

LIMITES CONSTITUCIONALES DE LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA (*)

POR

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA: 1. *Introducción.* 2. *Revisión del alcance del principio de autotutela administrativa tras la Constitución.*—II. LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS RECURRIDOS: 1. *Sobre los caracteres de la suspensión en vía de recurso antes de la Constitución.* 2. *Progresos legislativos en la suspensión de actos administrativos recurridos (1978-1980).* 3. *La flexibilización jurisprudencial de los tradicionales rigores para la suspensión de actos administrativos recurridos.* 4. *La problemática de la ejecución de las sanciones administrativas y el derecho a la tutela judicial efectiva:* A) El revuelo suscitado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 julio 1982. B) Las precisiones de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 junio 1984 y la posterior jurisprudencia del Tribunal Supremo. 5. *La problemática de la medida disciplinaria de suspensión provisional de funcionarios y el derecho a la presunción de inocencia.* 6. *Retrocesos legislativos: el rigor, incluso acentuado, de la regulación tradicional de la suspensión de actos administrativos recurridos en leyes posteriores a la Constitución (1985-1986).*—III. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA EJECUTAR ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE REQUIEREN UNA PENETRACIÓN DOMICILIARIA: 1. *La necesidad de la autorización judicial: crítica y problemas.* 2. *El alcance del domicilio constitucionalmente protegido.* 3. *El significado de la intervención judicial.*—REFLEXIÓN FINAL.

I. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

1. *Introducción*

Las Administraciones Públicas españolas vienen disfrutando genéricamente de la potestad de autotutela. Potestad que, como ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA, expresa una sustancial diferencia entre las Administraciones y los particulares (1). En efecto, el particular que desee cambiar una determinada situación de hecho no puede hacerlo por sí solo, normalmente. El general principio de la paz jurídica

(*) Texto de la comunicación presentada en las XII Jornadas de Estudio del Servicio Jurídico del Estado, sobre «Introducción a los derechos fundamentales», mayo 1988.

(1) Utilizo aquí conceptos conocidos del maestro GARCÍA DE ENTERRÍA. Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 4.ª ed., Madrid, Civitas, 1983, págs. 455-458.

—origen y fundamento de los Estados— entraña la necesidad de resolver las controversias ante los órganos del Poder Jurisdiccional. Sólo excepcionalmente nuestro Ordenamiento Jurídico permite a los particulares tutelar ellos mismos directamente sus derechos: así sucede, entre otros, en los supuestos de estado de necesidad o de legítima defensa dentro de los ámbitos penales, también en los casos en que el Derecho Civil autoriza el derecho de retención o en las episódicas facultades de cortar las raíces del árbol ajeno que penetra en fundo propio y de recuperar la posesión del enjambre, entre otros supuestos. La tutela del orden jurídico corresponde a los jueces y tribunales en las relaciones entre particulares.

Frente a esa situación, las Administraciones Públicas disfrutaban tradicionalmente en el Derecho español de la potestad de tutelar por sí mismas sus derechos e intereses. Las Administraciones están exentas de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo. Las decisiones administrativas son ejecutivas y ejecutorias. La ejecutividad o autotutela declarativa significa obligatoriedad de los actos administrativos; efecto que imponen con carácter general los artículos 44 y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por virtud de esa característica, el acto administrativo obliga, efectivamente, a sus destinatarios desde que se posibilita el conocimiento del mismo por éstos, a través de la notificación o publicación (art. 45.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo). La ejecutoriedad o autotutela ejecutiva supone la posible ejecución forzosa del acto por la propia Administración, venciendo coactivamente la voluntad resistente del obligado. Constituye también una consecuencia general de los actos administrativos, según el artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La potestad de autotutela hace que las restantes potestades administrativas adquieran, pues, un formidable alcance, ya que pueden ser ejercitadas y realizadas prácticamente sin la intervención de voluntades ajenas a la de la Administración. Es más, la autotutela administrativa se encuentra defendida frente a inmisiones judiciales por un especial sistema de conflictos, tradicionalmente controlado por la propia Administración Pública. Desequilibrio en favor de la Administración del sistema de conflictos jurisdiccionales que, por fin, recientemente se ha corregido: el artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 ha atribuido la competencia para resolver los conflictos a un órgano de composición paritaria entre miembros de la judicatura y del Consejo de Estado; por su parte, la Ley Orgá-

nica de Conflictos Jurisdiccionales de 1987 ha instaurado la igualdad entre la Administración y los jueces en el planteamiento y efectos de los conflictos jurisdiccionales (2).

GARCÍA DE ENTERRÍA ha puesto de relieve que esa configuración de la autotutela administrativa es explicable como producto de un largo proceso histórico y también por virtud de un principio general identificable en nuestro Ordenamiento Jurídico (3). En efecto, los datos del Derecho positivo cobran sentido sistemático entendidos como especificaciones de un principio de autotutela administrativa, conforme al cual las Administraciones Públicas están capacitadas para tutelar por sí mismas sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximiéndose de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial.

Según BENVENUTI, el fundamento de ese principio se encuentra en la tendencia a la plenitud de las competencias. «En la base —escribe— de este fenómeno de atracción de funciones extrañas a la Administración y, sobre todo, en la base de la atracción de funciones, formal o materialmente, jurisdiccionales, está la tendencia a la plenitud de la competencia, o sea, por lo que se refiere a la autotutela, el poder de ejercitar la propia competencia hasta su más exacta y

(2) No analizaré aquí el nuevo sistema de conflictos jurisdiccionales regulado en 1987. Para comprender la evolución operada con respecto al sistema anterior, regido por Ley de 1948, cabe remitir al estudio de LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *En torno al sistema español de conflictos jurisdiccionales*, en «REDA», núm. 9 (1976), págs. 213-241. Sobre las necesidades de reforma de ese sistema tras la Constitución de 1978 escribieron varios autores: el propio L. MARTÍN-RETORTILLO, *La Ley de Conflictos Jurisdiccionales tras la entrada en vigor de la Constitución*, en esta REVISTA, núm. 98 (1982), págs. 221-249; José Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Los conflictos entre la Administración y los Tribunales ante la nueva Constitución*, en esta REVISTA, núm. 84 (1977), págs. 553-567; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «Unidad jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales», en el volumen colectivo *El Poder Judicial*, Madrid, IEF, 1985, tomo I, págs. 42-83.

(3) Véanse Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La formación histórica del principio de autotutela de la Administración», en *Homenaje a Rubio Sacristán*, núm. 128 (1974) de «Moneda y Crédito», págs. 59-87; del mismo autor, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 2.ª ed., Madrid, Taurus, 1981. Para una visión radicalmente distinta del proceso histórico, dando contenido orgánico a la distinción entre asuntos gubernativos y contenciosos bajo el Antiguo Régimen, véase Alfredo GALLEGÓ ANABITARTE, *Administración y Jueces: gubernativo y contencioso*, Madrid, IEA, 1971.

La construcción histórica del privilegio de ejecutividad de los actos administrativos originó una polémica que resulta interesante seguir: Alejandro NIETO, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, en esta REVISTA, núm. 50 (1966), págs. 27-50; José Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, en esta REVISTA, núm. 55 (1968), págs. 65-112; de nuevo, NIETO, *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo*, en esta REVISTA, núm. 57 (1968), págs. 9-33, y, otra vez, PARADA, *Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, en esta REVISTA, núm. 59 (1969), págs. 41-70.

completa realización.» Lo cual no significa que la autotutela administrativa deba considerarse una actividad jurisdiccional, pues, como bien señala el autor citado, mientras la tutela jurisdiccional es siempre, por definición, imparcial, neutra o de tercero, la autotutela es siempre parcial y, por tanto, mientras la primera no modifica la posición jurídica del autor de los actos, la segunda obtiene justamente este resultado (4).

Actividad administrativa que se desenvuelve siempre en el ámbito de la realización de las normas jurídicas y que no expresa la solución definitiva de las controversias, pues los órganos jurisdiccionales competentes *a posteriori* pueden examinar el problema de fondo.

2. *Revisión del alcance del principio de autotutela administrativa tras la Constitución*

El principio de autotutela administrativa se ha sometido a un importante proceso de revisión, tras la aprobación del Texto Fundamental de 1978. Un proceso de revisión llevado a cabo prioritariamente desde la perspectiva de los derechos subjetivos de los administrados. De manera que no se ha negado la existencia ni la legitimidad del principio, pero sí se ha tratado de reconducirlo a límites admisibles, a límites compatibles, concretamente, con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente la fuerza genérica del principio de autotutela administrativa, en un caso de gran trascendencia, al que posteriormente me referiré. Se trata de la Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, en la que puede leerse:

«La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye el monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los jueces y tribunales establecidos en las leyes, pero no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los

(4) Feliciano BENVENUTI, voz *Autotutela (diritto amministrativo)*, en «Enciclopedia del Diritto», tomo IV (1959), págs. 539-540.

principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia “con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concreta la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública con arreglo al artículo 103 de la Constitución.»

O sea, que para el Tribunal Constitucional el principio constitucional de eficacia ampara, aunque no exija, la decisión normativa de conceder a las Administraciones Públicas el privilegio de la autotutela.

Algún autor ha ido más lejos en la búsqueda de un entronque constitucional para la autotutela administrativa. Así, PAREJO ALFONSO considera la autotutela como un principio connatural del poder público. Dado que la Administración se caracteriza por ser un poder público, aunque subordinado al Gobierno, en el caso de la Administración del Estado, disfruta naturalmente de la prerrogativa de ejecución forzosa de su voluntad (5).

No obstante, el propio autor últimamente citado condiciona el alcance de la autotutela administrativa al dato de que la ejecución pretendida sea manifestación necesaria de la autoridad social que corresponde a la Administración como encargada del interés público. Condicionamiento que tiene el significado de impedir una idéntica manifestación de la potestad de ejecución forzosa en cualquier actuación. Es decir, que la aplicación de esa potestad debe depender de la regulación sustantiva que en cada caso legitima la acción administrativa, estableciéndose el consabido equilibrio entre privilegios y garantías en función de los intereses materiales tutelados por el Ordenamiento en cada caso.

En nuestra experiencia jurídica postconstitucional, la búsqueda de ese equilibrio en las distintas manifestaciones de la autotutela administrativa se ha orientado desde la perspectiva de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. En realidad, por ser más exacto, no ha habido tanto una búsqueda de los límites de la

(5) Luciano PAREJO ALFONSO, *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, en «REDA», núm. 49 (1986), págs. 23-27.

autotutela administrativa cuanto, en buena medida, un hallazgo de tales límites, de manera un tanto ocasional, al hilo de concretas situaciones conflictivas. El derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2) y el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), cada uno con sus propias exigencias, han constituido, en la práctica, las vías de penetración en el reducto, otrora inexpugnable, de la autotutela administrativa.

Configuración del alcance efectivo de un principio jurídico por medio de la jurisprudencia. Caso por caso. Con todos los conocidos inconvenientes que derivan de la práctica judicial, tan ceñida a las circunstancias configuradoras de las controversias, determinantes, a veces, de soluciones de estricta justicia material. La creación jurisprudencial se rodea, así, con frecuencia, de tanteos, de retrocesos, de inseguridades y pasos en falso. Panorama que, no obstante, a nadie debe asombrar ni asustar. A partir de los casos jurisprudenciales se desarrolla con normalidad la labor dogmática. Labor dogmática que, por otra parte, en bastantes ocasiones sólo podrá consistir en la sistematización de las soluciones judiciales, identificando las tendencias generales y su corrección lógica, pero con el convencimiento de que la exposición teórica no puede resolver todos los problemas de la realidad; dentro, en consecuencia, del necesario respeto al prudente arbitrio judicial, en función de la justicia del caso concreto.

El legislador postconstitucional ha incidido también en el alcance del principio de autotutela administrativa, pero lo ha hecho sin una visión general de los problemas que planteaba. A menudo, arrastrado por los vientos alisios y contralisios de las opiniones y de las soluciones dadas a los casos, el legislador no ha acertado a encontrar una ruta adecuada para el tráfico habitual. De modo que también en relación con los aspectos normativos se hace necesaria la tarea doctrinal.

Sólo añadiré ahora que las soluciones jurisprudenciales y legislativas, a propósito del alcance de la potestad de autotutela administrativa, en su confrontación con algunos derechos fundamentales, esas soluciones, digo, se han articulado básicamente en torno a dos técnicas: la suspensión de actos administrativos recurridos y la autorización judicial para ejecutar los actos administrativos que requieran una penetración domiciliaria.

II. LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS RECURRIDOS

1. *Sobre los caracteres de la suspensión en vía de recurso antes de la Constitución*

Como es conocido, el planteamiento tradicional en esta materia viene dado por el establecimiento positivo de una regla general, conforme a la cual la interposición de un recurso, administrativo o judicial, no suspende la eficacia del acto administrativo impugnado (arts. 34 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). El conflicto entre la garantía del interés público y el derecho a la defensa efectiva del impugnante normalmente se decide, pues, en favor del primero.

La excepción a esa regla general se establecía para los casos en que la ejecución del acto pudiera causar perjuicios de reparación imposible o difícil. Causa de suspensión a la que la jurisprudencia dio un alcance muy limitado, pues durante mucho tiempo consideró que se trataba de un supuesto de apreciación libre por el tribunal. Además, estimaba reparables sin dificultad los daños valorables económicamente, por virtud de un discutible principio de solvencia administrativa. Recuérdese en este sentido, para valorar la restrictiva postura jurisprudencial, que mayores aperturas venían propiciadas en la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional:

«En orden a la suspensión, la Ley la admite cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños de reparación imposible o difícil. Al juzgar sobre su procedencia se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego. Respecto de la dificultad de la reparación, no cabe excluirla sin más por la circunstancia de que el daño o perjuicio que podría derivar de la ejecución sea valorable económicamente.»

Ponderar la medida en que el interés público exija la ejecución. Ese podía haber sido el criterio básico para decidir sobre la suspensión de los actos administrativos recurridos. Nuestra Jurisdicción

Contencioso-Administrativa, que tan a gala ha tenido presumir de antiformalismo y espiritualismo, bien pudo, yendo a la sustancia de los conflictos, haber interpretado más flexiblemente la excepción a la regla general.

Pero, como es sabido, el espiritualismo de nuestros tribunales no siempre rebasa la frontera de las declaraciones sin consecuencias; al menos eso era normal en el período preconstitucional. Se comprenderá así que la otra excepción legal a la regla de la no suspensión, el caso de la alegación de nulidad de pleno derecho en el acto impugnado, fuera una posibilidad inédita: bien por entender que la apreciación de tal causa anticipaba el juicio sobre el fondo del pleito, bien por el formalista argumento de que ese supuesto suspensivo sólo se contemplaba en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo para los recursos administrativos y no en el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional para el contencioso-administrativo.

La efectiva regla de la no suspensión de los actos impugnados ha tratado de justificarse por el peligro de paralización administrativa que derivaría de la regla contraria, con apoyo añadido en la lentitud de la justicia administrativa. Justamente, SANTAMARÍA PASTOR ha criticado tal razonamiento, advirtiendo que no resulta de recibo que el Estado cargue sobre los ciudadanos las consecuencias negativas de una desatención histórica del poder hacia el aparato judicial. El privilegio de la no suspensión, además, crea en las Administraciones un interés en que continúe la lentitud y el anquilosamiento de las tareas jurisdiccionales (6).

Por otra parte, destaca también SANTAMARÍA que la regla de la no suspensión pone de relieve las carencias del Estado. La Administración ladra mucho, pero no puede morder apenas, dice, ya que en la práctica está incapacitada para ejercer realmente la coacción con que amenaza. En efecto, con relativa frecuencia, las Administraciones no utilizan su potestad de ejecución forzosa por falta de medios adecuados para ello. Aunque, ciertamente, existen sectores administrativos más ágiles o mejor dotados, cual pueden ser los servicios tributarios, y también actuaciones administrativas cuya ejecución forzosa es muy sencilla, por requerir un simple comportamiento negativo, como sucede en materia disciplinaria (no pagar los haberes).

Pues bien, en este contexto tan contradictorio a propósito de la suspensión de actos administrativos recurridos, cargado de rigideces

(6) Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*, en esta REVISTA, núms. 100-102 (1983), vol. II, págs. 1613-1617.

legales y jurisprudenciales, aunque, probablemente, relajado en su aplicación práctica, era normal que se produjera algún tipo de reacción.

2. *Progresos legislativos en la suspensión de actos administrativos recurridos (1978-80)*

La primera reacción en la materia fue de origen legislativo. Contemporáneamente a la aprobación del Texto Fundamental, la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, de 1978, introdujo significativas novedades en los procesos contencioso-administrativos seguidos contra actos que afectaran al ejercicio de los derechos fundamentales (según el ámbito de esa Ley perfilado por la disposición transitoria 2.^a, 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Una de esas novedades entraña la alteración de la regla tradicional de no suspensión de los actos recurridos. La Ley de 1978 adopta la regla opuesta, debiendo el tribunal conceder la suspensión solicitada «salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general» (art. 7.4). Incluso, si el acto impugnado es una sanción de orden público, la suspensión de su ejecución es automática, por la simple interposición del recurso contencioso-administrativo conforme a la Ley de 1978 (art. 7.5).

El avance producido por la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales es evidente, constituyendo incluso para algún autor la pauta a seguir en la regulación futura y general del contencioso-administrativo (7). No obstante, cabe pensar que la materia de la suspensión es poco propicia para los automatismos, sean del signo que sean. Por eso, no debe extrañar que, poco tiempo después, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 aportara algún matiz, al regular la suspensión de los actos de los poderes públicos objeto de recurso de amparo. Frente a la regla suspensiva salvo perjuicio grave para el interés general de la Ley de 1978, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ordena suspender la ejecución del acto cuando tal ejecución «hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad» y aun en ese caso per-

(7) Así, Antonio CANO MATA, *La Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de algunas de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria*, en esta REVISTA, núm. 98 (1982), págs. 47-77.

mite denegar la suspensión «cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero» (art. 56.1). Obsérvese que el criterio del perjuicio para el recurrente no condiciona la suspensión en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, donde sólo se toma en consideración el perjuicio grave del interés general para evitar la suspensión. En la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por el contrario, es necesaria la incidencia de un posible perjuicio sobre la integridad del bien litigioso para que proceda la suspensión, aparte de tomarse también en consideración la perturbación del interés general para evitar la suspensión. La ponderación de intereses y valores implicados es así más clara en el segundo sistema.

Esa ponderación pareció seguirse, el mismo año 1979, en la Ley Orgánica General Penitenciaria, al regular la suspensión de las sanciones impuestas a los internados en establecimientos penitenciarios. Los recursos administrativos o jurisdiccionales interpuestos contra tales sanciones disciplinarias suspenden la ejecución salvo cuando se refieran a actos de indisciplina grave (art. 44.3). Cabe pensar que la Ley Orgánica General Penitenciaria valora directamente los posibles intereses concurrentes, estimando que únicamente en caso de indisciplina grave ha de darse prioridad al interés público en la inmediata ejecución de la medida disciplinaria, primando en los demás supuestos el interés del recluso en no ver agravada su situación hasta tanto se compruebe la legalidad del correctivo impuesto. Interés del recluso que se fortalece, además, por la imposibilidad o, cuanto menos, dificultad práctica de valorar los perjuicios que la ejecución de la sanción podría ocasionarle.

Al año siguiente, la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial dio un paso trascendente en esta materia, puesto que, prescindiendo de la técnica suspensiva, lo que hizo fue limitar la potestad de autotutela a actos firmes. En efecto, las correcciones disciplinarias impuestas por el Consejo sólo eran ejecutorias cuando hubiesen ganado firmeza, sin perjuicio de la medida disciplinaria de suspensión provisional del funcionario (art. 44).

Enorme fue, sin duda, el paso cumplido, para un concreto sector de actividad administrativa, con esa Ley de 1980. El cambio de criterio más drástico operado en este punto tras la Constitución. Sólo el acto firme podía ser ejecutado. La expresión acto firme, desprovista de complementos, parecía referirse al acto insusceptible de

recursos administrativos o jurisdiccionales; al menos, ése es el conocido sentido de la expresión en el artículo 40.a) de la Ley Jurisdiccional. En consecuencia, de pretenderse una alteración inmediata en la situación del funcionario, era preciso acudir a la medida de suspensión provisional regulada en la legislación de funcionarios, con su propio régimen jurídico en cuanto a procedimiento, competencia, plazo...

Sin embargo, la práctica administrativa, al parecer jurisprudencialmente confirmada, ha terminado por entender que el requisito de la firmeza del acto sancionador para proceder a su ejecución debía de entenderse como una exigencia de firmeza en vía administrativa, esto es, más correctamente, exigencia de que el acto agotara la vía administrativa y fuera ya directamente recurrible ante los tribunales. Tal postura ha debido de venir propiciada, en parte, por algún caso célebre y escandaloso y, en parte, por la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1984, de 6 junio, a la que más adelante me referiré, donde parece condicionarse la ejecución de los actos administrativos a la posibilidad del inmediato control judicial de la ejecución, mediante el incidente procesal de la suspensión.

En todo caso, el criterio de la ejecución de las sanciones administrativas desde su firmeza en vía administrativa se ha confirmado en el artículo 11 del Real Decreto 1945/1983, de 22 junio, de cara a la publicidad de las sanciones en materia de consumo; Real Decreto cuya vigencia se salva expresamente en la disposición final 2.ª de la Ley General de Consumidores y Usuarios de 1984.

Por último, daré cuenta de que, en el año 1980, el Texto Articulado del Procedimiento Económico-Administrativo ordenaba la suspensión de los actos tributarios recurridos siempre que se garantizara el importe de la deuda (art. 22.1). Solución que, en principio, parece ventajosa, aunque cabe suscitar alguna duda en relación con aquellos casos en que no pueda prestarse la garantía exigida: ¿no se podrá entonces suspender el acto tributario ni siquiera cuando su ejecución ocasione perjuicios de imposible o difícil reparación?

Marginando ahora los concretos problemas que suscitan estos textos legales, de lo que no hay duda es de que con ellos se operó un importante cambio de sentido en la tradicional autotutela administrativa sobre actos recurridos. A la altura de 1980, los rigores para la suspensión de actos recurridos podían parecer ya, en parte, recuerdo del pasado y, en parte, pervivencia de ese pasado a supe-

rar prontamente. No sólo se habían producido cambios legislativos. También la jurisprudencia progresaba.

3. *La flexibilización jurisprudencial de los tradicionales rigores para la suspensión de actos administrativos recurridos*

Al hablar de la postura jurisprudencial en la materia, me considero en la obligación de advertir que no he llevado a cabo un estudio sistemático de las decisiones judiciales sobre suspensión de actos recurridos. Utilizo básicamente los materiales que proporcionan algunos estudios doctrinales que estimo fiables (8).

Pues bien, la jurisprudencia parece que hacia 1980 comienza a sacudirse el polvo de anteriores posturas restrictivas sobre la suspensión de actos administrativos recurridos, y ello al margen de la cumplida aplicación de los supuestos legales citados. Es decir, abriendo nuevas vías en la interpretación de los perjuicios de imposible o difícil reparación que podían motivar la excepcional suspensión de los actos recurridos, conforme al artículo 122 de la Ley Jurisdiccional.

El derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución ha debido constituir un elemento de primera importancia a la hora de flexibilizar el alcance de la causa de suspensión del artículo 122 de la Ley Jurisdiccional. El precepto constitucional obliga al juez a poner los medios necesarios para garantizar que la protección solicitada por quien considera lesionados sus derechos o intereses sea una protección realmente efectiva; lo que debía conducir a alterar el tradicional uso restrictivo de la suspensión.

De esta manera, en la jurisprudencia aparecen supuestos de reparación imposible por la misma naturaleza del acto impugnado; supuestos que, en principio, determinan la suspensión solicitada. Es el caso de los actos administrativos que ordenan una demolición (Autos del Tribunal Supremo de 12 mayo 1981, 5 marzo 1982, 28

(8) Concretamente, me valgo de jurisprudencia que citan Tomás FONT I LLOVET, *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, en «REDA», núm. 34 (1982), págs. 477-487; PAREJO ALFONSO, *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, cit., págs. 19-44, y Joaquín TORNOS MAS, *La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en «RJC», núm. 4 (1986), págs. 80-90. Véase, también, Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Madrid, Montecorvo, 1986, págs. 105-122.

abril 1982, 11 diciembre 1984) o que imponen la realización de obras en un edificio para el que se solicita la declaración de ruina (Auto, siempre del Tribunal Supremo, de 11 abril 1984). Pocos años antes era normal denegar la suspensión de las obras ordenadas en un inmueble para el que se solicitaba ruina, por la razón de que «los daños o perjuicios de carácter económico son siempre reparables, sobre todo cuando una de las partes obligada al pago puede ser la Administración Pública, que ha de ser tenida siempre como solvente» (Auto de 24 mayo 1978). El cambio producido es notable. Se suspende, por ejemplo, la vigencia de una disposición de carácter general porque su naturaleza normativa determina la notoriedad de los trastornos y la generalidad e imposibilidad de valorar los daños que la ejecución conllevaría (Auto de 27 abril 1984). Se suspende una disposición organizativa porque su inmediata ejecución es susceptible de perjuicios de difícil reparación, dada la imposibilidad de reponer el estado de cosas existente (Auto de 26 septiembre 1984). Los supuestos de difícil o imposible reparación pueden surgir notoriamente de las circunstancias del caso, como sucede con actos administrativos que imponen el cambio de nombre de un medicamento (Auto de 9 julio 1984), la ampliación del número de licencias de autotaxi (Auto de 28 febrero 1984) o la clausura de actividades en principio lícitas (Autos de 9 febrero 1980 y de 14 marzo, 23 mayo y 18 julio 1984).

El Tribunal Supremo valora ya, para decidir sobre la suspensión, el alcance del interés público afectado. Significativo resulta, en este sentido, el Auto de 13 abril 1981, que suspende un acto revocatorio de la autorización para una escuela particular de conductores. La suspensión se produce por tres motivos: primero, el hecho de que el cierre de la escuela implica la privación de ingresos necesarios para la subsistencia del recurrente; segundo, el desprestigio y los problemas de interrupción del curso para los alumnos de la escuela, y, por último, el motivo de que no se haya invocado ningún interés público contra la suspensión. ¡Qué diferencia con posturas jurisprudenciales no tan antiguas! En contraste efectivamente notorio con este Auto, recuerda FONT el Auto de 24 junio 1975, denegando la suspensión de la orden de clausura de la Universidad de Valladolid en el curso 1974-1975; decía entonces el Tribunal Supremo que «la cancelación del curso académico sólo implica la consiguiente pérdida de matrícula, de fácil reparación económica», y que la suspensión de actividades docentes «puede repararse con sólo mayor esfuerzo

en el estudio por los propios alumnos que pueden vencer y suplir con su trabajo personal».

El interés público en la ejecución se valora para decidir sobre la suspensión. El Auto de 20 mayo 1981, por ejemplo, suspende una orden municipal de vallar un terreno siguiendo cierta alineación, de manera que parte de la propiedad hubiera quedado fuera del cercado. Los motivos de la suspensión residen en la dificultad de valorar los daños y, además, porque «nada consta en las actuaciones que permita afirmar que el interés público afectado sea incompatible con la suspensión».

No sólo se valora el interés público perseguido directamente por el acto impugnado, sino también otros intereses generales. Así, el Auto de 28 abril 1982 suspende una autorización gubernativa de derribo por el perjuicio ocasionado al inquilino recurrente y también por el interés público en la conservación de un edificio de valor artístico.

El hecho de que los daños por la ejecución del acto sean evaluables no excluye ya la procedencia de la suspensión (Autos de 9 mayo 1979, 20 mayo 1981, 29 mayo 1984, 10 octubre 1984). El Tribunal Supremo tiene en cuenta las dificultades en la evaluación. Así, en el Auto de 21 septiembre 1981 niega que la posibilidad de evaluar los daños impida la suspensión «porque, aparte de que no siempre y en toda ocasión pueden traducirse a criterios económicos los posibles daños y perjuicios, muchas veces es imposible fijar el *quantum* de los que deberían ser indemnizados». En ese caso se suspendió un acto de liquidación del impuesto sobre la renta de las personas físicas por importe de 26 millones de pesetas, argumentando sobre la necesidad de costosas operaciones de crédito, precipitada enajenación de activos mobiliarios y realización de otros valores..., datos que fundamentarían la existencia de daños de difícil reparación. En el mismo sentido se produce una conocida línea jurisprudencial que puede relacionarse con la crisis económica: los casos en que la ejecución de actos imponiendo fuertes obligaciones dinerarias pudiera generar situaciones de insolvencia (Autos de 2 abril y 1 octubre 1984). Incluso llega a considerarse la incidencia del acto administrativo sobre terceros, como pueden ser los trabajadores amenazados por el cierre de la empresa (Autos de 19 mayo 1980, 17 junio 1980 y 18 noviembre 1982).

Progresos jurisprudenciales. Las posibilidades generales de lograr la suspensión de actos recurridos se amplían notablemente. Incluso

para casos antes inimaginables. SUAY RINCÓN ha dado cuenta, por ejemplo, del supuesto de suspensión de un acto de contenido negativo. Se trata del Auto de 12 marzo 1984, que suspende la denegación de la autorización definitiva de una sala de bingo que, con anterioridad, había sido autorizada provisionalmente; «la denegación de la autorización definitiva —dice el Tribunal Supremo— excluye la posibilidad de que la actora pueda cumplir el único fin con que se constituyó... y, aparte el perjuicio consiguiente al desembolso del capital y la prestación de fianza..., la difícil determinación de las contingentes ganancias que podría haber obtenido justifica el éxito de la pretensión ejercitada al amparo del artículo 122 de la Ley Jurisdiccional» (9).

La suspensión del acto recurrido ya no se considera una medida excepcional (Auto de 15 junio 1983), procediéndose a ponderar los intereses enfrentados, en lugar de valorar si el daño de ejecución es o no reparable, como demuestra TORNOS (10).

En esta línea de avances generales, CANO MATA, quien a su condición de estudioso no cabe olvidar una la profesión de Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo, propone recuperar la invocación de la nulidad de pleno derecho como causa de suspensión de los actos recurridos, conforme al artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo; posibilidad, como se sabe, hasta ahora inédita. Argumenta CANO, en apoyo de su propuesta, que los actos nulos de pleno derecho deben ser absoluta y prontamente erradicados. Naturalmente, estima el autor que la gratuita alegación de la nulidad de pleno derecho no sería suficiente para provocar la suspensión, siendo necesario un primer juicio del órgano jurisdiccional sobre la consistencia de la alegación, decidiendo conforme a indicios racionales y sin prejuzgar el contenido del fallo. Frente a la circunstancia consistente en que el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional no recoja este supuesto de suspensión, opta por su aplicabilidad al recurso contencioso-administrativo, señalando que la técnica suspensiva es idéntica en el recurso administrativo y en el judicial, aparte de que mediante el contencioso-administrativo la Jurisdicción

(9) Véase José SUAY RINCÓN, *Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: el Auto del Tribunal Supremo de 12 marzo 1984*, en «REDA», núm. 50 (1986), págs. 265-268; a favor de tal posibilidad se manifiesta RODRÍGUEZ-ARANA, *La suspensión del acto administrativo*, cit., págs. 221-222.

(10) Véase TORNOS MAS, *La suspensión judicial de la eficacia de los actos*, cit., págs. 89-90.

revisa todo lo que la Administración debió haber hecho, incluida la suspensión (11).

4. *La problemática de la ejecución de las sanciones administrativas y el derecho a la tutela judicial efectiva*

A) *El revuelo suscitado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 julio 1982*

Cambios legislativos concretos en 1978-1980. Avances jurisprudenciales genéricos desde 1980. El arrinconamiento definitivo de las posturas tradicionales parecía cercano. En 1982 se produjo una conocida Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que, en este sentido, motivó algún revuelo doctrinal. Se trataba de la Sentencia de 17 julio 1982, en ponencia del Magistrado García Manzano, cuya doctrina en seguida fue confirmada por Sentencia de la misma Sala de 21 julio 1982, siendo ponente el Magistrado Agúndez Fernández (12).

El supuesto de hecho de la primera Sentencia era una sanción disciplinaria de suspensión de dos años, cuya inmediata ejecución se ordenaba por la Administración. Sin perjuicio del recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto contra la sanción, el funcionario siguió la vía de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978 contra el acto de ejecución, por entender que violaba el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución. De esta manera se conseguía la paralización inmediata de la ejecución, dada la regla suspensiva de la Ley de 1978; paralización que la Sentencia prolongará hasta la firmeza del acto sancionatorio, al estimar, tal y como pretendía el recurrente, que en otro caso la ejecución violentaría el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución.

(11) ANTONIO CANO MATA, *Limitaciones al principio de ejecutividad administrativa*, en «REDA», núm. 37 (1983), págs. 213-214.

(12) Véanse los elogiosos comentarios de Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *El derecho a la tutela efectiva como límite a la ejecutividad de los actos administrativos*, en «REDA», núm. 35 (1982), págs. 669-673, y de SANTAMARÍA PASTOR, *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*, cit., págs. 1609-1627. La doctrina fue seguida también por la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 13 mayo 1985 y por las Sentencias de la Sala Tercera de 20 febrero 1985, 20 junio 1985 y 11 junio 1986.

Los argumentos empleados por el Tribunal Supremo para llegar a ese fallo estimatorio fueron largos y variados, como requería tan trascendental solución. Comienza el Tribunal exponiendo la evolución legislativa producida en materia de suspensión de actos administrativos recurridos. Razona también sobre la aplicabilidad directa del artículo 24 de la Constitución, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Y, así, llega a los fundamentos decisivos, que son de dos tipos: unos, referidos a la misma caracterización de la sanción impuesta al funcionario, y otros, sobre la incidencia del derecho a la tutela judicial efectiva en el régimen de la suspensión de actos administrativos recurridos.

Conforme a la legislación de funcionarios, entiende el Tribunal que la sanción disciplinaria de suspensión de funciones sólo puede ser impuesta cuando haya ganado firmeza. El artículo 50 de la Ley de Funcionarios (Texto Articulado de 1964) posibilitaría esa postura, al establecer que «la suspensión (definitiva) tendrá carácter firme cuando se imponga en virtud de condena criminal o de sanción disciplinaria». En consecuencia con esa norma, razona el Tribunal, si para imponer la suspensión de funciones por condena penal es necesaria una sentencia firme, también para suspender al funcionario por sanción administrativa hará falta un acto firme.

El Tribunal comprende que con esa postura se priva a la Administración de su tradicional potestad de autotutela. De ahí que se preocupe por señalar que la eliminación del privilegio no redunda en ningún grave perjuicio para la eficacia de la acción administrativa. La misma legislación de funcionarios, destaca la Sentencia, regula la suspensión de sanciones por justa causa, en el Reglamento de Régimen Disciplinario; por añadidura, la Administración puede lograr una eficacia mínima e inmediata en los ámbitos disciplinarios mediante la medida cautelar de suspensión provisional del funcionario; y ya, para terminar, indica el Tribunal que la eficacia administrativa ha de ceder ante las garantías procesales y el principio de la efectiva tutela judicial evitadora de indefensión.

Con esa referencia comienza el segundo fundamento de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo, el fundamento relativo a la incidencia del derecho a la tutela judicial efectiva sobre el sistema de suspensión de actos administrativos recurridos. El problema está correctamente expuesto en la Sentencia:

«Se trata de examinar si el artículo 24 de la Constitución, que garantiza a toda persona el derecho a una tutela judicial efectiva, supone un paso más en esta línea de progresiva reducción del privilegio de ejecutividad, cual sería el de sí, en virtud justamente de la efectividad de la protección jurisdiccional, este concreto tipo de sanciones disciplinarias que nos ocupa, de suspensión de funciones de carácter definitivo o firme..., no puede llevarse a efecto en tanto los actos sancionadores no hayan devenido firmes, tras la interposición de los recursos administrativos y el eventual control jurisdiccional ulterior que declara su conformidad a Derecho, para no hacer puramente ilusorio y nominal el derecho de efectiva tutela judicial, si el funcionario sancionado ya cumplió en todo o en parte la medida disciplinaria objeto del recurso.»

Pues bien, en esa tesitura, el Tribunal entenderá que la ejecución del acto sancionatorio antes de su firmeza violenta el artículo 24 de la Constitución:

«la efectividad de la tutela judicial... reclama..., si se quiere dar al precepto todo su sentido y cabal significación, que una eventual decisión —sentencia— estimatoria de las pretensiones ejercitadas sea susceptible de tener incidencia real en la esfera jurídica o situación para la que se reclama la tutela jurisdiccional, de tal modo que logre una reparación verdadera de aquéllos».

A la vista de esta conclusión, parece muy justificado el pequeño revuelo doctrinal que provocó la Sentencia de 17 julio 1982. SANTA-MARÍA PASTOR habló de la *vis expansiva* de su doctrina, que colocaba en primer plano, para decidir sobre la suspensión de los actos administrativos recurridos, la regla de la garantía de la utilidad del fallo judicial.

B) *Las precisiones de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 junio 1984 y la posterior jurisprudencia del Tribunal Supremo*

Sin embargo, la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 julio 1982 no ha llegado a consolidarse con todas sus consecuencias prácticas. Recuérdese que esa Sentencia había admitido la impugnación separada de una medida de ejecución, siguiendo la vía de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978, con su efecto suspensivo inmediato, salvo caso de perjuicio grave para el interés general. Desde el punto de vista de la efectividad requerida en la práctica, parecía así auspiciarse una vía segura de conseguir, como mínimo durante unos meses, la suspensión de los actos administrativos recurridos.

Frente a tal posibilidad reaccionó, en primer término, la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1984, de 6 junio, en ponencia del Magistrado Arozamena. La Sentencia denegó un recurso de amparo contra la ejecución de unas sanciones pecuniarias impuestas por la Administración al promotor de unas viviendas de protección oficial.

El Tribunal Constitucional entiende que el artículo 24.1 de la Constitución no impide la ejecutividad de actos sancionadores «pertencientes a la categoría de los de este recurso»; esto es, sanciones impuestas dentro de relaciones especiales de sujeción, por contraposición a las sanciones administrativas de protección del orden general. La razón de tal postura estriba en que la ejecución es controlable judicialmente, por la vía del incidente de suspensión planteado en cualquier momento dentro del recurso contencioso contra el acto administrativo. «El derecho a la tutela —dirá el Tribunal Constitucional— se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión.»

A la vista de esta doctrina, pudiera producirse la impresión de que el Tribunal Constitucional remite la solución del problema, lisa y llanamente, a la regulación tradicional contenida en el artículo 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En realidad, la remisión es simplemente procedimental: la existencia de un incidente de suspensión, dentro de lo Contencioso-Administrativo, resuelto por un tribunal, impide la vulneración del

derecho a la tutela judicial efectiva. Pero de ahí no cabe deducir una bendición sobre los tradicionales criterios de suspensión de actos recurridos. El control judicial sobre la ejecución del acto impugnado debe desenvolverse valorando en el caso concreto los intereses generales y particulares implicados. Esto está muy claro en la Sentencia 66/1984, donde el Tribunal Constitucional llega a decir; casi diría, a advertir:

«La rigurosidad de la regla de la no suspensión, arbi-trando para las hipótesis estimatorias del recurso difíciles fórmulas reintegrativas o permitiendo situaciones irreversibles, o generando de una u otra forma limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción, podrán dañar el derecho a la tutela judicial y justificarán que, desde la idea del artículo 24.1 de la Constitución, se reinterpreten los preceptos aplicables (entre ellos, el artículo 122.2 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo).»

La necesidad de continuar la línea jurisprudencial flexibilizadora de la suspensión de actos recurridos está presente, pues, en la argumentación del Tribunal Constitucional. Las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva imponen, en definitiva, primero, la existencia de un control judicial a disposición del interesado sobre la ejecución de los actos administrativos impugnados y, segundo, la adopción en ese control judicial de una decisión orientada por el criterio de garantizar la utilidad de la Sentencia. Ambas exigencias pueden ser satisfechas mediante el incidente de suspensión si se reinterpreta adecuadamente la causa de suspensión del artículo 122 de la Ley Jurisdiccional.

El Tribunal Supremo ha adaptado su propia doctrina a la del Tribunal Constitucional, a raíz de un caso famoso, el de los Magistrados sancionados por su implicación en el asunto Bardellino. Los Magistrados —uno de ellos, de lo Contencioso-Administrativo en el Tribunal Supremo— recurrieron por la vía de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales contra la medida de ejecución inmediata de la sanción de separación del servicio. Por Auto de 17 octubre 1986, el Pleno del Tribunal Supremo declaró la inadmisibilidad del recurso, entendiendo que debía seguirse la vía del incidente de suspensión. Para el Tribunal Supremo, el derecho

fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución «sólo se proyecta en dos únicas vertientes, a saber: el derecho al acceso a la Jurisdicción y la traslación de los principios y de las garantías previstas en el citado artículo 24 al procedimiento administrativo sancionador»; no comprende, pues, el derecho a la efectividad incondicionada de la Sentencia. El acuerdo de inmediata ejecución no ha interferido en ninguna de esas dos facetas del derecho fundamental, «ya que cuando tal ejecución se decreta, lo es en el momento de la resolución de un recurso de reposición formalizado contra el acuerdo de sanción»; es decir, cuando se han agotado las distintas fases del procedimiento sancionador, únicas en donde cabría hacer la traslación de las garantías procedimentales del artículo 24 de la Constitución.

La doctrina se ha reiterado en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 diciembre 1986, siendo ponente el Magistrado Fernández Santamaría (13). En el caso, al igual que en el resuelto por la Sentencia de 17 julio 1982, se había seguido la vía de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales contra la ejecución de una sanción disciplinaria no firme. El Tribunal denegará la pretendida vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, dado que la ejecución se producía tras resolverse el recurso de reposición, es decir, cuando ya era posible interponer el contencioso-administrativo, suscitando allí el incidente de suspensión. El razonamiento sigue las pautas que nos son conocidas:

«La plenitud de la tutela jurisdiccional consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución a que todos los ciudadanos tienen derecho, no precisa en ningún supuesto entender desaparecida del Ordenamiento jurídico la potestad administrativa de autotutela, pues lo que aquella plenitud de tutela exige es que el juez, ante los concretos intereses en juego, preserve el resultado del proceso, de suerte que una ejecución anticipada no frustre las consecuencias inherentes a la plenitud de amparo.»

(13) Comenta esta Sentencia Alfonso F. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Ratificada la vigencia del principio de ejecutividad de los actos sancionadores*, en «REDA», núm. 53 (1987), págs. 147-150. Con anterioridad, la Sentencia de la misma Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 noviembre 1986 (Aranzadi, 6367) mantuvo idéntico criterio, reproduciendo la argumentación del Auto del Pleno de 17 octubre 1986.

Todo este esfuerzo jurisprudencial se ha producido en torno a la ejecución de sanciones administrativas, sin que parezca posible, a partir de tal doctrina, identificar condicionantes generales de la potestad administrativa de autotutela. En caso contrario, debería concluirse que la potestad de autotutela administrativa, al menos en su vertiente de autotutela ejecutiva, que es la importante a efectos prácticos, había desaparecido en bastantes supuestos del Ordenamiento español. Me explicaré.

La jurisprudencia citada parece establecer dos requisitos para la ejecución administrativa de sanciones disciplinarias, en virtud de la incidencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En primer término, un condicionante procedimental: las sanciones sólo podrán ejecutarse forzosamente cuando sean recurribles ante los tribunales, por la exigencia de la posibilidad del control judicial sobre la ejecución. En consecuencia, serían insusceptibles de ejecución forzosa las sanciones que no agotaran la vía administrativa y las que, aun agotándola, no se encontraran exceptuadas del recurso de reposición, a no ser, naturalmente, que hubieran ganado firmeza. En segundo lugar, un condicionante sustantivo de la potestad de autotutela administrativa en materia sancionatoria: no será posible la ejecución forzosa de una sanción si tal ejecución impide el pleno reintegro de la situación existente antes del acto, en virtud del criterio garantizador de la utilidad de una eventual sentencia estimatoria.

Téngase muy presente que esos dos condicionantes se establecen, en relación únicamente con la ejecución de sanciones administrativas, como reacción frente a una postura jurisprudencial que postulaba la inejecutabilidad de las sanciones hasta tanto se resolvieran los recursos judiciales interpuestos contra las mismas. En la nueva postura auspiciada por el Tribunal Constitucional, no se mantiene la absoluta inejecutabilidad de las sanciones, pero sí se introduce un importante factor de control judicial sobre la ejecución, factor disponible en manos del sujeto sancionado.

La exigencia de la posibilidad del inmediato control judicial sobre la ejecución de una sanción administrativa significa, por de pronto, que numerosas sanciones quedan exceptuadas del privilegio de la acción de oficio. Sólo las sanciones recurribles ante los tribunales serán susceptibles de ejecución forzosa, aparte, claro, de las sanciones consentidas. Lo cual, por cierto, hace que la generalizada obligatoriedad de la vía del recurso administrativo previo a la vía judi-

cial deje de ser en materia sancionatoria un privilegio de la Administración, para convertirse en una severa limitación de su eficacia. En efecto, la sanción pendiente del recurso administrativo no podrá ejecutarse forzosamente. Inconveniente que podría superarse con el establecimiento del carácter potestativo de los recursos administrativos, carácter que parece observarse, con carácter general para todo tipo de actos administrativos, en los artículos 25.3 y 39.1 del Anteproyecto de Ley Jurisdiccional de 1986. Si los recursos administrativos no fueran una vía obligatoria, la inmediata recurribilidad de las sanciones ante los tribunales situaría su ejecución bajo el posible control judicial, mediante el incidente de la suspensión, cumpliéndose así el condicionante procedimental de la potestad de autotutela que identifica la última jurisprudencia.

Pero aun en ese caso de sanciones recurribles judicialmente, la exigencia procedimental hace dudar de la existencia misma del principio de autotutela en materia sancionatoria. En efecto, si se sostiene que sólo la posibilidad del inmediato control judicial de la ejecución de la sanción administrativa permite tal ejecución, deberá concluirse que en el caso de demanda de control judicial (mediante la solicitud de suspensión en el contencioso-administrativo) la Administración no puede ejecutar la sanción hasta tanto no resuelvan los tribunales. En consecuencia, la potestad de autotutela ejecutiva deja de existir, en buena medida, como tal potestad, en materia sancionatoria, al depender su procedencia de la voluntad de la persona legitimada de no recurrir la sanción solicitando su suspensión. Sólo frente al sancionado que consienta la sanción parece disponer la Administración de la plenitud de la potestad ejecutoria.

Tal consecuencia no parece trasladable al ámbito general de la actividad administrativa. Jurisprudencialmente no se ha afirmado, desde luego, pareciendo lógico que existan diferencias entre la ejecución de sanciones administrativas y la ejecución de los restantes actos administrativos. Recuérdese que sobre la materia sancionatoria administrativa operan una serie de principios garantísticos mucho más estrictos, que tratan de aproximarla a las pautas generales del artículo 24 de la Constitución.

Creo también que el criterio de fondo indicado para decidir sobre la suspensión de las sanciones administrativas, esto es, el criterio garantizador de la utilidad de la sentencia, ha de ser contemplado desde dos vertientes. Una vertiente es, sin duda, la que manifiesta el interés del recurrente en no ver alterada su situación

jurídica hasta tanto se compruebe la legalidad del acto impugnado. Pero otra vertiente no menos importante a considerar es la que pone de relieve el interés público defendido por la Administración. También la Administración es titular del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1983, de 14 marzo) en el ejercicio del interés público. Derecho a la tutela judicial que no deja de existir por la circunstancia normal de que la Administración se sitúe en el proceso contencioso-administrativo como parte demandada. También el demandado ejerce pretensiones ante la Jurisdicción.

Con esa cautela, la doctrina jurisprudencial expuesta no ha de tener mayores problemas para consolidarse definitivamente. En cambio, si se prescindiera de la consideración del concreto interés público afectado al decidir sobre la suspensión, son de prever serias dificultades para tal doctrina. Recuérdese que ni tan siquiera la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona ha olvidado la incidencia del interés público al regular la suspensión.

Para terminar este punto, diré que el hallazgo de una vía de solución para los problemas que suscita la potestad de autotutela administrativa en materia sancionatoria no debe de identificarse, a pesar de lo dicho, con la efectiva resolución de tales problemas. Aún quedan temas pendientes. ¿Cabe alguna modulación en los casos de silencio administrativo? ¿Debe darse algún realce especial a los supuestos en que se alegue nulidad de pleno derecho del acto recurrido? Problemas también desde perspectivas constitucionales diferentes de la que proporciona el derecho a la tutela judicial efectiva.

5. *La problemática de la medida disciplinaria de suspensión provisional de funcionarios y el derecho a la presunción de inocencia*

Una de esas perspectivas constitucionales diferentes es la que surge por virtud del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución. Jurisprudencialmente se ha planteado la concreta cuestión de si tal derecho impedía el ejercido en el artículo 24.2 de la Constitución. Jurisprudencialmente se funcionarios durante la tramitación de un expediente disciplinario

o un proceso penal (arts. 47 a 49 de la Ley de Funcionarios de 1964). Recuérdese, en este sentido, que la famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 17 julio 1982, antes comentada, relacionaba la no ejecución de una sanción disciplinaria con la posibilidad de lograr una cierta eficacia a través de la suspensión provisional del funcionario.

Inicialmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 1981 negó que la suspensión provisional de un funcionario expedientado atentara contra su derecho a la presunción de inocencia, por entender que se trataba de un acto de trámite (14). Sin embargo, posteriormente, la jurisprudencia, bien estudiada por MÍGUEZ BEN, ha presentado posturas diferentes (15).

La solución más tajante fue promovida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 julio 1984, que estableció la total incompatibilidad entre el derecho a la presunción de inocencia y la medida de suspensión provisional:

«la suspensión preventiva de empleo y sueldo acordada... infringiría la presunción de inocencia proclamada en el artículo 24 de la Constitución, sancionando así anticipadamente mediante tan excepcional medida a quien todavía no ha sido objeto de una sanción disciplinaria, no ya mediante una resolución firme, sino ni siquiera por la dictada por el órgano competente de la Administración... atribuyendo así a los actos de la Administración unas prerrogativas incluso superiores a las que se exigen para la ejecución de las resoluciones judiciales».

Poco después, el Auto de 21 noviembre 1984 llegaba también a idéntica conclusión: «la suspensión preventiva de funciones infringiría la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución, al imponerse previamente a una sanción».

Sin duda, las circunstancias de los casos concretos influyeron de manera determinante en la postura adoptada en la Sentencia y en el Auto citados. La Sentencia de 23 julio 1984 se enfrentaba a una

(14) La Sentencia fue comentada y criticada por J. FRANCISCO LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y el principio constitucional de presunción de inocencia*, en «REDA», núm. 33 (1982), págs. 331-334.

(15) Véase Eduardo MÍGUEZ BEN, *Suspensión provisional del funcionario «versus» presunción de inocencia: última jurisprudencia*, en esta REVISTA, núm. 108 (1983), págs. 235-253.

suspensión provisional mantenida indefinidamente y el Auto de 21 noviembre 1984 se refería a una medida de suspensión no justificada de ninguna manera por la Administración.

De nuevo, fue el Tribunal Constitucional quien estableció el punto de equilibrio, a raíz de su Sentencia de 26 noviembre 1984, que, aun referida directamente a la imposición de medidas cautelares penales por los jueces, contiene una doctrina general aplicable también a medidas cautelares administrativas. Dice así el Tribunal Constitucional:

«La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto el exceso.»

A partir de esa doctrina del Tribunal Constitucional, en diversos casos el Tribunal Supremo ha matizado la tajante postura indicada (Autos de 7 febrero y 15 abril 1985, entre otros; Sentencia de 10 noviembre 1986). Admite ya la corrección jurídica de la medida de suspensión provisional, siempre y cuando respete una serie de límites: existencia de indicios racionales de que el funcionario ha cometido una infracción; finalidad exclusivamente cautelar; necesidad de motivación; proporcionalidad con la infracción imputada. Fuera de tales límites, se considera que la suspensión provisional atenta contra la presunción de inocencia (Sentencias de 1 y 22 abril 1985).

6. *Retrososos legislativos: el rigor, incluso acentuado, de la regulación tradicional de la suspensión de actos administrativos recurridos en leyes posteriores a la Constitución (1985-1986)*

A pesar de los avances legislativos y jurisprudenciales producidos en materia de suspensión de actos recurridos, es todavía pronto para considerar superadas las posturas tradicionales.

Si en el período 1978-1980 se produjeron progresos legislativos

en la materia, no cabe, en efecto, desconocer que el bienio 1985-1986 nos ha devuelto, en algunos casos, la frescura de los rigores tradicionales para suspender ciertos actos administrativos, objeto de regulaciones legales específicas. Por ser preciso, lo cierto es que ya en 1979 la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables ordenaba, a propósito del Decreto declaratorio de finca manifiestamente mejorable, que «no se suspenderá en ningún caso la ejecución del Decreto impugnado» (art. 6.2): de manera que hasta el excepcional supuesto de suspensión del artículo 122 de la Ley Jurisdiccional quedaba excluido.

De todas formas, la ejecución incondicionada de un acto administrativo no es sino una de las varias excepciones al derecho a la tutela judicial efectiva que establece la Ley, tan discutible técnicamente (16). Por ello, si sólo se tratara de ese supuesto legislativo, quizá no mereciera la pena prestarle mayor atención. Una equivocación la tiene cualquiera, incluido el legislador. Sucede, sin embargo, que últimamente el legislador parece haberse animado a limitar las posibilidades de suspender actos administrativos recurridos.

El criterio generoso de la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial de 1980, de exigir la firmeza para la ejecución de sanciones disciplinarias, continúa en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, aunque únicamente referido a las sanciones de suspensión, traslado forzoso y separación (art. 425.7). En cambio, para los restantes actos de los órganos del Consejo General del Poder Judicial se conserva la fórmula tradicional de que sólo pueden ser suspendidos si su ejecución «pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o cuando esté así establecido por la Ley» (artículo 140.2). Aun salvándose, con la referencia final, la aplicabilidad de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978, destaca aquí la recuperación de la conocida fórmula de los artículos 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 122 de la Ley Jurisdiccional. Ciertamente, esa fórmula tiene hoy un significado más flexible, por virtud de la interpretación jurisprudencial producida, pero, pese a ello, no parece acertado su uso por una ley postconstitucional.

También en 1985, otra Ley Orgánica, la de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, dispuso que «en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adopta-

(16) Véase el comentario de Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *Anotaciones a la Ley sobre Fincas Manifiestamente Mejorables*, en «REDA», núm. 25 (1980), págs. 223-253.

das de conformidad con lo establecido en la presente Ley» (art. 34). Tan excepcional régimen no ha podido menos de ser considerado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/1987, de 7 julio; pero inconstitucional, por cierto, no por argumentar que la efectividad de la tutela judicial requiera la posibilidad de suspensión de los actos recurridos en todo caso, sino por la razón de que cuando el legislador establece esa garantía con carácter general (la suspensión), no puede suprimirse para ciertos grupos de personas sin violar el principio de igualdad.

Citaré, para acabar ya con esta relación, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 1986, que en el artículo 28.4 dispone lo siguiente:

«Las sanciones disciplinarias impuestas a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía serán inmediatamente ejecutivas, no suspendiendo su cumplimiento la interposición de ningún tipo de recurso, administrativo o judicial, si bien la autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender, de oficio o a instancia de parte, la ejecución de la sanción impuesta, en el caso de que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o de difícil reparación.»

No hay duda de que la importancia de una estricta disciplina en las Fuerzas de Seguridad puede obligar a una regulación restrictiva de la suspensión de sanciones impuestas por la Administración. Ahora bien, se estará, asimismo, de acuerdo con el aserto de que es en el ámbito militar donde mayor disciplina puede y debe imponerse. En tal caso, no podrá menos de sorprender que la regulación sobre suspensión de algunas sanciones disciplinarias resulte más flexible para las Fuerzas Armadas que para las Fuerzas de Seguridad. Así, resulta que la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas de 1985 introduce como única causa denegatoria expresa de la suspensión de sanciones privativas de libertad por falta grave el que dicha suspensión cause perjuicio a la disciplina militar (art. 54). Se valora, pues, un concreto interés público como impedimento para la suspensión, conforme a técnica similar a la seguida por la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979.

No obstante, debe señalarse que la generosidad de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas bien pudiera

explicarse por la mayor significación de las sanciones cuya suspensión regula en el artículo 54: sanciones privativas de libertad. En tal sentido, resulta que la Ley carece de referencias sobre suspensión de sanciones de otro tipo, de donde pudiera deducirse el intento de evitar toda posibilidad de suspensión de esas otras sanciones disciplinarias, para algunas de las cuales incluso trata de eliminarse la garantía judicial (17).

En todo caso, sin entrar ahora en problemas hermenéuticos, parece claro que estas leyes de 1985-1986 suponen una general toma de postura regresiva con respecto al régimen de la suspensión de actos administrativos recurridos. No se olvide que en todos los casos se trata de leyes orgánicas, lo que puede introducir mayor rigidez en el sistema.

Aunque también ha habido en este período alguna ley que ha continuado la línea aperturista. Así, el artículo 192.2 del Texto Refundido del Régimen Local de 1986 impone la suspensión de los actos tributarios locales si se garantiza el importe de la deuda (art. 192.2), conforme a la técnica incorporada en la materia económico-administrativa; incluso se permite la suspensión sin prestación de garantía «cuando el reclamante alegare y justificare en su solicitud la imposibilidad de prestarla» (art. 192.4).

III. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA EJECUTAR ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE REQUIEREN UNA PENETRACIÓN DOMICILIARIA

Una problemática especial se ha suscitado, a mi modo de ver artificialmente, con respecto a la ejecución de actos administrativos que requieren penetrar en un domicilio. La inviolabilidad del domicilio, proclamada en el artículo 18.2 de la Constitución, ha sido interpretada como un límite absoluto para la potestad de autotutela administrativa, exigiéndose así la intervención judicial en el procedimiento de ejecución forzosa, conforme a la dicción textual del precepto.

Este límite a la potestad de autotutela administrativa ha tenido origen y desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,

(17) Véase mi estudio *Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar*, en «REDA», núm. 54 (1987), en especial págs. 176-185.

a partir de la Sentencia 22/1984, de 17 febrero, en ponencia del Magistrado Díez-Picazo. Sentencia de cuya fundamentación y resultado, personalmente, he discrepado y sigo discrepando, aunque debo reconocer que otros autores habían auspiciado la tesis de la necesaria intervención judicial sostenida por el Tribunal Constitucional (18).

1. *La necesidad de la autorización judicial: crítica y problemas*

Efectivamente, en la Sentencia 22/1984, el Tribunal Constitucional estableció la necesidad de autorización judicial para cualquier entrada de la Administración en un domicilio. Los antecedentes fácticos que dieron lugar a esa doctrina son sumamente ilustrativos del alcance general de la misma, por lo que paso a referirlos brevemente.

Se trataba de un constructor que levantó un edificio con una planta más de las permitidas en la licencia de obras; razón por la que el Ayuntamiento de Murcia acordó la demolición del ático ilegal. Recurrió el constructor a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, fallando la Audiencia Territorial de Albacete en su contra. Intentó entonces el Ayuntamiento ejecutar la demolición acordada, pero las brigadas municipales encontraron el ático ocupado por quien lo había adquirido al constructor. Formalmente, el Ayuntamiento fijó de nuevo fecha para el desalojo y derribo del ático, que, efectivamente, practicó.

Contra el orden de desalojo y derribo recurrió el ocupante del ático a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, utilizando la vía de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, puesto que entendía producida una violación de su domicilio

(18) Mi discrepancia está argumentada en el artículo *Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en «REALA», núm. 225 (1985), págs. 31-78. Esos argumentos me parece que son compartidos, en parte, por Alejandro NIETO, *Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria*, en esta REVISTA, núm. 112 (1987), págs. 7-60, aunque este autor termina por aceptar y comprender la tesis del Tribunal Constitucional, habida cuenta de la rígida expresión del artículo 18.2 de la Constitución. En todo caso, entre los autores partidarios de la necesaria intervención judicial para ejecutar actos administrativos que requieran la entrada en un domicilio, auspiciando así la postura luego sostenida por el Tribunal Constitucional, se encuentra, aun antes de la Constitución de 1978, Francisco SOSA WAGNER, *Ejecución forzosa e inviolabilidad del domicilio*, en «REDA», núm. 14 (1977), págs. 481-485; tras la Constitución de 1978, se manifestaron en igual sentido Lorenzo PLAZA ARRIMADAS, *La inviolabilidad del domicilio*, en «REVL», núm. 216 (1982), págs. 694-695, y Bartomeu COLOM PASTOR, *Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio*, en «REDA», núms. 40-41 (1984), págs. 249-251.

al penetrar la Administración en el mismo sin autorización judicial. Sucesivamente, la Audiencia Territorial de Albacete y, en apelación, el Tribunal Supremo desestimaron el recurso, argumentando la falta de violación del domicilio constitucionalmente protegido, puesto que si, por una parte, la finalidad perseguida por la Administración no guardaba ninguna relación con la intimididad tutelada, por otra parte, parecía claro que el objetivo del recurrente era defender su propiedad por cauce inadecuado.

Interpuesto recurso de amparo, será fallado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia citada, que declara producida una violación administrativa del domicilio. Sin mayores consecuencias prácticas para el caso concreto, añadiré, puesto que, pese a todo, el derribo ya se había practicado y el Tribunal deniega las pretensiones indemnizatorias e incluso la procedencia de la vía penal contra los ejecutores del derribo.

El Tribunal Constitucional considera violado el domicilio constitucionalmente protegido, por entender que el artículo 18.2 de la Constitución exige que la Administración esté autorizada judicialmente para entrar por cualquier motivo en un domicilio. Me interesa destacar que tal postura se produce tras haber discurrido el caso por un camino sembrado de opiniones diversas: la del Ayuntamiento de Murcia, parte en el proceso, pero Administración Pública, al cabo, dotada de sus servicios jurídicos; la de la Audiencia Territorial de Albacete; la del Tribunal Supremo; la del Ministerio Fiscal y la del Abogado del Estado en cualquiera de sus intervenciones en los sucesivos procesos; la del Magistrado Rubio Llorente, por último, que suscribe un voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional. ¿Se me concederá, a la vista de la calidad de los discrepantes, cuanto menos, que no es indiscutible ni completamente segura la tesis del Tribunal Constitucional?

Ciertamente, el tenor literal del artículo 18.2 de nuestra Constitución expresa una rígida protección del domicilio: «ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito». Aunque también cabe señalar que una interpretación flexible del precepto hubiera podido encontrar buenos apoyos en el Derecho comparado, en el proceso de redacción del artículo y aun en su sentido teleológico.

En efecto, las fórmulas extendidas en las Constituciones occidentales para tutelar el domicilio hacen referencia, claramente, a

su defensa frente a actuaciones del poder encaminadas a violar la intimidad o a conseguir algún tipo de prueba acusatoria. La Constitución norteamericana protege el domicilio de «pesquisas y aprehensiones arbitrarias» (enmienda IV); la italiana, de «inspecciones, registros o secuestros» (art. 14); la alemana, de «registros y allanamientos» (art. 13); la Declaración Universal de Derechos Humanos, de «injerencias arbitrarias» (art. 12); el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de «injerencias» (art. 8).

Añádase la normalidad de las amplias cláusulas permisivas, aun para las «injerencias» en principio prohibidas por el Derecho comparado. La Constitución italiana relaja la tutela del domicilio «por motivos de sanidad y de inmunidad pública o con fines económicos y fiscales», y la alemana, «con motivo de defensa ante un peligro común o de la vida humana..., con el fin de prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden público, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro».

El mismo proceso de formación del artículo 18.2 de nuestra Constitución parece demostrar que el espíritu de nuestros constituyentes seguía estas pautas del Derecho comparado. El anteproyecto de Constitución se refería a la protección frente a la «investigación domiciliaria»; expresión que sería sustituida en el Congreso por la de «entrada y registro», a raíz de una enmienda del diputado Castellano que defendía el uso de la expresión tradicional de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal para referirse a la investigación domiciliaria. El domicilio se quiso proteger constitucionalmente frente a las entradas de las autoridades para practicar registros. Si el texto definitivo de la Constitución habla de «entrada o registro», eso es debido a una misteriosa alteración inexplicada en los trabajos parlamentarios (19).

Por último, una flexible interpretación del artículo 18.2 de la Constitución hubiera podido apoyarse en la finalidad del precepto, que no es otra sino proteger la intimidad, la vida privada de las personas. El propio Tribunal Constitucional reconoce que se trata de un derecho fundamental establecido «para garantizar el ámbito de privacidad dentro del espacio limitado que la propia persona elige, y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento

(19) Permítaseme prescindir ahora de las citas y los detalles, que están puntual y ampliamente recogidos en mi trabajo *Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa*, cit., págs. 41-45.

o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública».

Partiendo de esa premisa, no hubiera sido difícil, como antes habían hecho la Audiencia Territorial de Albacete y el Tribunal Supremo, compatibilizar la protección del artículo 18.2 de la Constitución con la ejecución administrativa de aquellos actos no orientados a violar la intimidad, pero que precisan para su cumplimiento de la entrada en un domicilio. Recuérdese el origen de la Sentencia del Tribunal Constitucional que ahora comentamos: la orden de derribo de un ático ilegal.

Derecho comparado, antecedentes parlamentarios, finalidad del precepto. Tres argumentos para potenciar una interpretación no traumática del artículo 18.2 de la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional dará preferencia a la pura y simple interpretación textual de la norma. Salvo el caso de flagrante delito, por tanto, la Administración sólo puede entrar en un domicilio previo consentimiento de su titular o con autorización judicial.

Eso es lo que dice y mantiene, en sustancia, el Tribunal Constitucional, por más que intente fundamentar su postura. Porque no se le escapa, en efecto, al Tribunal lo endeble de su tesis.

Así, por ser coherente con la relación, que no podía desconocer, entre la protección del domicilio y la intimidad, el Tribunal Constitucional reconocerá expresamente que la interdicción fundamental del artículo 18.2 es el registro domiciliario, del que la entrada no es sino un instrumento. Pero, a continuación, de cara a mantener su tesis, afirmará que en toda ejecución de sentencias o actos administrativos en que se produce la entrada en un domicilio hay una inquisición de éste. Así, convirtiendo la mera entrada en inquisición, podrá ya asegurar que como el individuo tiene derecho a que esa inquisición no se produzca sin autorización judicial, es necesaria una (en su caso, nueva) resolución judicial expresa.

El Tribunal se ve también en la obligación de salvar la corrección del acto administrativo origen del proceso. A tal fin, manejará una discutible —habida cuenta de sus efectos— separación entre el acto administrativo y su ejecución, afirmando que el acto por el que el Ayuntamiento ordenaba el desalojo y demolición del ático fue adecuado a Derecho (¡así lo había establecido una sentencia!); la violación del artículo 18.2 de la Constitución sólo se produjo al ejecutar tal acto entrando en el domicilio.

En relación con este extremo se produjo justamente la discre-

pancia del Magistrado Rubio Llorente, para quien no es posible separar el acto administrativo requiriendo al desalojo de su ejecución forzosa. La Administración, argumenta, no acordó entrar en un domicilio, sino que requirió para su desalojo; requerimiento contra el que cabían los recursos judiciales pertinentes, con posible logro de su suspensión: «la ejecutoriedad del acuerdo administrativo de desalojo no implica contradicción alguna con el derecho a la inviolabilidad del domicilio de quien, como en el presente caso sucede, fue notificado de tal acuerdo y tuvo la posibilidad de buscar y obtener frente a él el amparo judicial» (20).

En definitiva, de esa manera tan discutible, la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984 introdujo la necesidad de autorización judicial para ejecutar actos administrativos entrando en un domicilio. Dos grandes problemas se suscitaban tras la introducción de tal doctrina: por una parte, el problema relativo a la exacta determinación de los supuestos precisados de autorización judicial, dada la existencia de diferentes posturas sobre el concepto de domicilio; por otra parte, el problema de determinar el juez competente para conceder la autorización de entrada en el domicilio y el significado de sus poderes.

2. *El alcance del domicilio constitucionalmente protegido*

La precisión de lo que deba entenderse por domicilio constitucionalmente protegido ha de realizarse desde puntos de vista subjetivos y objetivos. Subjetivamente, se plantea la cuestión de si la titularidad del derecho reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución corresponde únicamente a las personas físicas. Objetivamente, surge la duda de qué lugares merecen la calificación de domicilio.

En la Sentencia 22/1984, el Tribunal Constitucional no dio respuesta directa a tales interrogantes, aunque aseguró que el domicilio constitucionalmente protegido es un concepto más amplio que el considerado por la legislación civil o administrativa, donde el do-

(20) Sobre la distinción entre el acto y su ejecución, véase NIETO, *Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria*, cit., págs. 52-56, quien concuerda desde un punto de vista lógico con el voto particular del Magistrado Rubio y aun parece que también con mi propia crítica en este punto a la Sentencia (en *Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa*, cit., págs. 61-67), pero considera que se trata de una distorsión impuesta por la rígida dicción del artículo 18.2 de la Constitución.

micilio equivale al lugar de residencia habitual, en el caso de las personas físicas. De forma positiva, el Tribunal afirmó entonces, simplemente, que el artículo 18.2 de la Constitución protege «los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona».

Desde el significado general que cabe dar a tal afirmación, parecía obtenerse la conclusión de que, subjetivamente, la protección constitucional se limitaba al domicilio de las personas físicas. En apoyo de esa conclusión podía recordarse la anterior Sentencia dictada por el propio Tribunal Constitucional en el caso del Decreto-ley de Rumasa (Sentencia 111/1983, de 23 diciembre). En efecto, alegada entonces la violación del domicilio por los preceptos del Decreto-ley que disponían el cierre e intervención de las sedes bancarias expropiadas, el Tribunal afirmaría contundentemente que «ninguna relación guarda el tema con el contenido constitucionalmente declarado» del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Posteriormente, en el Auto de 17 abril 1985, el Tribunal Constitucional sostuvo con toda claridad que el derecho fundamental a la intimidad establecido en el artículo 18.1 de la Constitución sólo era aplicable a las personas individuales, «sin que, en principio, las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo». Lógicamente, la misma postura hubiera debido predicarse del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que no es sino una especificación del general derecho a la intimidad.

Sin embargo, al afrontar directamente el problema, la Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1985, de 17 octubre, en ponencia del Magistrado Pera Verdaguer, ha entendido que las personas jurídicas disfrutan también del derecho a la inviolabilidad de su domicilio, en los términos del artículo 18.2 de la Constitución. Argumenta así la Sentencia, en su fundamento jurídico tercero:

«Ausente de nuestro Ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el artículo 14.3 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, 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 ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el artículo 24 de la misma Constitución, sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas.»

Admiración produce esa referencia del Tribunal Constitucional al Derecho comparado para establecer ahora el alcance del domicilio constitucionalmente protegido, cuando antes (Sentencia 22/1984), para decidir sobre las actividades que suponen violación de tal domicilio, había prescindido del Derecho comparado, según vimos.

En cualquier caso, al margen de las discrepancias que esta discutible doctrina suscita, tras la Sentencia 137/1985 pudiera parecer solucionada la cuestión del alcance subjetivo del artículo 18.2 de la Constitución: comprende a personas físicas y jurídicas. Eso está claro, pero una vez que se ha dado el paso de incluir en la protección del precepto a las personas jurídicas surgen inevitables dudas en relación con todo tipo de figuras subjetivas que no gocen de personalidad jurídica (21).

En esa situación, entiendo que toda la problemática que suscita el concepto del domicilio constitucionalmente protegido debiera enfocarse desde la perspectiva objetiva. Esto es, el elemento discriminador para la aplicabilidad o no del artículo 18.2 de la Constitución vendrá dado por el criterio que se adopte para saber qué lugares son domicilio y cuáles no lo son. Criterio que no podemos considerar fijado todavía en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Está claro que la vivienda familiar o el lugar en que se halle establecida la representación legal de la persona jurídica deben considerarse domicilios constitucionalmente protegidos. ¿Pero y los lugares de trabajo o las sucursales de las entidades mercantiles, por ejemplo? Del artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —precepto que regula actualmente la competencia judicial para

(21) Contra la utilización abusiva, por parte de las personas jurídicas, de los efectos del domicilio constitucionalmente protegido, advierte, comentando la Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1985, Tomás QUINTANA LÓPEZ, *Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho*, en «REALA», núm. 229 (1986), págs. 145-152.

otorgar las autorizaciones de entrada domiciliaria a la Administración— pudiera deducirse que el concepto del domicilio constitucionalmente protegido abarca todos esos lugares, puesto que regula la autorización judicial «para la entrada en los domicilios y en las restantes edificaciones o lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular».

En todo caso, esta falta de clarificación definitiva de los lugares que deben considerarse domicilios complica todavía más la actividad administrativa, comprometiendo, en algún caso seriamente, su eficacia. Piénsese, por ejemplo, en las tareas de los diversos servicios de inspección (de trabajo, sanitaria, educativa, de consumo).

3. *El significado de la intervención judicial*

La doctrina establecida en la Sentencia 22/1984 provocó un vacío legal, puesto que ninguna norma establecía entonces quién era el juez competente para otorgar las autorizaciones judiciales exigidas por el Tribunal Constitucional de cara a ejecuciones administrativas que requirieran una entrada domiciliaria.

Ese problema está ya solucionado por el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, que, un tanto sorprendentemente, atribuye a los Juzgados de Instrucción «la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en las restantes edificaciones o lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración».

Por otra parte, se planteaba también el problema del contenido de la intervención judicial. ¿Puede el juez, al decidir sobre la autorización, comprobar de alguna manera la legalidad del acto administrativo que se trata de ejecutar?

La Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984 indicó que no competía al juez, en este caso, valorar la acción administrativa, sino «la necesidad justificada de la penetración en el domicilio de una persona». En consecuencia, parecía que por el mecanismo de la autorización judicial *ex* artículo 18.2 de la Constitución no se añadía un control distinto del contencioso-administrativo sobre la legalidad de la actividad administrativa.

Sin embargo, la Sentencia 137/1985 introdujo alguna incertidumbre en este punto, pues si bien consideraba que la autorización ju-

dicial del artículo 18.2 de la Constitución no tenía por objeto controlar la legalidad de la actuación administrativa, precisaba, tras considerar específicamente el procedimiento de producción y ejecución de actos administrativos:

«sin que se hallen ausentes determinadas posibilidades de formación de juicio por parte del titular del órgano jurisdiccional, juicio conducente al otorgamiento o denegación de lo instado, por plurales causas o motivos, que aquí no vamos a enumerar exhaustivamente, pero que tanto pueden ser discordancias en orden a la debida individualización del sujeto pasivo tributario [en el caso, se ejecutaba una liquidación tributaria], como a *irregularidades trascendentes* observadas en las actuaciones que se reflejan en los documentos que la Administración tributaria ha de presentar ante el Juzgado, con su solicitud de mandamiento de entrada en un domicilio».

Si no de una manera completa, es claro que, al menos para las «irregularidades trascendentes», el Tribunal Constitucional posibilitaba en esa Sentencia el control de la actuación administrativa por los Juzgados de Instrucción. Afortunadamente, con posterioridad, el propio Tribunal parece haber corregido esa postura.

Efectivamente, la Sentencia 144/1987, de 23 septiembre, en ponencia del Magistrado Rubio Llorente, interpreta frontalmente el contenido de las facultades ejercidas por el juez al amparo del artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reconduciéndolas a su justo término. Dice así el Tribunal Constitucional:

«Tal norma no ha sustraído a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el control de 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 control de la legalidad de estos actos, como el de toda la actuación administrativa, sigue siendo competencia específica de esta Jurisdicción, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración. El Juez de Instrucción actúa en estos su-

puestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, *lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que, prima facie, parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta... que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa.*»

REFLEXIÓN FINAL

Tras este recorrido por los problemas constitucionales que suscita la potestad de autotutela administrativa, terminaré ya destacando la persistencia general de tal potestad tras la Constitución de 1978. La potestad de autotutela administrativa continúa vigente, aunque, eso sí, debe entenderse dentro de los límites derivados del respeto a los derechos fundamentales. Así, ha podido verse cómo el derecho a la tutela judicial efectiva ha generado una nueva hermenéutica de la facultad de suspensión de actos administrativos recurridos.

En todo caso, el sistema de suspensión de actos recurridos resulta, en la actualidad, complicado. El punto de partida, la regulación más general, continúa expresándose en los términos tradicionales de los artículos 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 122 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, si bien no cabe desconocer la existencia de criterios jurisprudenciales flexibilizadores de su alcance.

Junto a ese régimen común, existen especialidades para la suspensión de actos que afecten a derechos fundamentales (Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978 y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979), para los actos tributarios (Texto Articulado de lo Económico-Administrativo de 1980 y Texto Refundido de Régimen Local de 1986) y para la materia sancionatoria, al margen del supuesto, que parece inconstitucional, de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables de 1979.

La suspensión de sanciones administrativas es, a su vez, la que mayores complicaciones presenta, dada la existencia de regímenes

normativos favorecedores de la suspensión (Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978, para sanciones de orden público, Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, Decreto sobre sanciones en materia de consumo de 1983, Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985) y regímenes proclives a restringir los supuestos de suspensión (Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros de 1985, Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas de 1985, Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 1986); sin olvidar que incide aquí la línea jurisprudencial que, aun con titubeos, como se ha expuesto, limita fuertemente el alcance de la potestad de autotutela, de donde pueden derivar dificultades a la hora de aplicar algunos regímenes suspensivos.

Habida cuenta de estas complicaciones, parece deseable que la técnica de la suspensión de actos en vía de recurso sea objeto de una sola regulación general, que cubra todas las posibles variantes y particularidades necesarias. Las Leyes de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo constituyen, sin duda, el vehículo adecuado para establecer ese régimen de la suspensión. En otro caso, es de esperar que las leyes sectoriales continúen inclinándose por la introducción de numerosas especialidades carentes de una racionalidad común.

Las previsiones del artículo 140 del Anteproyecto de Ley Jurisdiccional de 1986 pudiera constituir, en este sentido, la base de un correcto sistema. Se considera allí que el tribunal puede acordar la suspensión «cuando la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso o produzca una situación irreversible» y, también, «cuando no haya urgencia probada en la ejecución», pudiéndose denegar en todo caso la suspensión «cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales». Me parece que de esta manera el Anteproyecto acierta a auspiciar fórmulas de equilibrio entre los intereses contrapuestos, sin automatismos ni rigideces, esto es, remitiendo a la ponderación de los tribunales, quienes, como ha dicho TORNOS, «deben convertirse en pieza central, para, ante cada caso, decidir a favor o en contra de la suspensión» (22).

Por otra parte, sería conveniente introducir en la Ley de Procedimiento Administrativo la misma fórmula general, de cara a los recursos administrativos. Recursos administrativos cuya configura-

(22) TORNOS, *La suspensión judicial de la eficacia de los actos*, cit., pág. 78.

ción como potestativos se impone, habida cuenta de las dificultades que, en otro caso, como se ha expuesto, derivarían para la ejecución de las sanciones administrativas. También parece necesario recoger en la Ley de Procedimiento los condicionantes procedimentales que para la ejecución de sanciones administrativas derivan de la jurisprudencia examinada.

De cualquier manera, el norte de todas estas operaciones debe estribar en la consideración de que la potestad de autotutela administrativa se dirige, como todas las potestades administrativas, a la realización del interés público. En la necesidad de limitar tal potestad por la incidencia de un derecho fundamental, es preciso buscar fórmulas de equilibrio entre la garantía del interés público y del interés particular, sin desestabilizar apriorísticamente la balanza en favor de ninguno de los intereses en juego.

En lo relativo a los actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria, tengo el convencimiento de que esas fórmulas de equilibrio no han sido halladas en nuestra experiencia jurídica. Como consecuencia de una rígida interpretación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, la actuación administrativa se ha complicado innecesariamente. La generalizada exigencia de intervención judicial en la ejecución de estos actos convertirá al juez en una máquina libradora de despachos rutinariamente. Y todo ello de cara a otorgar, en la realidad, una protección por cauce inadecuado a derechos distintos del de la inviolabilidad del domicilio. Baste, para aceptar este último aserto, con profundizar en la sustancia de los casos que han originado la discutible doctrina del Tribunal Constitucional: en el supuesto de la Sentencia 22/1984, el recurrente alegaba la inviolabilidad del domicilio para defender su propiedad; en el de la Sentencia 137/1985, para mantener ciertos intereses económicos en una suspensión de pagos; en el de la Sentencia 144/1987, para defender la libertad de información de una radio ilegal. Hay que buscar la manera de reconducir a términos equilibrados esa intervención judicial que ha alumbrado nuestro Tribunal Constitucional, tan ponderado y sensible a las diversas implicaciones de los problemas que examina en otros casos, como ha habido ocasión de comprobar en este trabajo.

