una motivación que no es sólo la exigible a los efectos del art. 24.1 CE( SSTC 207/1996, 126/1995, 158/1996), sino una motivación mucho más intensa, cuya fundamentación, como acabamos de decir, radica en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Arbitrariedad que ha conjurarse por el órgano judicial mediante la rigurosa y precisa exposición del insoslayable juicio de proporcionalidad entra la medida restrictiva adoptada y el derecho fundamental limitado en atención a las circunstancias de cada caso”*. En el mismo sentido, las sentencias TC 126/1995, de 25 de junio, f.j. 3º; 50/1995, de 23 de febrero, f.j. 5º.

<sup>473</sup> sentencia TC 239/1999, de 20 de diciembre, f.j. 5º.

24.1 CE, sino que es necesario, además, un mayor esfuerzo expositivo del órgano judicial en la fundamentación de la medida limitativa de aquellas libertades”.

Este “plus” de motivación en la resolución judicial habilitante no implica necesariamente que deba contener una determinada extensión o un análisis exhaustivo o prolijo<sup>474</sup>, pero sí que sea suficiente a efectos de colmar la finalidad de ofrecer un razonamiento que permita conocer el proceso lógico y racional seguido para llegar a la decisión adoptada, y ello desde la perspectiva de las circunstancias concurrentes en cada caso<sup>475</sup>.

No obstante, la motivación por remisión y el uso de formularios estereotipados utilizados, ha sido criticado por algunos autores<sup>476</sup>, por entender que no son suficientes para fundamentar adecuadamente la limitación del derecho fundamental.

En cambio, la jurisprudencia del TC ha avalado el uso de esta forma de motivación, pero con determinadas prevenciones, relajando la exigencia de la motivación, pero no hasta el extremo de hacerla superflua o inservible.

---

<sup>474</sup> sentencias TC 325/2005, de 12 de diciembre, f.j.4º; 164/2005, de 20 de junio, f.j.2º; 128/2002, de 3 de junio, f.j.4º; y sentencias del TS 10 de febrero 2010( identificación CENDOJ 2807912001201010036), f.j. 2º; de 10 de julio de 2003( identificación CENDOJ 28079120012003103498),f.j.1º; de 27 de octubre de 2004 (identificación CENDOJ 28079120012004101047),f.j.2º.

<sup>475</sup> El tenor literal de la sentencia TC 50/1995, de 23 de febrero, f.j. 5º expresa que: “*consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental*”. También, las sentencias TC 126/1995, de 25 de julio, f.j. 3º; 139/1999, de 22 de julio; 239/1999, de 20 de diciembre, f.j. 5º,136/2000, de 29 de mayo, f.j.3º.

<sup>476</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: “*El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*”. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Páginas 307-308; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: “*La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos*”. Editorial La Ley. 1ª edición. 2007. Páginas 288-289; FIGUEROA NAVARRO, C.: “*Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español*”. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998. Páginas 186-187.

En concreto, el TC<sup>477</sup> permite una motivación con referencia a un oficio policial de solicitud de la entrada y registro, siempre que esa remisión sirva exclusivamente para: *“complementar algunos de los extremos no esenciales de su mandamiento de entrada y registro, es decir, los que no constituyan el juicio de proporcionalidad, con los detalles que se hagan constar en el oficio policial, incluso asumiendo las razones expuestas en éste”*.

Pero en este caso, lo relevante es que el oficio policial que sirva de base a la autorización judicial contenga las razones o motivos de que se ha cometido o se va a cometer un delito, y que ello provenga de una fuente diferente a la propia autoridad solicitante<sup>478</sup>: *“en el sentido de expresar que el conocimiento de los hechos, el sustento de la sospecha en sí tiene procedencia y existencia ajena a los propios policías que solicitan la medida”*.

También el TS<sup>479</sup> ha estimado suficiente la motivación por remisión, siempre que permita a través del oficio policial conocer los datos significativos de la investigación criminal, y sea base suficiente para que el auto judicial realice el juicio de proporcionalidad que la injerencia en el derecho requiere.

Un supuesto distinto es que mediante el auto judicial, se pretenda convalidar o supervisar la actuación previa de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, de tal modo que haya que hacer lo que el TC denomina una: *“interpretación integrada de la resolución judicial y la petición policial”*<sup>480</sup>, para extraer de ella la motivación de la resolución.

---

<sup>477</sup> sentencia TC136/2000, de 29 de mayo, f.j.4º. También, las sentencias TC 49/1999, de 5 de abril, f.j. 10º; 139/1999, de 22 de julio, f.j. 3º; 239/1999, de 20 de diciembre, f.j. 6º.

<sup>478</sup> sentencia TC 136/2000, de 29 de mayo, f.j. 4º.

<sup>479</sup> sentencias TS 13 de marzo de 2015, f.j. 2º (identificación CENDOJ 28079120012015100265); 27 de octubre de 2004, f.j. 2º (identificación CENDOJ 28079120012004101047); 22 de marzo de 2012, f.j. 1º (identificación CENDOJ 28079120012012100225). Y se ha rechazado en casos de no concretarse el objeto y finalidad de la investigación domiciliaria, en sentencia TS de 27 de febrero de 2015, f.j. 8º(EDJ 2015/28207).

<sup>480</sup> sentencia TC 239/1999, de 20 de diciembre, f.j. 6º.

Ello se considera contrario a la precisa motivación judicial, pues supone derivar en un órgano no legitimado el deber de resolver y motivar la injerencia en la inviolabilidad domiciliaria. Así lo expresa el TC<sup>481</sup> con contundencia, al afirmar que: *“resulta evidente que no es de ningún modo aceptable la técnica de integración referida, en la que la motivación de la medida limitativa singular del derecho a la inviolabilidad del domicilio se extrae de la interpretación conjunta de, cuando menos, el oficio policial interesándola y la resolución judicial autorizándola”*.

Por ello, la remisión no puede abarcar el juicio de proporcionalidad, en virtud del cual el órgano judicial, como única autoridad legitimada, realiza la ponderación de los bienes en conflicto y de los intereses afectados, para decidir si se produce o no la injerencia en el derecho solicitada.

#### IX.6 PROPORCIONALIDAD

Íntimamente relacionado con la motivación de la resolución judicial está el criterio de la proporcionalidad, pues tal como hemos visto, para que exista una efectiva motivación del auto que acuerda la entrada y registro domiciliario debe éste contener el razonamiento jurídico en el que se analice el equilibrio de los bienes jurídicos en conflicto: la necesidad de la entrada o registro, y el sacrificio en el derecho fundamental que tal injerencia provoca.

Parafraseando a MATÍA PORTILLA<sup>482</sup>, podemos señalar que: *“tal proporcionalidad supone, entre otras cosas, la expresión de la argumentación judicial que justifique la intervención en el derecho fundamental a examen”*.

Por ello, lo relevante es que por parte del órgano jurisdiccional se haya realizado la ponderación de los distintos intereses, públicos o

---

<sup>481</sup> sentencia TC 239/1999, de 20 de diciembre, f.j. 6º.

<sup>482</sup> MATÍA PORTILLA, F.J.: *“El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Editorial MacGraw Hill. Madrid. 1997. Página 306.

privados en conflicto, y se argumenten las razones o motivos que justifican el sacrificio que para el derecho fundamental supone la injerencia en el mismo.

El TC<sup>483</sup> eleva tal exigencia a garantía consustancial con el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.

Dentro del criterio de proporcionalidad y siguiendo también al TC<sup>484</sup> podemos distinguir tres subcriterios que lo integran y que son:

a) El juicio de idoneidad, en virtud del cual la resolución judicial tiene que determinar que la medida acordada por el juez o tribunal es adecuada para conseguir el fin concreto perseguido con la misma, y que puede ser muy variado: investigación criminal, ejecución forzosa de actos administrativos, realización de inspecciones administrativas, averiguación documental para preparación posterior de juicios, etc.

---

<sup>483</sup> La sentencia TC 126/1995, de 25 de julio, f.j. 3º manifiesta que: “*corresponde al Juez, según lo señalado, y de acuerdo con el art. 18.2 C.E., llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Y una vez realizada tal ponderación, se ha cumplido el mandato constitucional*” (fundamento jurídico 9º). En sintonía con lo anterior, subraya la reciente STC 50/1995, la autorización judicial, vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o ese mandamiento para quien ha de sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental” ,f.j. 5º. En el mismo sentido, las sentencias TC 50/1995, de 23 de febrero, f.j.5º; 139/1999, de 22 de julio; 239/1999, de 20 de diciembre, f.j. 5º; 136/2000, de 29 de mayo, f.j.3º.

<sup>484</sup> La sentencia TC 136/1999, de 29 de mayo, f.j. 3º determina que: “*esa motivación para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 18/1999, de 22 de febrero). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión)(SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 290/1994, FJ 3; ATC 30/1998, de 28 de enero, FJ 4)”.*

b) El juicio de necesidad, que permite dilucidar si en el caso concreto es preciso e imprescindible acudir a la entrada o registro domiciliario para la realización del fin pretendido, de tal modo que de no acudir al mismo se podría perder su eficacia.

c) El juicio de proporcionalidad “strictu sensu”, en virtud del cual debe realizarse la ponderación de los bienes constitucionales en conflicto, valorando el equilibrio en el caso concreto entre el sacrificio que supone la limitación del derecho fundamental y la ventaja que su injerencia proporciona. De este modo, se deben analizar los intereses públicos y privados que colisionan, y si se podrá conseguir un resultado satisfactorio mediante procedimientos menos onerosos que el que comporta la injerencia en el derecho fundamental.

GARCÍA MACHO<sup>485</sup> ha señalado el carácter esencial del principio de proporcionalidad, y que ostenta un rango jurídico-constitucional.

La necesidad de la medida adoptada es sometida, de acuerdo al art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, a una serie de parámetros, que son conceptos jurídicos indeterminados. Así, se afirma que sea precisa en una sociedad democrática para conseguir las siguientes finalidades: seguridad nacional, seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

El TEDH<sup>486</sup> ha valorado esa necesidad y proporcionalidad de la medida, de tal modo que en palabras de HERRERO-TEJEDOR ALGAR<sup>487</sup>:

---

<sup>485</sup> GARCÍA MACHO, R.: “*La inviolabilidad del domicilio*”. Revista española de Derecho Administrativo, número 32. Página 860.

<sup>486</sup> En la sentencia TEDH Roemen y Schmit contra Luxemburgo de 25 de febrero de 2003 (EDJ 2003/2361) se consideró que la orden de registro se redactó en términos demasiado amplios, lo que otorgaba una potestad muy amplia a los investigadores. En la sentencia Sociétés Colas Est y otros contra Francia de 16 de abril de 2002( EDJ 2002/129737), se estimó que se concedieron

*“el mandamiento de entrada y registro reúna los requisitos de concreción y proporcionalidad exigibles, sin que puedan considerarse válidas las autorizaciones genéricas que puedan suponer un auténtico cheque en blanco para el registro domiciliario”.*

Igualmente, el TC requiere que en la resolución judicial se contengan otras consideraciones importantes que justifiquen la injerencia en el derecho fundamental. Concretamente este tribunal<sup>488</sup>, ha exigido que: *“el órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular y ocupantes del domicilio en cuestión)”.*

De este modo, es preciso que el auto judicial determine con precisión estas limitaciones. En cuanto a las personas que pueden practicar la diligencia, debe existir una limitación en el número de personas y una identificación de las mismas, la fijación de días concretos para su práctica, evitando la autorizaciones intemporales, y fijando los domicilios en los que ha de practicarse<sup>489</sup>.

Es digno de resaltar que en el art. 778 ter LEC se establece que el auto judicial que se dicte para autorizar la entrada domiciliaria debe tener en cuenta la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada. Dicho precepto fue tratado en el Capítulo V de esta obra.

Otro tipo de defectos que se refieran a la ejecución material de la entrada y registro domiciliario<sup>490</sup> podrán obedecer a deficiencias

---

poderes excesivamente amplios a la Administración en cuanto a la oportunidad, duración y alcance de las operaciones de registro acordadas.

<sup>487</sup> HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F.: *“El derecho a la inviolabilidad del domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*. Centro de Estudios Jurídicos. El Derecho Editores S.A. 2006. Página 7.

<sup>488</sup> sentencia TC 239/1999, de 20 de noviembre, f.j. 5º. También las sentencias TC 136/2000, de 29 de mayo, f.j. 4º; 139/2004, de 13 de septiembre.

<sup>489</sup> sentencia TC 50/1995, de 23 de febrero, y las citadas en párrafo anterior.

<sup>490</sup> Sobre la falta de asistencia del secretario judicial a la entrada y registro motivada por una instrucción penal, se ha pronunciado el TC en auto 349/1998, de 16 de marzo; sentencia 41/1998,

procesales que se pueden situar en el plano de la legalidad, pero no en el de la constitucionalidad, y dependerán en cada caso, del concreto orden jurisdiccional en que se acuerden y de la regulación legal establecida en ese supuesto.

Por último, la consecuencia jurídica que pueda llevar consigo una deficiencia constitucionalmente relevante en la resolución judicial deriva en la nulidad de dicha resolución<sup>491</sup> y acarrea un efecto invalidante a las actuaciones realizadas como consecuencia de su ejecución, tal como expusimos en el epígrafe III.3 de esta obra.

---

---

de 24 de febrero; 94/1999, de 31 de mayo; 171/1999, de 27 de septiembre. En todas estas resoluciones se ha estimado que la presencia del secretario judicial en la diligencia de entrada y registro no forma parte del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

<sup>491</sup> sentencias TC 50/1995, de 23 de febrero, f.j.7º; 102/2014, de 23 de junio, f.j. 4º; 219/2006, de 3 de julio, f.j.3º; 139/2004, de 13 de septiembre, f.j.3º.



X

---

**CONCLUSIONES GENERALES**



## CONCLUSIONES GENERALES

En esta monografía se ha pretendido realizar un estudio del derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE, partiendo del acervo doctrinal y jurisprudencial existente, que es muy numeroso, y con el propósito de realizar una actualización de su concepto y significación actual, en el que las reformas legislativas, y la creación jurisprudencial han tenido una indudable importancia y repercusión teórica y práctica.

Por ello, y como conclusiones generales del estudio realizado se pueden señalar las siguientes:

Primera. El estudio del derecho a la inviolabilidad de domicilio del art. 18.2 CE exige encuadrarlo dentro de los derechos fundamentales que consagra el modelo constitucional español. Para ello, conviene destacar la estrecha relación entre el reconocimiento de unos derechos fundamentales y la propia concepción del Estado español como un Estado social y democrático de Derecho (art.1.1 CE), de tal modo que la garantía de la existencia de un Estado de Derecho requiere de la plasmación jurídica de unos derechos ciudadanos, calificados de fundamentales, y dotados de mecanismos legales de protección que permitan su aplicación efectiva.

Estos derechos se fundamentan en unos valores inherentes a la propia condición humana, que reconoce la dignidad de la persona con referencia ética general, al ser fundamento del orden político y de la paz social (art.10.1 CE), y en principios conformadores del Estado, como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político ( art. 1.1 CE).

La utilización del término “derechos fundamentales” en la CE se yuxtapone con la “derechos humanos” más usada en el ámbito internacional. Tanto si se considera que los derechos humanos aluden a una concepción valorativa basada en la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona previa a su positivación en los textos legales, como que

ambas expresiones sean coincidentes o similares, lo destacado es que su plasmación legal y sus mecanismos de protección interna e internacional son necesarios para su genuino reconocimiento mediante instrumentos jurídicos efectivos.

Los derechos fundamentales han evolucionado desde su concepción de derecho subjetivo del ciudadano basado en la libertad y dignidad de la persona hasta un elemento objetivo del propio sistema político, en cuanto que delimita y configura la propia estructura del Estado, caracterizado como un Estado social y democrático de Derecho, y que expresa lo que en cada momento histórico es la dignidad de la persona, tal como la establece el art. 10.1 CE. Este es el doble carácter de los derechos fundamentales.

Una característica esencial de los derechos fundamentales es su naturaleza normativa, lo que supone que los derechos fundamentales son de aplicación directa, sin necesidad de desarrollo legislativo posterior. Esta normatividad es más acentuada con respecto a los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 CE, pues son alegables directamente ante los tribunales ordinarios y a través del recurso de amparo ante el TC. De este último recurso también goza el art. 30.2 CE.

De este modo, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE es un derecho fundamental de especial protección. Por tanto, su naturaleza de derecho fundamental deviene de que su contenido responde a un valor básico y esencial para la sociedad y los individuos que la componen, que tiene un reconocimiento y plasmación constitucional específico, y que los mecanismos de protección que brinda se caracterizan por su especial rigidez para su reforma, en las garantías normativas para su desarrollo establecidas en los arts. 82 y siguientes CE, y en los mecanismos procedimentales de tutela jurídica previstos en art. 53.2 CE.

El derecho a la inviolabilidad domiciliaria es un derecho clásico en el constitucionalismo histórico. Nació como una forma de protección de la libertad de los ciudadanos en sus viviendas frente a las detenciones de la fuerza pública.

En España su reconocimiento constitucional se encuentra en todos los textos constitucionales. En las Constituciones decimonónicas de 1812, 1837 y 1845 el fundamento de protección de la inviolabilidad domiciliaria es la libertad y seguridad personales. En la Constitución de 1869 se aprecia la evolución del derecho al basar su objeto de protección en el desarrollo de la vida íntima personal y familiar. También supuso la actualización del concepto clásico de “casa”, observado en textos constitucionales anteriores, por el de “domicilio”, y la proclamación de unos títulos habilitantes expesos: el consentimiento del titular, el estado de necesidad, la autorización judicial y el delito flagrante.

La Constitución de 1876 supuso un retroceso en el reconocimiento de este derecho, que sólo admitió el consentimiento del titular para justificar la injerencia domiciliaria.

En la Constitución republicana de 1931 la vida privada de los ciudadanos se considera como fundamento de protección del derecho, y se reconocen como supuestos legitimadores de la entrada y registro tanto el consentimiento del titular como el mandamiento judicial.

Segunda. Es de destacar la influencia de las fuentes jurídicas internacionales en el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Tanto porque los derechos humanos han ido internacionalizándose desde las primeras Declaraciones de derechos del siglo XIX, como por el hecho de la notable influencia que estos Convenios internacionales han tenido en el reconocimiento estatal de los derechos fundamentales.

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948 establece el derecho a la inviolabilidad domiciliaria en su art. 12. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 lo proclama en su art. 8, y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su art. 17. Más tarde, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo recoge en el art. 7.

De ellos, el más relevante jurídicamente lo constituye el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues de su seno surgió el TEDH, con jurisdicción para juzgar a los Estados signatarios por lesiones a los derechos proclamados en su texto. Dentro de los derechos vinculados, se encuentra el de la inviolabilidad del domicilio.

En la CE se siente particularmente la influencia de los textos internacionales en materia de derechos fundamentales, por tres vías:

- Por un lado, los tratados internacionales firmados por España forman también parte del derecho interno, una vez publicados oficialmente en España (art. 96.1 CE).
- Además, los derechos fundamentales que proclama la CE se han de interpretar conforme a los tratados internacionales en la materia (art. 10.2 CE), lo que sirve para fijar el contenido y alcance del derecho.
- Por último, la existencia de una jurisdicción internacional, que ostenta el TEDH, que permite enjuiciar en última instancia las resoluciones dictadas por los Estados en materia de derechos fundamentales.

Con respecto a las fuentes jurídicas internas, la CE recoge en el art. 18.2 el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, como un derecho especialmente protegido, tal como establece el art. 53.2 CE, mediante

mecanismos de tutela jurisdiccional ordinaria basadas en los principios de preferencia y sumariedad, y a través del recurso de amparo.

También le es de aplicación el art. 53.1 CE (por lo que vincula a todos los poderes públicos y existe reserva de ley para su desarrollo legislativo posterior), que será de Ley Orgánica en lo concerniente a las cuestiones básicas y esenciales de la regulación jurídica del derecho.

La CE también se refiere a la inviolabilidad domiciliaria para establecer restricciones a su aplicabilidad, permitiendo la suspensión del derecho por la declaración de los estados de excepción y sitio (arts. 55.1 y 116 CE), y con carácter individual en caso de investigaciones correspondientes a bandas armadas y elementos terroristas (art. 55.2 CE).

En cuanto a la legislación orgánica y ordinaria de desarrollo del derecho que estudiamos, las entradas y registros motivadas por investigaciones criminales se regulaban en la LECRIM. Más tarde, el art. 87.2 LOPJ estableció la competencia de los Juzgados de Instrucción para acordar también las medidas de entradas domiciliarias para la ejecución de actos de la Administración. Con posterioridad, el art. 91.2 LOPJ se la atribuyó a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo. Finalmente, el art. 91.2 LOPJ, tras la Ley 8/2015, de 22 de julio, ha excluido de la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las entradas domiciliarias que se acuerden para ejecutar medidas dictadas por las Entidades de protección de los menores, que pasan a la jurisdicción civil.

La legislación se fue orientando progresivamente a conferir la atribución para acordar entradas y registros al orden jurisdiccional propio de la actuación investigadora. Así, se mantiene en el ámbito penal, las autorizaciones motivadas por investigaciones criminales; en el ámbito contencioso-administrativo, las de ejecución forzosa de actos administrativos; en el ámbito civil, las de práctica de diligencias

preliminares de un juicio civil o para ejecución forzosa de medidas adoptadas por Entidades de protección de los menores; en el ámbito social, las diligencias de preparación de un juicio laboral o de la autorización judicial derivada de una actuación administrativa para una inspección de Trabajo o de la Seguridad Social.

También la influencia de la jurisprudencia ha sido crucial a la hora de determinar la configuración jurídica de la inviolabilidad domiciliaria, lo que se manifiesta tanto en la labor del TC (con la extensión del derecho a las personas jurídicas; la anulación de un precepto legal por inconstitucional por excluir de la protección del derecho, en todo caso, a las estancias en establecimientos hoteleros; en la elaboración de un concepto de domicilio; o en la determinación de lo que haya de ser un delito flagrante), en la aportación del TS (con su importante casuística sobre los domicilios protegidos por el art. 18.2 CE; sobre los conceptos formales de la injerencia: competencia, contenido de la resolución, aspectos procesales), y en la doctrina del TEDH (sobre su aplicación a las profesiones liberales y en materia de inmisiones y ruidos).

Tercera. El fundamento de la protección domiciliaria en los albores del constitucionalismo se basó en la libertad y seguridad del individuo, para impedir detenciones arbitrarias del poder público en los domicilios de los ciudadanos sin una orden de detención.

En la actualidad, en esta obra no se considera que el fundamento del derecho se encuentre en la propiedad, la libre elección de residencia, la libertad y seguridad, la intimidad o vida privada.

Se considera que el fundamento más acorde con la configuración actual de la inviolabilidad domiciliaria es la privacidad, por las siguientes razones:

- El domicilio garantiza la privacidad de las personas físicas, pues les confiere la potestad sobre un espacio físico determinado, donde poder ejercer su personalidad sin injerencias externas.
- El domicilio constitucionalmente protegido se proyecta también en las actividades profesionales, comerciales o mercantiles que realizan las personas físicas sobre un lugar determinado, siempre que ello sirva a la finalidad de privacidad como necesidad prioritaria, lo que excluye los espacios a los que el público puede acceder libremente. Ello se observa particularmente en los despachos de profesionales liberales, abarcando también los datos que obran en su poder respecto de sus clientes, lo que relaciona la privacidad con la confidencialidad y el secreto profesional.
- La privacidad se observa también como bien jurídico protegido en cuanto a las personas jurídicas, pues la protección se circunscribe al centro de negocios o lugar de custodia de los documentos, es decir, aquello que constituye desarrollo de la actividad privada de la empresa o sociedad.
- Igualmente se protege la privacidad de los titulares del domicilio frente a las injerencias que no consisten en entradas físicas, sino que son causadas por aparatos mecánicos, electrónicos o análogos.
- Un último aspecto de protección del derecho lo suponen las injerencias domiciliarias provocadas por inmisiones o ruidos, en los que tampoco existe una entrada domiciliaria. En este caso, la lesión de la privacidad viene determinado por la perturbación de la vida cotidiana en el domicilio provocada por agentes externos.

Las características que presenta el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliar son las siguientes:

- Es un derecho fundamental y de especial protección, tal como hemos señalado.
- Es un derecho autónomo, contenido en el art. 18.2 CE, diferenciado frente a la intimidad del art. 18.1 CE, y que garantiza la protección domiciliar, no por sí misma, sino en cuanto es emanación de la esfera privada de las personas.
- Es un derecho individual y personalísimo, que se observa claramente en la titularidad individual del sujeto, incluso en caso de domicilios compartidos.
- Es un derecho que no tiene carácter absoluto, y que como los demás derechos, puede estar sometido a limitaciones, algunas de las cuales están contenidas en el propio texto del art. 18.2 CE: consentimiento del titular, delito flagrante y autorización judicial.

La inviolabilidad domiciliar presenta unos cauces de protección acordes con su naturaleza de derecho fundamental de especial protección constitucional, y se manifiesta en:

- Garantías normativas (principio de legalidad y vinculación de los poderes públicos a su contenido; reserva de ley para su desarrollo, que para sus aspectos esenciales ha de ser de Ley Orgánica; mecanismos de reforma constitucional especialmente rígidos a través del art. 168.1 CE).
- Garantías jurisdiccionales (tutela judicial a través de procedimientos ordinarios basados en los principios de preferencia y sumariedad, recurso de amparo ante el TC, y

recurso ante el TEDH de Estrasburgo; posibilidad de planteamiento del recurso y cuestión de inconstitucionalidad frente a regulaciones jurídicas que le afecten).

- Garantías institucionales (mecanismos políticos de control de la acción del Gobierno; labor del Defensor del Pueblo, como defensor de los derechos del Título I).
- La regla de exclusión de pruebas obtenidas con lesión del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

Cuarta. La CE dispone en su art. 18.2 CE que lo constitucionalmente protegido es el domicilio, pero no ofrece una definición del mismo. Existe un concepto constitucional de domicilio diferente de que puede obtenerse en las distintas ramas del ordenamiento jurídico: civil, penal, administrativo y tributario.

De este modo, el domicilio constitucionalmente protegido debe ostentar cuatro características esenciales:

- Espacio acotado del exterior, lo que requiere que se proyecte sobre un lugar físico concreto y delimitado. No obstante, este espacio tiene un carácter instrumental o funcional, se protege en cuanto es apto para que pueda desarrollarse en él la esfera privada de sus titulares.
- Que esté destinado tanto a vivienda como a actividades comerciales o profesionales. Si bien la vivienda integra el núcleo esencial de protección, en cuanto a que es el lugar donde las personas físicas ejercen su privacidad, también se extiende a las actividades comerciales o profesionales de las personas físicas, y a las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, en cuanto a los lugares que constituyen el centro de sus decisiones y el lugar de custodia de los documentos de las mismas.

- Que exista un título bastante y legítimo de utilización, lo cual permite que pueda estar amparado en cualquier tipo de relación jurídica (propiedad, usufructo, arrendamiento) o situación jurídica ( precario, acogimiento, alojamiento temporal), pero no cuando no se ostenta ningún derecho ni relación legítima con el domicilio afectado(usurpación, ocupación ilegítima, mera presencia en domicilio ajeno).
- Que esté destinado a ejercer la privacidad, lo cual lo engarza con el fundamento del derecho que se expone en esta obra. El domicilio protegido es aquel destinado a ejercer las actividades privadas de los individuos o de las personas jurídicas, y no, por tanto, los espacios de libre entrada o acceso de terceros.

Quinta. El art. 18.2 CE se refiere a dos acciones que pueden afectar a la inviolabilidad: la entrada y el registro. Ambas son actuaciones independientes, y tanto puede suponer una injerencia en el derecho fundamental la entrada domiciliaria (por ejemplo, la efectuada por la Administración tributaria para la valoración de un bien), como el registro (que puede ir precedido de una entrada consentida o con una autorización judicial exclusiva para la misma).

La entrada domiciliaria puede producirse mediante la penetración física en el domicilio, pero también mediante la utilización de aparatos mecánicos, electrónicos o análogos, con la captación de imágenes o sonidos de las personas que ocupan dicho domicilio.

También pueden existir lesiones a la inviolabilidad domiciliaria causadas por la propagación de olores, ruidos, humos, lo que se ha llamado “inmisiones”, en los que no hay una penetración física en el domicilio, pero resulta afectado el desarrollo de una vida privada con normalidad y plenitud.

El registro domiciliario constituye una injerencia en la inviolabilidad domiciliaria independiente, y alude a la indagación o pesquisa que se efectúa en el domicilio del titular con una finalidad diversa.

En el ámbito penal, el registro se produce con motivo de la investigación criminal y tiende a la búsqueda de materiales o pruebas de la comisión de un delito. Su regulación procesal se halla en la LECRIM.

En el ámbito administrativo, la LOPJ en su art. 91.2 establece la necesidad de autorización judicial para la entrada forzosa en domicilios basada en la ejecución de los actos administrativos. En éste ámbito, existe una muy profusa legislación sectorial donde se regulan las injerencias domiciliarias y se establecen los requisitos para su realización.

En el ámbito civil y mercantil, en la LEC se regulan dentro de las diligencias preliminares al juicio, la posibilidad de acordar la entrada y registro domiciliario cuando fuera precisa para acceder a datos o documentos necesarios para preparar un ulterior proceso.

También se prevé en este orden jurisdiccional que los jueces competentes puedan dictar resoluciones judiciales de entrada domiciliaria para cumplir las resoluciones dictadas por la Entidad Pública de protección de los menores.

En materia de concurso de acreedores, los Juzgados de lo Mercantil pueden acordar la entrada y registro del domicilio del concursado para prevenir que no se frustren las expectativas y finalidades del concurso.

En el ámbito social, la LJS prevé la práctica de unas entradas y registros domiciliarios con la misma finalidad que en el orden civil, con motivo de la realización de diligencias preliminares al juicio. Igualmente, en caso de que se trate de actuaciones administrativas para práctica de una inspección de Trabajo o Seguridad Social, la injerencia domiciliaria se

acordará por los órganos judiciales de este orden jurisdiccional, cuando se trate de procedimientos administrativos de los que haya de conocer el mismo.

Sexta. La inviolabilidad domiciliaria, como los demás derechos fundamentales, no es absoluta, por lo que pueden establecerse unos límites a la misma. El art. 18.2 CE consagra unos títulos habilitadores de la injerencia domiciliaria específicos: el consentimiento del titular, la resolución judicial y el delito flagrante. Dichos supuestos son taxativos y rigurosos, pero no por ello ha de excluirse la posibilidad de que puedan existir otros, basados en otros intereses constitucionales relevantes.

Un caso específico de limitación o excepción al derecho lo constituye el estado de necesidad, que no está en el texto constitucional, pero es considerado por doctrina y jurisprudencia como un supuesto específico de limitación a la inviolabilidad del domicilio. Tiene cobertura legal en el art. 17 de la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección a la seguridad ciudadana.

La CE también prevé que el derecho a la inviolabilidad del domicilio puede ser suspendido, de acuerdo al art. 55.

Los arts. 55.1 y 116 CE establecen la posibilidad de suspensión general del derecho, que ocurrirá cuando se declaren los estados de excepción y sitio. Ello no supone una derogación de los derechos contemplados en la CE, sino una “suspensión” de los mismos, que ha de ser limitada al tiempo indispensable para dar respuesta adecuada a la situación excepcional. Va referida a un espacio territorial determinado, y ha de ejercerse de forma proporcionada, para lo cual se establecen procedimientos detallados en la ley, que establecen controles formales que impidan una actuación arbitraria.

El art. 55.2 CE contempla la suspensión individual de la inviolabilidad domiciliaria, entre otros derechos fundamentales, para fortalecer la lucha contra las perturbaciones a la paz social provocadas por la actuación terrorista o de bandas armadas. En la actualidad, la legislación de desarrollo de tal precepto constitucional la constituye el art. 553 LECRIM, que prescinde de la preceptiva resolución judicial para la entrada y registro domiciliario, pues el control judicial de la actuación policial se realiza “a posteriori”.

Séptima. El consentimiento del titular es uno de los supuestos contemplados en el art. 18.2 CE, que permiten una injerencia legítima en el derecho fundamental.

Supone la expresión de voluntad del titular del derecho en virtud del cual permite la entrada en el domicilio y el registro del mismo. Al ser éstas actuaciones independientes, cabe que el consentimiento abarque solo la entrada o el registro, o puede que comprenda ambas acciones.

Para que el consentimiento esté válidamente prestado, se requiere que el interesado ostente capacidad para ello. Lo relevante será atender a la capacidad real del sujeto que lo presta, aunque existen causas objetivas de limitación de la capacidad.

En principio, la plena capacidad se alcanza con la mayoría de edad a los 18 años. Los menores de edad no pueden consentir la entrada o registro, al tener su capacidad disminuida, por lo que habrá de ser prestado por los que ostentan su representación legal (progenitores, tutores, guardadores). No obstante, sí tiene derecho a ser escuchado y a recibir información relevante en función de su madurez.

En cambio, debe considerarse al menor emancipado como suficientemente capaz para otorgar el consentimiento, pues goza a tales efectos, de las mismas facultades que una persona mayor.

El consentimiento ha de ser libre, y al tratarse del ejercicio de un derecho fundamental, ha de atenderse a la voluntad real del interesado, a lo efectivamente querido por el mismo.

Pueden darse en la prestación del consentimiento los mismos vicios que la emisión de la voluntad en un negocio jurídico: error, violencia, intimidación y dolo. Su existencia enerva la misma esencia del consentimiento prestado, que habrá de reputarse nulo.

Es necesario que la voluntad se manifieste sin error alguno, lo que impide que existan resquicios de duda o de falsa representación. Para ello, los solicitantes del consentimiento deben aportar una información correcta y amplia del objeto de la injerencia y de su facultad de negarse a ella.

La violencia nubla el consentimiento y lo invalida. No hay propiamente voluntad de prestarlo, pues se obtiene mediante la coerción, y puede motivar incluso, que la conducta del que la ejecuta esté incurso en un delito, tanto si es ejercida por particulares como por funcionarios públicos o autoridades.

Otro vicio del consentimiento es la intimidación, que supone una coacción al titular del derecho para que lo otorgue, incluida "la intimidación ambiental", que se refiere a la presión que la presencia de los funcionarios de policía puede producir al interesado.

El dolo constituye el último de los vicios del consentimiento citado, y alude a las maquinaciones engañosas efectuadas por los solicitantes para obtener de una forma desviada dicha autorización para la entrada y registro.

El consentimiento se puede prestar de forma expresa, ya sea oral o escrito, y también se admite el tácito, pero debe de constar de una manera

clara, con advertencia del derecho a negarse y de las consecuencias que la autorización puede conllevar.

Igualmente, al estar basado en la voluntad libérrima del que lo emite, puede tener un carácter limitado, en el espacio o en el tiempo, o en las facultades de entrada o registro a autorizar, y puede ser revocado por el interesado.

En caso de cotitularidad, todos ostentan igualmente la facultad de emitir el consentimiento, debiendo prevalecer el derecho de exclusión en el caso de que alguno de ellos se niegue.

Dada la imposibilidad habitual de un ejercicio conjunto, basta el consentimiento prestado por el habitante presente para que se considere válidamente prestado, siempre que no exista contraposición de intereses entre ellos. Si existe dicha contraposición de intereses, será necesario el consentimiento del afectado.

En el caso de las personas jurídicas, el consentimiento debe ser prestado por el personal directivo que esté al frente de cada sede, sucursal o local que haya de ser objeto de la injerencia.

Octava. Otro supuesto legitimador de la inviolabilidad domiciliaria lo constituye la existencia de delito flagrante.

Su noción procede de la legislación procesal penal, y ha estado presente en la redacción original de la LECRIM de 1882 en el art. 779. Dicho art. fue reformado en 1988, desapareciendo dicha definición del derecho procesal penal, hasta el año 2002, en el que se recoge una noción legal de delito flagrante a propósito de la regulación legal de los llamados “juicios rápidos”.

El intento legal de definirlo en la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 1992, fue estimado inconstitucional por el TC, por entender que basaba su configuración en meras sospechas o indicios.

Su elaboración doctrinal se produce con la jurisprudencia del TS, y más tarde con la del TC.

La CE no ofrece una definición legal de delito flagrante. Por ello, el TC sin dar una noción cerrada del mismo, sí que ofrece las características o elementos esenciales en su configuración jurídica.

La flagrancia delictiva incluida en el art. 18.2 CE tiene un alcance o vocación general, lo que no impide que pueda el legislador establecer supuestos especiales de flagrancia para un elenco determinado de delitos, siempre que se respete el contenido esencial del derecho.

Las dos notas características del delito flagrante son la evidencia del delito y la urgencia de la intervención policial.

- Evidencia del delito. Esta nota ha de ser apreciada por los agentes de la autoridad y requiere una convicción sólida, de carácter objetivo. No obstante, no se precisa que se haya obtenido mediante una percepción sensorial directa, sino que puede ser simplemente cognoscitiva, y puede deducirse de otros datos que aporten un conocimiento suficiente o unos indicios racionales y objetivos de la comisión del delito.

Junto a ellos, la jurisprudencia del TS ampara dentro del concepto de delito flagrante los llamados "hallazgos casuales", como evidencias de la comisión de otros hechos delictivos distintos del que ocasionó la entrada y registro inicial, siempre que dichos hallazgos sean constitucionalmente legítimos, al estar amparados en un registro lícito y ser proporcionados a la gravedad del delito.

- Urgencia de la intervención policial. Dicha actuación ha de estar basada en alguna de las siguientes finalidades: impedir la consumación de un delito, lograr la aprehensión del delincuente o evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.

Respecto a éste último, la ausencia de urgencia se estimó por el TS en los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes: tráfico de drogas, armas, etc. No obstante, en la actualidad tanto la jurisprudencia del TS como la del TC amparan la flagrancia delictiva para evitar la desaparición de las pruebas del delito, con independencia del que sea objeto de investigación y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, al tratarse de una injerencia en un derecho fundamental.

Novena. El último supuesto contemplado en el art. 18.2 CE viene determinado por la existencia de una resolución judicial habilitante de la injerencia domiciliaria.

Se trata de un mecanismo de control judicial del derecho fundamental de carácter previo y de orden preventivo.

La resolución judicial a la que se refiere la CE ha de emanar de los jueces o magistrados, que son en sentido estricto, los integrantes del poder judicial (art. 117.1 CE), lo que excluye a otros funcionarios con funciones limítrofes a las de la jurisdicción, como los fiscales y los secretarios judiciales. Y dichas resoluciones judiciales que afecten a la inviolabilidad domiciliaria pueden emanar de los jueces y magistrados de cualquier orden jurisdiccional, en función de las normas de competencia y procedimiento aplicables al caso.

En cuanto a su forma, puede ser tanto una sentencia como un auto dictado por cualquier tribunal que lleve consigo o autorice el acceso a un

domicilio constitucionalmente protegido, no siendo necesaria una segunda resolución judicial específica de autorización, si la primera ya se pronunciaba sobre la cuestión, y por tanto, ha realizado la ponderación del derecho fundamental afectado. No lo serán las providencias, por su carácter formal de ordenación del proceso y por su ausencia de una fundamentación jurídica y motivación suficiente.

Existen regulaciones jurídicas concretas de entradas y registro domiciliarios en todos los órdenes jurisdiccionales, tal como vimos en la conclusión quinta, a la que nos remitimos. Lo relevante en este punto, es destacar que cada órgano judicial deberá dictar la correspondiente resolución judicial habilitante para la entrada y registro domiciliario, siempre que con arreglo a la ley, tenga la competencia objetiva y territorial para conocer de ese asunto en concreto, anudando la ley distintas consecuencias jurídicas a su defecto, que será de nulidad radical y absoluta por falta de competencia objetiva o de jurisdicción.

Para cubrir los cánones de constitucionalidad, la resolución judicial ha de estar suficientemente motivada. La exigencia de motivación forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Y cumple una triple finalidad: evita la arbitrariedad judicial; incrementa la credibilidad en la Administración de Justicia al tratar de convencer a las partes de la corrección de la decisión adoptada; y es un mecanismo de control judicial por parte de los tribunales superiores que conozcan del asunto a través de los recursos pertinentes.

Esta necesidad de motivación es aún mayor en el caso de la resolución judicial del art. 18.2 CE, pues debe ser especialmente cualificada, al estar afectándose un derecho fundamental. Lo que exige un análisis suficiente de que permita conocer el proceso lógico seguido para llegar a la conclusión tomada, en función de las circunstancias del caso.

También debe contener un juicio de proporcionalidad entre la necesidad de la entrada y registro y el sacrificio que la injerencia en el derecho fundamental conlleva, lo cual supone realizar una ponderación de los intereses en litigio, y que se argumenten las razones que justifican la invasión domiciliaria.

Para realizar este examen de la proporcionalidad de la medida se deben tener en cuenta tres elementos: el juicio de idoneidad (que sea adecuada al fin concreto perseguido); el juicio de necesidad (que se preciso e imprescindible para dicho fin, de tal modo que si no se adopta pueda perder su eficacia), el juicio de proporcionalidad estricto (ponderación de los bienes constitucionales en conflicto, valorando cuál ha de ceder, y en su caso, si no se puede evitar con medidas menos onerosas).

También deben concretarse en el auto judicial habilitante otras limitaciones en garantía del derecho fundamental, de carácter espacial (domicilio afectado), temporal (momento y plazo), personal (personas autorizadas, titular afectado), y circunstancias que en cada caso concreto exija la concreta regulación procesal y que se sitúan en el plano de la legalidad, más que en el de la constitucionalidad.



X

---

FUENTES JURÍDICAS



## FUENTES JURÍDICAS

### X.1 BIBLIOGRAFÍA:

#### LIBROS:

- ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *“El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978”*. Editorial Colex. Madrid. 1993.
- ÁLVAREZ CONDE, E.: *“Curso de Derecho Constitucional”*. Volumen I. Editorial Tecnos. 3ª edición. 1999.
- ARAGÓN REYES, M.: *“Temas básicos de Derecho constitucional”*. Tomo III. Civitas Ediciones. 2001.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: *“Justicia penal y Derechos Fundamentales”*. Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2001.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.; CÁMARA VILAR, G.: *“Manual de Derecho Constitucional”*. Volumen II. Editorial Tecnos. 2004.
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M.: *“Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*. Editorial Civitas. 1996.
- BECK, U.: *“¿Qué es la globalización. Falacias del globalismo. Respuestas a la globalización”*. Ediciones Paidós Ibérica S. A. 1997.
- BOBBIO, N.: *“El tiempo de los derechos”*. Editorial Sistema. 1991.
- CABEZUDO BAJO, M.J.: *“La protección del domicilio (Las restricciones a la inviolabilidad del domicilio en el proceso penal)”*. Centro Francisco Tomás y Valiente UNED. Alzira-Valencia. 2004.

- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *“Derecho civil español, común y foral”*. Tomo Tercero. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. 12ª edición. Editorial Reus S.A.1978.
- CASTELLS OLIVÁN, M.: *“La era de la información: Economía, sociedad y cultura”*. Editores siglo XXI. Vol. II.
- COBO DEL ROSAL, M.: *“Compendio de Derecho Penal español. (Parte especial)”*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A.2000.
- COBO DEL ROSAL, M.: *“Derecho Penal. Parte General”*. 5ª edición. Editorial Tirant lo Blanch. 1999.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; HINOJOSA SEGOVIA, R.; MUERZA ESPARZA, J.; TOMÉ GARCÍA, J.A.; ARAGONESES MARTÍNEZ,S.: *“Derecho procesal penal”*. Editorial Universitaria Ramón Areces. 7ª edición.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I.: *“Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración”*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 2ª edición.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *“Sistema de derechos fundamentales”*. Editorial Thomson- civitas. 2ª edición. 2005.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *“Sistema de Derecho civil”*. Volumen I. Editorial Tecnos.4ª edición.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.; JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *“El Derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución Española:25 años de jurisprudencia constitucional.”* Editorial Aranzadi S.A. 1ª edición. 2006.

- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *“El sistema constitucional español”*. Editorial Dykinson. Madrid .1992.
- FIGUEROA NAVARRO, C.: *“Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español”*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L.: *“ La ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales”*. Editorial Aranzadi. 2003.
- GARCÍA DE ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M.V.; GUTIÉRREZ NOGUEROLLES, A.; NAVAS CASTILLO, A.; REBOLLO DELGADO, L.; VIDALPARDO, C.: *“Derecho Constitucional III. Derechos y Libertades”*. Editorial Colex 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE,E.: *“La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”*. Editorial Thomson-civitas. 4ª edición.
- GARCÍA MORCILLO, J.: *“La protección judicial de los derechos fundamentales”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.1994.
- GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.:*“La inviolabilidad del domicilio”*. Editorial Tecnos. 1992.
- HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; MARTÍNEZ MARTÍN, J. I.: *“Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Nociones básicas y análisis jurisprudencial”*. Editorial Dilex S.L.
- HOBBS, T.: *“Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil”*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia. 1992.
- Kelsen, H.: *“Teoría General del Derecho y del Estado”*. Universidad Autónoma de México. 1995. 5ª reimpresión.

- LANDECHO VELASCO, C.M.; MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *"Derecho penal español. Parte especial"*. Editorial Tecnos. 2ª edición. 1996.
- LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN TEMPLADO, E.; GARCÍA MORCILLO, J.; PÉREZ TREMP, P.; SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M.: *"Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos"*. Editorial Tirant lo Blanch. 5ª edición. 2002.
- MOLAS, I.: *"Derecho Constitucional"*. Editorial Tecnos. 3ª edición. 2007.
- MUÑOZ CONDE, F.: *"Derecho Penal. Parte especial"*. Editorial Tirant lo Blanch. Decimoquinta edición.
- MUÑOZ CONDE, F.: *"Derecho penal. Parte General"*. Editorial Tirant lo Blanch. Sexta edición. 2004.
- PASCUAL LÓPEZ, S.: *"La inviolabilidad del domicilio en el derecho español"* Editorial Dykinson. 2001.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *"Lecciones de derechos fundamentales"*. Editorial Dykinson S.L. 2004.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; LLAMAS CASCÓN, A.; FERNÁNDEZ LIESA, C.: *"Textos básicos de Derechos Humanos"*. Editorial Aranzadi. 2001.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *"Los derechos fundamentales"*. Editorial Tecnos. 9ª edición. 2007.
- PÉREZ ROYO, J.: *"Curso de Derecho constitucional"*. Decimotercera edición. Editorial Marcial Pons.

- QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.: *“Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”*. Editorial Aranzadi S.A. 4ª edición.
- QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.: *“Comentarios al nuevo Código penal”*. Editorial Aranzadi S.A. Segunda edición.
- RIVES SEVA, A.P.: *“La diligencia de entrada y registro domiciliario”*. Editorial Bosch. 2004
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R.: *“Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal”*. Editorial Comares. Granada. 2000.
- ROSSEAU, J.J.: *“El contrato social”*. Editorial Maxtor. 2008.
- ROSSEAU, J.J.: *“Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres”*. Editorial Tecnos. 2005.
- RUIZ MARCO, F.: *“Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática”*. Editorial Colex.2001.
- SÁNCHEZ AGESTA, L.: *“Sistema político de la Constitución española de 1978”* Editora Nacional. 1980.
- SÁNCHEZ DOMINGO, M.B.: *“Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código Penal”*. Editorial Comares. Granada. 1998.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: *“Código Penal de 1995. (Comentarios y jurisprudencia)”*. Editorial Comares. Granada.1999.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.; JUDEL PRIETO,A.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: *“Manual de Derecho Penal. Parte especial”*. Civitas Ediciones.2003.

- TORRES DEL MORAL, A.: *“Principios de Derecho constitucional español”*. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Tomo I. 5ª edición.
- VIVES ANTÓN, T.S. y otros: *“Derecho Penal. Parte especial”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2004.

#### ARTÍCULOS

- ALONSO PÉREZ, F.: *“El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro”*. Diario la Ley nº 5602. Septiembre 2002. Año 23. Referencia D-287. Página 1796. Tomo 7. Editorial La Ley.
- ARIAS EIBE, M.J.: *“La inviolabilidad del domicilio: dimensión constitucional y protección penal”*. Diario la Ley. 2001. Referencia D-139. Tomo 4. Editorial La Ley.
- ARIZA COLMENAREJO, M.J.: *“Consideraciones sobre la entrada y registro en el proceso civil”*. Diario La Ley nº 6015. Sección Doctrina. 11 de mayo de 2004. Año 25. Referencia D-107. Editorial La Ley.
- AROZAMENA SIERRA, J.: *“Las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional”*. Revista del Poder Judicial n: 35. Septiembre 1994. Consejo General del Poder Judicial. Páginas 21-42.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: *“La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional y por el poder judicial”* Revista del Poder Judicial n: 45.1987. Consejo General del Poder Judicial. Páginas 31-53.
- CATALÁ I BAS, A.H: *“La problemática adecuación de la legislación europea sobre escuchas telefónicas a las exigencias del Convenio Europeo*

- de Derechos Humanos y sus consecuencias*". Revista del Poder Judicial n: 66. Segundo trimestre 2002. Consejo General del Poder Judicial. Páginas 13-71.
- CABEZUDO BAJO, M.J.: *"la negativa a la práctica de las diligencias preliminares"*. Práctica de Tribunales nº 40. Sección Estudios. Julio-Agosto 2007. Editorial La Ley.
  - CARMONA RUANO, M.: *"Comunicación a la ponencia [El ámbito de protección de la Ley 62/78]"*. Revista del Poder Judicial. Número especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas.1989. Consejo General del Poder Judicial. Páginas 217-228.
  - DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E.: *"El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal"*. Revista del Poder Judicial n: 3. Septiembre 1986. Consejo General del Poder Judicial. Páginas 9-23.
  - DE VICENTE REMESAL, F.J.: *"Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: Atipicidad de recepciones causales. Consideraciones sobre el empleo de teléfonos inalámbricos"*. Revista del Poder Judicial n: 17.Marzo 1990. Páginas 159-173.
  - DURÁN SILVA, C.: *"La diligencia de entrada y registro: su necesaria adaptación a la realidad actual"*, en el libro: *"La reforma del proceso penal"*. Editorial La Ley. 1ª edición. Madrid. 2011.
  - FELTRER RAMBAUD, L.: *"La inviolabilidad del domicilio y las inspecciones administrativas en materia de Defensa de la Competencia"*. Gaceta jurídica de la Unión europea y de la Competencia nº 17. Sección Artículos. Septiembre-Octubre 2010. Editorial La Ley.

- GALINDO MORELL, P.: *"La autorización judicial de entrada en el domicilio"*. Fundación Democracia y Gobierno Local. 2 de junio de 2003.
- GARCÍA MACHO, R.: *"La inviolabilidad del domicilio"*. Revista española de Derecho administrativo nº32.1982.
- GARCÍA MANZANO, P.: *"El ámbito de protección del proceso de la Ley 62/78"*. Revista del Poder Judicial. Número especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas. 1989. Páginas 201-215.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D.I.: *"Significado y alcance jurídico del derecho a la intimidad en el sistema europeo de protección de derechos humanos"* Revista del Poder Judicial n: 70. Segundo trimestre 2003. Páginas 11-44.
- GARCÍA TORRES, J.: *"Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales"*. Revista del Poder Judicial n: 10. Junio 1998. Páginas 11-33.
- HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F.: *"El derecho a la inviolabilidad del domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"*. Centro de Estudios Jurídicos. El Derecho Editores S.A. 2006.
- LINDE PANIAGUA, E.: *"Protección de los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1978"*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Mayo 1981-Número 5. Segunda época. Tomo LXXXII.
- MACÍAS CASTILLO, A.: *"La asimilación por los Tribunales civiles de la jurisprudencia del TEDH en materia de inmisiones molestas e*

*inviolabilidad del domicilio*". Actualidad civil. Sección Doctrina. 1999. Referencia LXI. Página 1227. Tomo 4. Editorial La Ley.

- MAGRO SERVET, V.: "*Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro*". Diario La Ley nº: 5479. 11 de febrero de 2002. Año 22. Referencia D- 45. Página 1764. Tomo 2. Editorial la Ley.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: "*Los derechos fundamentales y la Constitución a los veinticinco años Constitución y control de la actividad administrativa*". Cuadernos de Derecho Judicial. Revista del Poder Judicial número 27. Año 2003. Consejo General del Poder Judicial.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: "*Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea*". Revista del Poder Judicial n: 57. Año 2000. Consejo General del Poder Judicial. Páginas 31-49.
- MARTÍNEZ LOZANO, J.M.; Urruchi Barrio, Humberto: "*El domicilio. Especial atención al de las personas jurídicas*". Carta Tributaria. Monografías. Nº16. Sección Monografías. Quincena del 16 al 30 de septiembre de 2011. Editorial CISS.
- MUÑOZ MACHADO, S.: "*Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación*". Revista del Poder Judicial n: 1. Marzo 1986. Páginas 11-22.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: "*El derecho al secreto de las comunicaciones (Jurisprudencia actualizada del Tribunal Constitucional)*". Centro de Estudios Jurídicos. El Derecho Editores S.A. 2006.

- NAVAS SÁNCHEZ, M.M.: *“¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria. A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”*. Revista de Derecho político. UNED nº 81. Mayo-Agosto 2011.
- NOREÑA SALTO, J.R.: *“El derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)”*. Centro de Estudios Jurídicos. El Derecho Editores S.A. 2006.
- NOREÑA SALTO, J.R.: *“Proceso penal, intimidad e inviolabilidad del domicilio”*. Centro de Estudios Jurídicos. El Derecho Editores S.A. 2006
- ORTIZ ÚRCULO, J.C.: *“Derecho al secreto de las comunicaciones”*. Centro de Estudios Jurídicos. El Derecho Editores S.A. 2006.
- PÉREZ TREMPES, P.: *“La protección de los derechos fundamentales por Jueces y Tribunales”*. Revista del Poder Judicial n: 43-44. 1996(II). Páginas 251-271.
- RASCÓN ORTEGA, J.L.: *“El punto de partida: La inviolabilidad domiciliaria como derecho fundamental”*. Revista del Poder Judicial n: 58. Segundo trimestre 2000. Páginas 13-58.
- ROJÍ BUQUERAS, J.M.: *“El derecho a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de los órganos de la Inspección de los Tributos: Un estudio a propósito del nueva Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio”*. Impuestos. 2000. Referencia D-62. Tomo I. Editorial La Ley.
- SALAS CALERO, L.: *“Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes: La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el derecho procesal de los Estados Unidos”*. Revista del Poder Judicial n: 66. Segundo trimestre 2002. Páginas 367-402.

- SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A.: *“Inspección, entradas domiciliarias o la fractura en la Sala Tercera del Tribunal Supremo”*. Editorial La Ley. 16-30 abril 2011. Año 27. Tomo I.
- SOTO NIETO, F.: *“Motivación de las sentencias judiciales”*. Diario La Ley nº 5834, 29 de julio de 2003, Año XXIV, Referencia D-181. Editorial la Ley.
- SOUTO PAZ, J.A.: *“Comentario a la Carta de Derechos fundamentales de la Unión europea”*. Revista del Poder Judicial n: 61. Primer trimestre 2001. Páginas 63-85.

## X.2 TEXTOS LEGALES

- Constitución española de 1978
- Estatuto de Bayona de 1808
- Constituciones española de 1812
- Constitución española de 1837
- Constitución española de 1845
- Constitución española de 1869
- Constitución española de 1876
- Constitución española de 1931
- Fuero de los Españoles de 1945
- Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de Francia
- Constitución de la República Francesa de 1795

- Carta de Privilegios de Transilvania de 1701
- Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776
- Declaración de Independencia de Norteamérica de 4 de julio de 1776
- Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware de 11 de septiembre de 1776
- Declaración de Derechos de la Constitución de los Estados Unidos de América y sus diez primeras enmiendas de 15 de diciembre de 1791.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948
- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966
- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000
- Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979
- Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000
- Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882

- 
- Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998
  - Ley reguladora de la Jurisdicción social de 2011
  - Código Penal de 1995
  - Código Penal de 1973
  - Código Civil de 1889
  - Ley General Tributaria de 2003
  - Ley de protección a la seguridad ciudadana de 2015
  - Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 1992
  - Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
  - Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949
  - Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal
  - Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
  - Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
  - Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial

- Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
- Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio de 1981
- Ley de Defensa de la Competencia de 2007
- Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común de 1992
- Ley de Expropiación Forzosa de 1954
- Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 2015
- Ley de Sanidad Animal de 2003
- Ley de Seguridad Aérea de 2003
- Ley de Montes de 2003
- Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas,
- Ley 13/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
- Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el art. 55.2 de la Constitución

- Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución
- Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal
- Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma la Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley 38/2002, de 24 de octubre , de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado

### X.3 ANEXO JURISPRUDENCIAL

Sentencias del Tribunal de Derechos Humanos:

- Roemen y Schmit contra Luxemburgo de 25 de febrero de 2003 (EDJ 2003/2361)
- Petri Sallinen y otros contra Finlandia de 27 de septiembre de 2005 (EDJ 2005/144749)

- McLeod contra Reino Unido de 23 de septiembre de 1998 (EDJ 1998/14999)
- L.M. contra Italia de 8 de febrero de 2005 ( EDJ 2005/903)
- Niemetz contra Alemania (EDJ 1992/13865)
- “Société Colas Est” y otros contra Francia de 16 de abril de 2002 (EDJ 2002/129737)
- Loizidou contra Turquía de 18 de diciembre de 1996 (La Ley 16131/1996)
  
- López Ostra contra España de 9 de diciembre de 1994 (EDJ 1994/13609)
- Móreno Gómez contra España, de 16 de noviembre de 2004(EDJ 2004/456540)
- Martínez Martínez contra España de 18 de octubre de 2011(EDJ 2011/ 246920)
- Powel y Rayner contra Reino Unido de 21 de febrero de 1990 (EDJ 1990/12354)
- Surugiu contra Rumania de 20 de abril de 2004 (EDJ 2004/10699)

Sentencias del Tribunal Constitucional:

- 25/1981, de 14 de julio
- 39/1983, de 17 de mayo
- 160/1987, de 27 de octubre

- 
- 161/1987, de 27 de octubre
  - 19/1982, de 5 de mayo
  - 208/1993, de 28 de junio
  - 85/2001, de 26 de marzo
  - 154/2006, de 22 de mayo
  - 8/2015, de 22 de enero
  - 254/1993, de 20 de julio
  - 38/1981 de 23 de noviembre
  - 245/1991, de 16 de diciembre
  - 6/1982, de 22 de febrero
  - 137/1985, de 17 de octubre
  - 341/1993, de 18 de noviembre
  - 10/2002, de 17 de enero
  - 28/1999, de 8 de marzo
  - 22/1984, de 17 de febrero
  - 94/1999, de 31 de mayo
  - 50/1995, de 23 de febrero
  - 126/1995, de 25 de julio
  - 176/2013, de 21 de octubre

- 170/1987, de 30 de octubre
- 143/1994, de 9 de mayo
- 137/1985, de 17 de octubre
- 115/2000, de 10 de mayo
- 209/2007, de 24 de septiembre
- 189/2004, de 2 de noviembre
- 22/2003, de 10 de febrero
- 239/1999, de 20 de diciembre
- 199/1987, de 16 de diciembre
- 140/1986, de 11 de noviembre
- 160/1986, de diciembre
- 114/1984, de 29 de noviembre
- 189/2004, de 2 de noviembre
- 209/2007, de 24 de septiembre
- 119/2001, de 24 de mayo
- 69/1999, de 26 de abril
- 228/1997, de 16 de diciembre
- 119/2001, de 24 de mayo
- 209/2007, de 24 de septiembre

- 
- 239/1999, de 20 de diciembre
  - 89/2006, de 27 de marzo
  - 341/1993, de 18 de noviembre
  - 136/2000, de 29 de mayo
  - 133/1995, de 25 de septiembre
  - 239/2006, de 17 de julio
  - 133/1995, de 25 de septiembre
  - 171/1999, de 27 de septiembre
  - 25/1981, de 14 de julio
  - 199/1987, de 16 de diciembre
  - 89/1993, de 12 de marzo
  - 71/1994, de 3 de marzo
  - 54/2015, de 16 de marzo
  - 94/1996, de 24 de mayo
  - 126/1995, de julio
  - 160/1991, de 18 de julio
  - 144/1987, de 23 de septiembre
  - 199/1998, de de 26 de marzo
  - 189/2004, de 2 de noviembre

- 283/2000, de 27 de noviembre
- 50/1995, de 23 de febrero
- 248/2006, de 24 de julio
- 163/2000, de 12 de junio
- 287/2000, de 10 de julio
- 214/2000, de 18 de septiembre
- 290/1994, de 27 de octubre
- 102/2014, de 23 de junio
- 75/2005, de 4 de abril
- 60/2008, de 26 de mayo
- 325/2005, de 12 de diciembre
- 164/2005, de 20 de junio
- 128/2002, de 3 de junio
- 49/1999, de 5 de abril
- 139/2004, de 13 de septiembre

**Autos del Tribunal Constitucional:**

- 227/1983, de fecha 25 de mayo
- 257/1985, de 17 de abril
- 282/1993, de 20 de septiembre

- 290/2004, de 19 de julio
- 129/1990, de 26 de marzo
- 258/1990, de 18 de junio

Sentencias del Tribunal Supremo:

- 29 de marzo de 1990 (RJ 1990,2647)
- 2 de noviembre de 1993 ( CENDOJ 28079120011993106523)
- 19 de octubre de 1994 (CENDOJ 280791200119941108472)
- 3 de marzo de 2010 (La Ley 76148/2010)
- 16 de enero de 2002 (La Ley 2967/2002)
- 14 de junio de 2000 (La Ley 121953/2000)
- 14 de abril 1994 ( La Ley 3087/1994)
- 3 de marzo de 2010 ( La Ley 76148/2010)
- 19 de enero de 1995 ( La Ley 14346/1995)
- 797/1994, de 14 de abril
- 436/2001, de 19 de marzo
- 26 de junio 2013 ( La Ley 120440/2013)
- 18 de octubre de 2006 ( La Ley 199558/2006)
- 12 de mayo de 2005 ( La Ley 12584/2005)
- 18 de febrero 2005 (La Ley 12238/2005)

- 11 de octubre de 1993 (La Ley 1713/1994)
- 14 de abril 1994, de 14 de abril (La Ley 3087/1994)
- 7 de octubre de 2009 (La Ley 191987/2009)
- 16 de noviembre de 2007 (La Ley 193640/2007)
- 14 de abril de 1994 (La Ley 3087/1994)
- 11 de octubre de 1993 (La Ley 1713/1994)
- 22 de marzo de 2004 (CENDOJ 28079120012004)
- 11 de octubre de 1993 (La Ley 1713/1994)
- 30 de abril de 2002
- 22 de marzo de 2004
- 14 de octubre de 2011
- 11 de marzo de 2014
- 16 de abril de 2004 (La Ley 12720/2004);
- 7 de febrero de 2013 (La Ley 5559/2013)
- 30 de marzo de 2011 (La Ley 14260/2011).
- 12 de abril de 2013(La Ley 35119/2013)
- 14 de abril de 2015 (EDJ 2015/72666)
- 19 de enero de 2005 (EDJ 2005/4956)
- 18 de octubre de 1996 ( EDJ 1996/7370)

- 22 de septiembre de 2005 (EDJ 2005/157500)
- 29 de enero de 2001(La Ley 3563/2001)
- 18 de octubre de 1996 (EDJ 1996/7370)
- 21 de abril de 1994 ( EDJ 1994/3509)
- 17 de marzo de 1993 (EDJ 1993/2651)
- 28 de diciembre de 1994 (La Ley 14283/1994)
- 20 de febrero de 2006 ( La Ley 11160/2006)
- 12 de julio de 2004 (La Ley 1799/2004)
- 24 de junio de 2014 (EDJ 2014/1112666)
- 18 de octubre de 2006 ( EDJ 2006/288753)
- 31 de octubre de 2007( EDJ 2007/206076)
- 22 de octubre de 2008 (EDJ 2008/222309)
- 11 de febrero de 2009 ( EDJ 2009/16844)
- 17 de septiembre de 2009 (EDJ 2009/239983)
- 24 de febrero, de 2010 (EDJ 2010/16376)
- 16 de diciembre de 1999 (La Ley 184320/1999)
- 17 de septiembre de 2009 (La Ley 11531/2008)
- 1 de marzo de 2004 (La Ley 12376/2004)
- 29 de mayo de 2007 (La Ley 26741/2007).

- 27 de septiembre de 1999 (La Ley 12124/1999)
- 6 de abril, de 1998 (EDJ 1998/2309)
- 24 de noviembre de 1995 ( EDJ 1995/6891)
- 24 de noviembre de 1995 ( EDJ 1995/24245);
- 11 de octubre de 1994 (EDJ 1994/9044).
- 26 de junio de 1995 (La Ley 8846/1995)
- 15 de febrero de 2002 (La Ley 36662/2002)
- 16 de diciembre de 2013 (CENDOJ 28079120012013101024)
- 18 de octubre de 2013 (CENDOJ 28079120012013100772)
- 23 de junio de 2003 (CENDOJ 28079120012003103398)
- 10 de febrero DE 2005 (CENDOJ 28079120012005100193)
- 30 de noviembre de 2009(La Ley 233131/2009)
- 12 de abril de 2002 (La Ley 5919/2002)
- 30 de noviembre de 2013(La Ley 148690/2013)
- 4 de noviembre de 2002 (La Ley 81/2003)
- 14 de marzo de 2006(La Ley 119542/2006)
- 28 de octubre de 2010 (La Ley 188053/2010).
- 14 de marzo de 2006 (CENDOJ 28079120012006100993)
- 26 de noviembre de 2003 (La Ley 508/2004)

- 3 de septiembre de 2002 ( La Ley 7821/2002)
- 12 de septiembre de 1994 (La Ley 1500/1995)
- 12 de noviembre de 2007 (La Ley 216843/2007)
- 4 de noviembre de 2010 (La Ley 199012/2010)
- 12 de julio de 2006 (CENDOJ 28079120012006100828)
- 30 de diciembre de 200 (CENDOJ 28079120012002103198)
- 2 de noviembre de 1993( CENDOJ 28079120011993106523)
- 19 de octubre de 1994 (CENDOJ 28079120011994108472).
- 16 de marzo de 2001 ( La Ley 3372/2001)
- 6 de junio de 2005 (CENDOJ 2807912005100709)
- 25 de noviembre de 2010 (CENDOJ 28079120012010101005)
- 31 de enero de 1994(CENDOJ 28079120011994107713)
- 18 de abril de 2000 (CENDOJ 28079120012000103007)
- 26 de septiembre de 2005 (CENDOJ 28079120012005101081)
- 20 de diciembre de 2006 (CENDOJ 28079120012006101325)
- 19 de octubre de 2009 (CENDOJ 280791120012010100693)
- 25 de noviembre de 2010 (CENDOJ 2807911200120101)
- 22 de julio de 2004(CENDOJ 28079120012004100967)
- 24 de febrero de 1998 (CENDOJ 28079120011998102301)

- 28 de abril de 1995 (CENDOJ 28079120011995101950)
- 3 de julio de 2003 ( CENDOJ 28079120012003103477)
- 24 de febrero de 2010(CENDOJ 28079120012010100094)
- 23 de octubre de 2010(CENDOJ 28079120012010101064)
- 26 de mayo de 2011 (CENDOJ 28079120012011100528)
- 23 de enero de 2013 (CENDOJ 28079120012013100064)
- 7 de marzo de 2000 (CENDOJ 28079120012000103618)
- 18 de abril de 2000 (CENDOJ 28079120012000103007)
- 16 de marzo de 2001 (CENDOJ 28079120011990107741)
- 19 de octubre de 1994 (CENDOJ 28079120011994)
- 18 de abril de 2000 (CENDOJ 28079120012000103007)
- 7 de marzo de 2000 (CENDOJ 28079120012000103618).
- 26 de febrero de 2010 (CENDOJ 28079120012006100922)
- 26 de febrero de 2010 (CENDOJ 28079120012008100605)
- 22 de febrero de 2000 (CENDOJ 8079120012000135139)
- 14 de marzo de 2000 (CENDOJ 280791200120001028)
- 26 de febrero de 2007 (CENDOJ2807912001200710018)
- 22 de octubre de 2013 (CENDOJ 28079120012013100765)
- 10 de julio de 2003 (CENDOJ 28079120012003103498)

- 27 de octubre de 2004 ( CENDOJ 28079120012004101047)
- 13 de marzo de 2015 (CENDOJ 28079120012015100265)
- 27 de octubre de 2004 (CENDOJ 28079120012004101047)
- 22 de marzo de 2012 (CENDOJ 28079120012012100225)
- 27 de febrero de 2015 (EDJ 2015/28207)

Autos del Tribunal Supremo:

- 25 de noviembre de 2003 (La Ley 297119/2004)

Sentencias de Audiencias Provinciales:

- Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 28 de marzo de 2012 (La Ley 554981/2012)
- Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª, de 12 de enero de 2011 (La Ley 8066/2011)

