

LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Manuel Enrique Rosso Pérez

Letrado de la Administración de Justicia

EXTRACTO

En este artículo tratamos de analizar las líneas marcadas por nuestro Tribunal Constitucional en la definición de la garantía constitucional consagrada en el artículo 18.2 de la Constitución Española sobre la inviolabilidad del domicilio.

En primer lugar se analiza la doctrina del Tribunal Constitucional desde sus orígenes hasta la actualidad en la definición del domicilio protegido tanto para personas físicas como personas jurídicas y sobre todo el análisis del consentimiento del titular para la entrada en este ámbito protegido.

Por último analizamos la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la garantía de la inviolabilidad del domicilio en un aspecto accesorio pero también fundamental como es la problemática de la contaminación acústica.

Sumario

1. La inviolabilidad del domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
2. La inviolabilidad del domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia a las inmisiones acústicas

1. LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La inviolabilidad de domicilio se vincula al derecho a la intimidad de las personas, pues protege el ámbito donde la persona desarrolla su intimidad al amparo de miradas indiscretas. Como consecuencia de todo ello es lógico que el Tribunal Constitucional haya dado al término «domicilio» un significado mucho más amplio que el otorgado en el Código Civil¹.

Para el Alto Tribunal, el domicilio es el espacio donde el individuo vive ejerciendo su libertad más íntima, al margen de convenciones sociales, así como todo espacio apto para que, eventualmente o de forma permanente, pueda ocurrir lo anterior. En concreto se considera domicilio a efectos constitucionales: las segundas viviendas, los vehículos o caravanas, las habitaciones de hotel² o el domicilio empresarial de las personas jurídicas, aunque en alguno de estos casos con ciertas cortapisas derivadas de las propias características del alojamiento.

En cambio no tendrán la consideración de domicilio las celdas de los reclusos en los centros penitenciarios³. En concreto la STC 10/2002 se plantea la constitucionalidad del artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el cual establece que «las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se considerarán como 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 así con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada». Establece el Tribunal Constitucional que las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquellos, habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada. Ello, no obstante, no significa que las habitaciones de los hoteles no puedan ser utilizadas también para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza, en cuyo caso no se considera domicilio de quien las usa a tales fines. En este caso particular de la STC 10/2002, los periodistas se hospedaban en las habitaciones del hotel que fueron registradas, de modo que constituían en ese momento su domicilio en cuanto en ellas desarrollaban su vida privada. Ni la accidentalidad, temporalidad o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel es obstáculo a su consideración como domicilio, así lo reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴. Excluir a

¹ Véase artículo 40 del Código Civil.

² Véase STC 10/2002, de 17 de enero.

³ Véase STC 11/2006.

⁴ Véase STS de 3 de julio de 1992.

estos establecimientos de hostelería de la necesidad de autorización judicial no es contrario al artículo 18.2 de la Constitución pues se trata de establecimientos abiertos al público en que principalmente se desarrollan actividades no privadas.

Asimismo establece la STC 10/2002 que no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales y que, en particular, la garantía constitucional no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación –como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales– tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad. La vivienda es domicilio aun cuando en el momento del registro no esté habitada⁵, y sin embargo no se consideran domicilio los locales destinados a almacén de mercancías⁶, un bar y un almacén⁷, unas oficinas de empresa, los locales abiertos al público o de negocios. El destino o uso es el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, es irrelevante su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso y la intensidad o periodicidad.

Para que se admita la vulneración del derecho no es necesaria la penetración física sino que se comprende también la que se efectúe mediante aparatos visuales o auditivos⁸.

Según la STC 22/1984 la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución Española no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado, y en especial el artículo 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por esta de sus derechos y obligaciones, por ello obliga a mantener, por lo menos *prima facie* un concepto de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo.

Establece la STC 22/1984 que existen fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero han de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionales reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución, así por ejemplo el artículo 33 de la Constitución delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social. No ocurre esto en materia de inviolabilidad del domicilio, donde la Constitución no dice que deba sacrificarse a cualquier fin social que, en general, será de rango superior por serlo, y únicamente menciona de modo expreso la persecución de un delito flagrante como causa bastante para el sacrificio del derecho.

Sin embargo, esa vinculación con la intimidad parece quebrarse cuando se reconoce el derecho a las personas jurídicas⁹ aunque sea de forma más matizada, con menor intensidad que en el caso de las personas físicas. La STC 137/1985 establece que, ausente de nuestro ordenamiento constitucio-

⁵ Véase STC 94/1999, de 31 de mayo.

⁶ Véase STC 222/1997.

⁷ Véase STC 283/2000.

⁸ Véase STC 22/1984.

⁹ Véase STC 137/1985.

nal un precepto similar al que integra al 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 que por su naturaleza les resulten aplicables, 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 ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto a otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el artículo 24 de la Constitución sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a personas jurídicas. Este es el criterio aceptado por la doctrina generalizada en Alemania, Italia y Austria, criterio extensivo puesto que las personas jurídicas pueden ser titulares legítimos de viviendas, las cuales no pierden su carácter por el hecho de que el titular sea una persona jurídica. La libertad de domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el Ordenamiento Jurídico a la persona, pero no necesariamente a la persona física.

La Constitución Española señala tres situaciones en las que se admite la entrada y registro domiciliario: a) consentimiento del titular, b) resolución judicial, c) flagrante delito. A estas hay que añadir otra, no consignada, pero igualmente admisible, dada sus características: la situación de urgente necesidad, como la que se produce en casos de catástrofe, ruina inminente u otros similares con la finalidad de evitar daños inminentes y graves para personas o cosas, es decir, en supuestos en los que es necesaria la quiebra de la inviolabilidad domiciliaria para preservar otros bienes protegidos, en particular la vida o integridad de las personas¹⁰.

En torno al consentimiento del titular, el concepto de titular del domicilio hay que entenderlo más en sentido real que jurídico: será aquella o aquellas personas que residen en el domicilio, pudiendo así ser varios los titulares, en cuyo caso bastará el consentimiento de uno de ellos si el resto no se opone, aunque teniendo en cuenta que habrá de considerarse titular a efectos del artículo 18.2 de la Constitución Española, en ciertos casos, solo a aquel frente a quien se dirija la actuación de entrada y registro¹¹

Esta sentencia (STC 22/2003) dice que el domicilio no es solo un espacio físico, en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de una persona y esfera privada¹². Los límites que la Constitución Española establece al ámbito de la inviolabilidad domiciliaria tienen un carácter rigurosamente taxativo.

La STC 22/2003 establece que a falta de consentimiento del titular, el acceso al domicilio inviolable se posibilita únicamente sobre la base de una resolución judicial motivada en atención al principio de proporcionalidad, y la exigencia de la garantía judicial decae únicamente en caso de flagrante delito.

En cuanto a quién puede consentir la entrada y registro policial a los efectos del artículo 18.2 de la Constitución Española, como regla general en una situación de convivencia normal y en ausencia de con-

¹⁰ Véase artículo 21.3 de la Ley Orgánica 1/1992 sobre protección de la seguridad ciudadana.

¹¹ Véase STC 22/2003.

¹² Véase STC 22/1984

flicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto a 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. Sin embargo el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución Española se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enervan la garantía que dicha inviolabilidad representa. En el caso de que se ocupa la STC 22/2003 la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o 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.

Cuando la autorización de entrada proceda de resolución judicial, deberá motivar no solo las razones en las que se basa, sino asimismo, su alcance, estableciendo dependencias en las que procede la entrada y alcance del registro, pues la resolución judicial ha de actuar como garante del derecho¹³.

La STC 139/1999 establece que no se da garantía alguna cuando la resolución, aun de un órgano judicial, se produce como un mero automatismo formal¹⁴.

La STC 139/1999 se remite a la STC 49/1999 al decir que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar debidamente fundamentada, de forma que las razones fácticas y jurídicas de tal limitación puedan ser conocidas por el afectado y preservado su derecho de defensa, y pueda hacerse a posteriori el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece.

En la misma STC 139/1999 se dice que el Tribunal Constitucional ha distinguido, en efecto, la nulidad de una entrada y registro practicada con infracción de las normas procesales, como es la ausencia de secretario judicial, de aquella otra que tiene lugar con vulneración de los derechos fundamentales del afectado, caso de la inexistencia o insuficiencia de la resolución judicial que autoriza aquella. Dice la STC 139/1999 que la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso pueden producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen se mueven siempre en otra dimensión. El plano de la legalidad, en este caso a través de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 569) y no en la Constitución Española, se exige la presencia del secretario judicial para tal diligencia probatoria, por ello su ausencia no afecta a la inviolabilidad del domicilio, para entrar en el cual basta la orden judicial, pero cuando la nulidad obedece a la vulneración de un derecho fundamental sustantivo, su efecto sobre la prueba es más radical y no es otro que la prohibición de valorar en juicio las pruebas así obtenidas.

La mayor parte de las entradas y registros domiciliarios serán consecuencia de procedimientos penales; también caben los registros o entradas administrativas (inspecciones) o de carácter civil

¹³ Véase STC 139/1999.

¹⁴ Véase STC 22/1984.

(embargos o lanzamientos). En un primer momento el Tribunal Constitucional exigía que la resolución de entrada domiciliaria fuera en todo caso una resolución separada en el caso de entradas administrativas¹⁵, sin embargo en un momento posterior se estimó innecesaria una resolución separada en los supuestos en los que dicha entrada fuera inherente a la resolución principal¹⁶. No obstante, el alcance de la entrada domiciliaria no puede dejarse a la discrecionalidad de la Administración, sino que la resolución judicial deberá precisar el número o periodo de entradas autorizadas así como el número de personas habilitadas, debiendo dar cuenta al juez de los resultados¹⁷.

La STC 50/1995 establece que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no es un derecho absoluto y limita con los derechos de los demás. Dice además que el concepto del domicilio se extiende no solo a la vivienda en sentido estricto sino también a los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del titular, que la autorización judicial no es automática y ha de ser motivada y que la inviolabilidad del domicilio encuentra uno de sus límites en el supuesto de la función inspectora de la Hacienda Pública con respaldo legal suficiente siempre que a su vez se recabe autorización judicial. El artículo 18.2 de la Constitución Española exige tan solo una autorización judicial sin ocuparse de precisar cuál haya de ser el juez competente para darla ni el procedimiento a seguir. La Ley Orgánica del Poder Judicial tampoco regula la cuestión por completo, solo contempla potestades administrativas de autotutela para referirse a la ejecución forzosa de actos de la Administración (art. 87.2 LOPJ) y encomienda la función tuitiva a los jueces de instrucción, encuadrados en el orden penal, quizás porque en este orden se producen con habitualidad situaciones análogas para la investigación policial.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 552) impone la necesidad de notificar personalmente al titular del domicilio el auto que autorice la entrada, inmediatamente o dentro de las 24 horas siguientes, haciendo constar en el auto si tendrá lugar tan solo de día, exigiendo si ha de practicarse en la noche una resolución judicial *ad hoc*, levantándose acta en la que consten los que han asistido, horas de principio y fin de la actuación, la relación del registro por el orden en que se haga, con sus incidentes y resultados obtenidos, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario y adoptando todo género de precauciones para no comprometer su reputación, con el respeto a los secretos del afectado si no interesan a la instrucción.

En el ámbito penal el registro domiciliario se utiliza como medio de obtención de pruebas, de manera que la carencia de resolución judicial o una imprecisa parcial puede llevar a la invalidación de pruebas¹⁸. Esta última sentencia establece que, sin embargo, lo hallado en un registro verificado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio no ha de tenerse por inexistente en la realidad y puede ser incorporado al proceso de forma legítima por otros medios de prueba (STC 161/1999), en particular la declaración del acusado que en sí misma no es contraria al derecho a la

¹⁵ Véase STC 22/1984.

¹⁶ Véase STC 160/1991.

¹⁷ Véase STC 50/1995.

¹⁸ Véase STC 149/2001.

inviolabilidad domiciliaria o al derecho al proceso con todas las garantías, ni es el resultado directo del registro practicado, es una prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria¹⁹.

En el supuesto de flagrante delito la jurisprudencia estima que existe tal situación en supuestos en los que existe inmediatez temporal, espacial y personal, o de acuerdo con los términos del Tribunal Constitucional, se requiere evidencia e inmediatez, de manera que cuando no concurren tales circunstancias será necesaria la correspondiente resolución judicial²⁰.

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio prescribe –para los dos últimos estados– un régimen especial de inspecciones o registros domiciliarios en los supuestos en los que la correspondiente declaración comprenda la suspensión de las garantías del artículo 18.2 de la Constitución Española. La regulación, no obstante, no está exenta de garantías sino que contempla, entre otros requisitos, la presencia de dos vecinos como testigos del registro domiciliario y el levantamiento de un acta del registro efectuado, acta que se remitirá al juez junto con la motivación del acto²¹.

Asimismo, en relación con el artículo 55.2 de la Constitución Española, el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal plantea la posibilidad de entradas y registros sin necesidad de autorización previa, aunque con la obligación de dar cuenta inmediata al Juez.

2. LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS INMISIONES ACÚSTICAS

En cuanto a los aspectos a destacar en materia de inviolabilidad de domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) analizaremos en primer lugar la STEDH de 19 de febrero de 1998 denominada López Ostra. La sentencia analiza si hubo violación de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con olores, ruido y humos contaminantes causados por una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos situada a unos pocos metros del domicilio de la recurrente señora López Ostra. En este supuesto el Gobierno español afirmó que la señora López Ostra no había agotado todos los recursos internos en nuestra legislación. El TEDH consideró que el recurso de protección de derechos fundamentales era un medio rápido y efectivo de obtener amparo en caso de denuncias relativas al derecho al respeto del domicilio y a su integridad psíquica, habiéndose tramitado un recurso que era efectivo y apropiado en relación con la infracción denunciada. En este caso la recurrente no tenía obligación de plantear otros procesos más lentos.

¹⁹ Véase STC 161/1999.

²⁰ Véase STC 341/1993 y 94/1996.

²¹ Véase artículos 17 y 32 de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio.

El TEDH comparte la opinión de la Comisión al señalar que el que alguien haya sido obligado a abandonar su hogar por razones medioambientales y posteriormente a comprar otra casa no implica que deje de ser víctima. Si la recurrente puede volver ahora a su domicilio anterior en virtud de una orden de clausura de la planta de residuos, eso sería un factor a tener en cuenta al determinar la indemnización, pero no significaría que dejara de ser una víctima.

Significar que el CEDH en su artículo 8 establece, en su párrafo primero, que «todos tienen el derecho al respeto a su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia». Asimismo en su párrafo segundo establece que «ningún poder público puede interferir en el ejercicio de este derecho excepto cuando se ajuste a la Ley y sea necesario en una Sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, seguridad pública o bienestar económico del país, para prevenir el desorden o el crimen, para la protección de la salud o la moral, o para la protección de los derechos y libertades de otros».

El TEDH entiende que una grave contaminación del ambiente puede afectar al bienestar del individuo e impedirle disfrutar de su hogar de tal modo que se ataca su vida privada y familiar sin poner, sin embargo, su vida en peligro. El TEDH considera que el Estado no tuvo éxito en conseguir un equilibrio adecuado entre el interés del bienestar económico de la ciudad –el de tener una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos– y el disfrute efectivo de la recurrente de su derecho al respeto a su domicilio y a su vida privada y familiar. En consecuencia el TEDH estimó que se había vulnerado el artículo 8 de la CEDH.

Respecto a la vulneración del artículo 3 de la CEDH alegado por la recurrente, en primer lugar señalar que este artículo establece que «nadie puede ser sometido a tortura ni a ningún tratamiento o castigo inhumano o degradante». En este caso el TEDH, al igual que el Gobierno español y la Comisión, entendió que las condiciones en las que la recurrente y su familia vivieron durante un número de años fueron ciertamente muy difíciles pero no constituyen un tratamiento degradante en el sentido del artículo 3 del CEDH.

Asimismo dentro de la jurisprudencia del TEDH en materia de inviolabilidad del domicilio, analizaremos la STEDH de 19 de noviembre de 2004 en el caso del recurrente señor Moreno Gómez contra España. Esta sentencia (a diferencia a de la STC 119/2001 de 24 de mayo) sí declaró suficientemente probado que se había quebrado la inviolabilidad del domicilio. En este caso el recurrente alegaba que el ruido de la zona de bares vulneraba su derecho al respeto de su domicilio tal como se establece en el artículo 8 del CEDH.

Ambos tribunales (el TC y el TEDH) reconocen que el ruido puede llegar a provocar una violación del derecho a la intimidad domiciliaria (art. 18.2 de la Constitución) o del derecho al respeto del domicilio (art. 18 del CEDH).

Tanto el Tribunal Constitucional como el TEDH dicen que la contaminación acústica puede afectar a la intimidad domiciliaria, aunque no cualquier contaminación de este tipo sino –en palabras del TC–, solo aquella que impida o dificulte gravemente el libre desarrollo de la personalidad. En estos supuestos no se está ante cualquier ruido, sino ante los que por sus características son susceptibles de

menoscabar lo que constituye fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE) y, por ende, menoscaban derechos fundamentales.

Para el TEDH al menos en esas zonas de bares el ruido es intolerable y afecta claramente al respeto del derecho al domicilio. Dice que el acusado nivel de contaminación acústica que los diferentes informes técnicos revelan parece evidente que lo padecen también las personas en sus viviendas y no solo en el exterior, por lo que el derecho al respeto del domicilio resulta vulnerado.

Sin embargo, resaltar que para el Tribunal Constitucional en su Sentencia 119/2001 de 24 de mayo, a diferencia de lo que dice el TEDH, el ruido de la zona de bares no tiene relevancia y lo decisivo es el ruido que acontece en el interior de la vivienda. Esta es la diferencia fundamental entre ambas sentencias.

Al margen de estas sentencias y analizando el fenómeno de la aglomeración de personas en espacios públicos en torno al consumo de alcohol (el llamado «botellón»), hay que analizar qué derechos afectan a las diversas partes implicadas, en particular, las personas que provocan ruido y los que lo sufren. No existe un derecho fundamental específico del que sea expresión el botellón, quienes participan dicen que están ejerciendo su libertad (libertad residual del artículo 17.1 de la CE). Esto es como decir que todo lo que las personas hacen o pretenden hacer sobre la base de su voluntad es resultado de la actuación de su libertad, y filosóficamente puede que sea así, pero jurídicamente supone afirmar que en todos estos casos se está ante una libertad jurídica y constitucionalmente protegida. Aquí hay un conflicto de derechos porque también los ciudadanos que quieren descansar están ejercitando su libertad residual, y hay que establecer qué derecho prevalece. Es un error pretender que toda conducta humana sea el resultado o reflejo del ejercicio de un derecho fundamental, cuando los derechos fundamentales no agotan la vida total de las personas.

Finalmente procedemos a analizar, en relación con la inviolabilidad del domicilio, una sentencia del Tribunal Constitucional (STC 188/2013, de 4 de noviembre de 2013) que incide en un problema más social y más de moda hoy en día. Se trata de un supuesto en el que existiendo una orden judicial de demolición, y procediéndose por la Administración a la efectiva demolición del inmueble, se produce al día siguiente una reconstrucción de lo demolido y la Administración, basándose en una segunda orden judicial, realiza otra demolición. En este supuesto el propietario, sin acudir previamente al recurso contencioso-administrativo, solicita amparo ante el Tribunal Constitucional. Establece el Tribunal Constitucional en sus fundamentos de derecho que al juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse y establece que conviene advertir que esta doctrina, aunque se ha establecido en relación con el juez de instrucción, que era quien antes de la reforma efectuada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, otorgaba este tipo de autorizaciones, resulta igualmente aplicable a los jueces de lo contencioso-administrativo, que son los ahora competentes para emitir aquella en los casos en los que ello sea necesario para la ejecución de los actos de la Administración pública (art. 8.6 LJCA) pues, en este concreto procedimiento, las atribuciones de estos jueces se limitan únicamente a garantizar que las entradas domiciliarias se efectúen tras realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto. De ahí que, para que pueda cumplir esta finalidad preventiva que le corresponde, sea preciso que la resolución judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debida-

mente motivada, pues solo de este modo es posible comprobar, por una parte, si el órgano judicial ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los derechos o intereses en conflicto y, por otra, que, en su caso, autoriza la entrada del modo menos restrictivo posible del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Por este motivo, el otorgamiento de esta clase de autorizaciones no puede efectuarse sin llevar a cabo ningún tipo de control, pues si así se hiciera no cumplirían la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio que constitucionalmente les corresponde. Por esta razón este tribunal ha sostenido que, en estos supuestos, el juez debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquella y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el artículo 18.2 de la Constitución Española que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto. En definitiva, ha de concluirse que, desde la perspectiva constitucional, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada y, consecuentemente, cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, si a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible. El órgano jurisdiccional debe velar por la proporcionalidad de la medida interesada, de modo tal que la entrada en el domicilio sea absolutamente indispensable para la ejecución del acto administrativo.

En el supuesto planteado establece la sentencia que el derecho a la inviolabilidad domiciliaria no se ve vulnerado por los acuerdos administrativos anteriores, pues la propia actuación del recurrente al reconstruir inmediatamente lo demolido por la primera orden administrativa municipal provoca la inexistencia de solución de continuidad del procedimiento administrativo, no siendo legítimo impetrar el amparo constitucional por unos alegados e inexistentes defectos formales provocados por el propio recurrente, mediante una causa torpe, al reconstruir al día siguiente de la demolición lo que desde el inicio vulneraba la disciplina urbanística, siendo esta cuestión un acto firme y consentido por el recurrente, que no puede por la vía del recurso contencioso-administrativo ni de este recurso de amparo reabrir el debate jurisdiccional de lo que debió en su caso ser alegado y discutido en un recurso contencioso-administrativo contra el expediente de disciplina urbanística y no contra la pura ejecución del mismo. En la solicitud de autorización judicial, no habiéndose acreditado por el recurrente la pendencia de recurso contencioso-administrativo alguno contra la orden de demolición de la construcción. La existencia en el caso concreto de una ley que ofrece otras alternativas a la demolición, la salva el Tribunal Constitucional estableciendo que el principio de proporcionalidad que debe ser respetado en la autorización judicial de entrada en domicilio, según constante doctrina de este tribunal, ha de efectuarse teniendo en cuenta los elementos y datos disponibles en el momento en que se adopta la medida restrictiva del derecho fundamental (SSTC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8.º; y 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2.º).

Acaba la sentencia estableciendo que, por otra parte, la invocación realizada por el recurrente en amparo de la STEDH de 24 de abril de 2012, caso *Yordanova y otros c. Bulgaria*, no puede resultar de aplicación al caso que ahora contemplamos pues en aquella se entiende que existe una discriminación étnica, cuya proscripción constituye la motivación de la sentencia, circunstancia que no acontece en el presente caso, en el que solo se alude tangencialmente a una posible discriminación

con otros moradores de construcciones a quienes en el futuro y eventualmente se puedan otorgar soluciones distintas, cuando se produzca la modificación municipal del planeamiento, término de comparación eventual, futuro e incierto que no puede sustentar la alegación de trato discriminatorio.

Por último y como significativo señalar que en esta sentencia se consignaron dos votos particulares que formulan los magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y doña Adela Asua Batarrita. Para estos magistrados su discrepancia alcanza a los diferentes elementos que sustentan esta sentencia. No comparten la valoración selectiva y descontextualizada que se efectúa de los hechos probados, ni la doctrina que se sienta sobre los derechos fundamentales y principios rectores concernidos, y tampoco hacen suya y coinciden con la idea que emana de su texto sobre el modelo constitucional de tutela, que con resoluciones como la presente se enfrenta a una incomprensible regresión en su protección clásica. Señalan que es este un retroceso que, además de apartarse de manera infundada e irrazonable desde una perspectiva jurídico-constitucional de los criterios consolidados en nuestra propia doctrina, es acreedor al calificativo de socialmente preocupante. Y lo es por cuanto se explicita en unos terrenos en los que la confirmación de la protección de los derechos fundamentales es más perentoria en razón de que afecta al patrimonio constitucional de ciudadanos especialmente vulnerables, ubicados en una situación de precariedad jurídica y económica; esto es, de marginación y exclusión sociales. Dicen que en pocos recursos de amparo resueltos por nuestro tribunal, como acontece en este, puede apreciarse con tanta nitidez el giro que se está produciendo en nuestra jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, y que ya comienza a ser expresivo de un inquietante repliegue hacia zonas de menor intensidad protectora.