

AMICI, AMICO

HOMENAJE

AL PROFESOR

ANTONIO APARICIO PÉREZ



Universidad de Oviedo

Universidá d'Uviéu

University of Oviedo

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

HOMENAJES

Coords.
Santiago Álvarez García
Justo García Sánchez
Patricia Herrero de la Escosura

Amici, amico

ESTUDIOS EN HOMENAJE
AL PROFESOR
ANTONIO APARICIO PÉREZ



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

2019

Esta obra está bajo una licencia Reconocimiento- No comercial- Sin Obra Derivada 3.0 España de Creative Commons. Para ver una copia de esta licencia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/> o envíe una carta a Creative Commons, 171 Second Street, Suite 300, San Francisco, California 94105, USA.



Reconocimiento- No Comercial- Sin Obra Derivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.

 Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, bajo las condiciones siguientes:

 Reconocimiento — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el licenciadore.

Coordinadores: Santiago Álvarez García, Justo García Sánchez y Patricia Herrero de la Escosura (2019), Amici, amico. Estudios en Homenaje al profesor Antonio Aparicio Pérez. Oviedo: Ediciones Universidad de Oviedo.

La autoría de cualquier artículo o texto utilizado del libro deberá ser reconocida complementariamente.

 No comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

 Sin obras derivadas — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

© 2019 Ediciones de la Universidad de Oviedo

© Los autores



Esta Editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

Ediciones de la Universidad de Oviedo

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo

Campus de Humanidades. Edificio de Servicios. 33011 Oviedo (Asturias)

Tel. 985 10 95 03 Fax 985 10 95 07

<http://www.uniovi.es/publicaciones>

servipub@uniovi.es

ISBN: 978-84-17445-47-8

DL: AS 2762-2019

Todos los derechos reservados. De conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente, podrán ser castigados con penas de multa y privación de libertad quienes reproduzcan o plagien, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la preceptiva autorización.



Antonio Aparicio Pérez

Índice

1. Un tríptico para Antonio Aparicio	11
Julio Luis Bueno de las Heras	
Antonio Gutiérrez Lavín	
José Enrique Sánchez Uría	
2. Mis recuerdos universitarios	19
Jorge Arias	
3. El régimen fiscal de los trabajadores desplazados en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas	23
Santiago Álvarez García	
4. El Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea. Especial mención a los tipos de gravamen	39
Elena Fernández-Rodríguez	
Antonio Martínez-Arias	
5. Contratación pública y principio de integridad: su implementación en la Ley de Contratos del Sector Público	53
Javier García Amez	
6. Una cuestión jurídica entre el Ayuntamiento y el Cabildo Catedral: Oviedo, año 1613. Un ejemplo de la recepción del Derecho Romano	71
Justo García Sánchez*	
Beatriz García Fueyo*	
7. Medios de comprobación de valores: motivación y seguridad jurídica	115
Ana I. González González	
8. La necesaria reforma del fraude o «conflicto» a la ley tributaria a la luz de las «sociedades profesionales interpuestas»	139
Pedro M. Herrera	

9. ¿El nuevo impuesto sobre determinados servicios digitales? (análisis del Proyecto de Ley de 22 de enero de 2019)	157
Patricia Herrero de la Escosura	
10. Algunas ideas para simplificar la imposición sobre la renta	179
José María Lago Montero	
11. El tráfico ilícito de especies animales. Cuestiones jurídico-penales. Especial referencia a la angula/anguila	201
Pablo López Cano.	
12. La economía política de las deducciones familiares en el IRPF	215
Carlos Monasterio Escudero	
13. Requisitos para la validez del consentimiento prestado a la entrada en el domicilio por la inspección de tributos con autorización judicial.....	227
Juan Ignacio Moreno Fernández	
14. Análisis fiscal de los aspectos conceptuales de la economía colaborativa en sentido estricto	243
Joan Pagès i Galtés	
15. La financiación de las confesiones religiosas	269
Miguel Rodríguez Blanco	
16. Hacia un nuevo modelo de financiación autonómica: balance y perspectivas.....	281
Juan José Rubio Guerrero	
17. El silencioso quebranto del principio de generalidad en el Impuesto sobre la Renta Personal.....	305
José Félix Sanz Sanz	
Desiderio Romero Jordán	
Juan Manuel Castañer Carrasco	
18. Sobre el Impuesto de Sucesiones: argumentos, falacias y confusiones.....	313
Javier Suárez Pandiello	
19. Las Conferencias de la Escuela de Artes y Oficios de Oviedo...	329
Leopoldo Tolivar Alas	
20. La concepción del Derecho Financiero y Tributario: relevancia de los aspectos metodológicos	337
Carmen Uriol Egido	

Requisitos para la validez del consentimiento prestado a la entrada en el domicilio por la inspección de los tributos con autorización judicial

Juan Ignacio Moreno Fernández

Letrado del Tribunal Constitucional

Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario

1. LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO A UNA ENTRADA DOMICILIARIA AUTORIZADA JUDICIALMENTE

Una vez otorgada la autorización judicial de entrada en un domicilio constitucionalmente protegido es necesario, en todo caso, con carácter previo a su «ejecución», la negativa del afectado a una entrada voluntaria y, por tanto, consentida.¹ La obtención de una autorización judicial no excusa a la inspección actuarial de intentar buscar «el consentimiento del interesado» de modo que, solo «a falta» del mismo (art. 550 LECrim), podrá procederse a la entrada forzosa en el domicilio. Esa solicitud del consentimiento al afectado debe realizarse de manera informada, clara y no condicionada² para que su prestación pueda efectuarse de un modo libre y espontáneo, absteniéndose el afectado de ejercer su derecho de oposición.

No es infrecuente encontrarse ante autorizaciones judiciales de entrada y registro del domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario que, por el incumplimiento de los requisitos exigibles, son posteriormente revocadas en sede judicial (falta de motivación, inexistencia de indicios suficientes, etc.). Pero tampoco es infrecuente encontrarse con que la Agencia Tributaria, acto seguido, pretende hacer valer el eventual «consentimiento» prestado por el afectado al momento de la entrada y registro, las más de las veces, «contaminado» por las circunstancias ambientales concurrentes. No hay que

¹ Para L. M. ALONSO GONZÁLEZ «el titular del domicilio puede legítimamente manifestar su consentimiento a que se produzca tal entrada. Pero su manifestación de voluntad no es en absoluto definitiva. Si no se produce o, por su contenido, es contraria a la entrada domiciliaria, la resolución del órgano despliega entonces toda su eficacia supliendo el asentimiento del titular del domicilio o superponiéndose a su negativa» (1993, págs. 244-245).

² Como apunta J. L. BOSCH CHOLBI «debe exigirse que siempre exista constancia de la advertencia al titular del derecho que tiene a negar la entrada y/o el registro, y, aun así, el interesado no realizase ningún acto del que pudiese inferirse su oposición» (2015, pág. 377).

descuidar que la negativa a la entrada ya autorizada chocaría frontalmente con la propia existencia de esa autorización judicial (*coerción judicial*), esgrimida en presencia de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado garantes de una eventual entrada por la fuerza (*intimidación policial*) y bajo la amenaza de una posible subsunción de la conducta opositora en el tipo infractor de la resistencia u obstrucción a la actuación inspectora o, incluso, en el tipo penal por desobediencia grave a la autoridad (*coacción legal*).

Para que el consentimiento prestado sea válido «debe estar garantizada la ausencia de todo tipo de coerción o amedrentamiento que pueda viciar la libertad con la que ha de tomarse la decisión».³ Sin embargo, la naturaleza de los dispositivos articulados para garantizar una entrada forzada en el domicilio (autorizaciones judiciales preventivas esgrimidas por los funcionarios de la inspección tributaria que son secundados por las fuerzas de seguridad del Estado y actúan bajo la amenaza de la infracción por resistencia u obstrucción o del delito de desobediencia) es constitutiva de un ambiente de coerción que resulta «inapropiado para expresar con voluntariedad la renuncia a un derecho constitucional».⁴

Por la anterior razón, es necesario comprobar que el consentimiento eventualmente otorgado al momento de la entrada, no solo se prestó de forma informada,⁵ sino también de manera libre y espontánea. Eso sí, el análisis de la validez del consentimiento prestado «se debe realizar acudiendo a una interpretación restrictiva y siempre en favor de la tutela del derecho fundamental afectado», para lo cual hay que determinar «si la autorización ha sido prestada en condiciones de libertad necesarias para que pueda hablarse de una verdadera autodeterminación».⁶ Dicho de otra manera, hay que analizar que no ha sido consecuencia «de un comportamiento debido», entendido como un «deber del que no es posible sustraerse»,⁷ porque de ser así estaríamos ante «un supuesto paradigmático de coacción o falta de voluntariedad» (intimidación)⁸ que convertiría el consentimiento en nulo (art. 1265 CC) y, por tanto, carente de valor para legitimar ninguna clase de entrada domiciliaria.⁹

³ STS –Penal– núm. 1451/2003, de 26 de noviembre (recurso núm. 733/2002), FD 7.º (Roj: STS 7528/2003).

⁴ En términos similares, STS –Penal– núm. 1451/2003, de 26 de noviembre (recurso núm. 733/2002), FD 7.º (Roj: STS 7528/2003). Como apunta J. M. ROJÍ BUQUERAS «la actuación de la Inspección debe evitar todo tipo de coacción o intimidación psicológica, por liviana que esta pueda parecer, como la amenaza de una Inspección más a fondo, de un mayor rigor en la futura liquidación, de una ampliación de las actuaciones o del establecimiento de cualquier tipo de preclusión como consecuencia de la legítima negativa» (2000, pág. 13).

⁵ Hay que tener presente que es nulo, *ex art.* 1265 CC, «el consentimiento obtenido sin haber sido informado de un dato relevante para la toma de posición sobre el consentimiento que se solicita» [STS –Contencioso-administrativo– de 15 de junio de 2015 (recurso núm. 1407/2014), FD 5.º (Roj: STS 2879/2015)].

⁶ STS –Penal– núm. 1061/1999, de 29 de junio (recurso núm. 795/1998), FD 3.º (Roj: STS 4620/1999). Y también STS –Penal– núm. 2010/1992, de 13 de junio, FD 1.º (Roj: STS 10028/1992).

⁷ Así, V. A. GARCÍA MORENO (2015, pág. 2).

⁸ STS –Penal– núm. 1451/2003, de 26 de noviembre (recurso núm. 733/2002), FD 6.º (Roj: STS 7528/2003).

⁹ No siempre se ha visto así. El Tribunal Supremo, en alguna ocasión ha entendido que, existiendo una autorización judicial, si el afectado no se opone a la entrada y registro, está consintiendo

En suma, una vez autorizada judicialmente la entrada domiciliaria, si el afectado abdicara de ejercer su «derecho de oposición», el consentimiento eventualmente prestado a la entrada en el domicilio solo será eficaz cuando su prestación se hubiese hecho de manera libre y espontánea, para lo cual es necesaria la previa información conforme a pautas de lealtad, buena fe y transparencia. No son válidos, por el contrario, ni los consentimientos prestados con engaño (lo que acaecería, por ejemplo, cuando la inspección actuaría ocultase al afectado la negativa del juez a la concesión de la autorización o cuando le hiciese creer que contaba con una autorización judicial de la que carecía), ni los mediatizados por las circunstancias ambientales concurrentes (como sucedería cuando su prestación hubiese podido estar condicionada por la presión judicial/policial/legal sobre el afectado).

2. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA ENTRADA DOMICILIARIA ADMINISTRATIVA

La Constitución consagra el domicilio como algo inviolable (art. 18.2). Como en la mayoría de los derechos fundamentales, se trata de una protección que no es absoluta y que, por tanto, «viene configurada con atención a otros derechos»,¹⁰ lo que supone que puede soportar injerencias legítimas en determinadas circunstancias. Por esta razón, el art. 18.2 CE, aun estableciendo el derecho a la inviolabilidad del domicilio, permite la entrada o registro del mismo en tres situaciones: con el consentimiento del titular, con autorización judicial y, a falta de cualquiera de los dos anteriores, ante la existencia de un estado de necesidad (la comisión flagrante de un delito).

Desde el plano de la legalidad, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), bajo el título *Autorización judicial para la entrada en el domicilio de los obligados tributarios*, señala con carácter general que «cuando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria deberá obtener el consentimiento de aquel o la oportuna autorización judicial» (art. 113 LGT). Una previsión similar se contiene en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), conforme a la cual «el Juez o Tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro (...) cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación» (art. 546 LECrim), «pero precediendo siempre el consentimiento del interesado (...) o a falta de consentimiento, en virtud de auto motivado» (art. 550 LECrim) y «empleando para ello, si fuere necesario, el auxilio de la fuerza» (art. 568 LECrim).

con la misma: «En el presente caso consta que el Auto judicial de entrada y registro le fue notificado al interesado en su domicilio, y consta también que enterado de ello no se opuso a la entrada y facilitó la práctica de la diligencia, tal y como se hizo constar expresamente en el Acta; de modo que consintió el registro. (...) Y en este caso tal consentimiento se prestó por el interesado que no se opuso a la entrada en su vivienda y facilitó la práctica de la diligencia de registro» [STS –Penal– núm. 628/2002, de 12 de abril (recurso núm. 409/20009, FD 1.º (Roj: STS 2593/2002)].

¹⁰ STC 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3.

Lo primero que debe señalarse es que «el procedimiento de la inspección tributaria tiene una naturaleza inquisitiva y cumple, en su ámbito, la función de investigar y documentar el resultado de las pesquisas o averiguaciones, como medio de prueba en un procedimiento posterior, que normalmente será el de liquidación pero que muy bien pudiera desembocar en otro sancionador e incluso penal por delito fiscal», estando «las características de tal actuación administrativa, muy cercana en más de uno de sus eventuales aspectos a la jurisdicción penal como consecuencia de la equiparación del injusto de tal naturaleza y del administrativo».¹¹

Pues bien, es importante tener presente a estos efectos que la invasión del domicilio constitucionalmente protegido sin el permiso de quien lo ocupa, solo puede hacerse (al margen del delito flagrante) si lo autoriza el juez competente,¹² debiendo tenerse en cuenta que:

a) *Entradas administrativas*: la autorización judicial no solo puede dictarse en el seno de un procedimiento de investigación penal; puede ser también necesaria en el seno de procedimientos administrativos para la ejecución de actos de las Administraciones Públicas, definitivos o de trámite, sobre locales que tienen la condición de domicilio constitucionalmente protegido.¹³

b) *Fases preliminares de investigación*: puede ser necesario realizar entradas domiciliarias en «fases preliminares» de investigación,¹⁴ lo que sucedería,

¹¹ STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 6.

¹² El art. 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), señala que «corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración». Aunque hasta la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), la competencia para autorizar una entrada y registro en un domicilio o local cuyo acceso requiriese el consentimiento del titular, parecía tenerla atribuida, con exclusividad, el juez de instrucción (de conformidad con lo previsto en el antiguo art. 87.2 LOPJ), sin embargo, en la actualidad los Tribunales penales han perdido la habilitación para intervenir que ahora les corresponde a los juzgados de lo contencioso-administrativo (art. 8.5 LJCA) [SSTC 199/1998, de 13 de octubre, FJ 2; y 92/2002, de 22 de abril, FJ 3].

¹³ En efecto, «la necesidad de una autorización judicial para que la administración pública pueda hacer entrada en un inmueble para ejecutar forzosamente una previa actuación administrativa, sea esta definitiva o de trámite –como pueda serlo una actuación inspectora, administrativa o tributaria– pero necesitada de ello para su efectividad, se plantea como una excepción constitucional y legal al principio de autotutela administrativa ejecutiva reconocida por nuestro ordenamiento jurídico en favor de las administraciones públicas por razón de la necesaria efectividad del derecho fundamental subjetivo a la inviolabilidad domiciliaria» [STSJ de Cataluña núm. 889/2017, de 30 de noviembre (recurso núm. 73/2017), FD 2.º (Roj: STSJ CAT 12404/2017); y STSJ de Castilla y León núm. 920/2018, de 11 de octubre (recurso núm. 349/2018), FD 2.º (Roj: STSJ CL 3825/2018)]. Eso sí, como señala S. FERNÁNDEZ RAMOS «en el ámbito de la actuación inspectora, no existe de ordinario una decisión que se trate de ejecutar y cuya apariencia de legalidad deba fiscalizar el Juez competente para conceder la autorización de entrada en el domicilio. En el ámbito de las actuaciones inspectoras está claro que la función del Juez no es la de revisión de la legalidad de un acto siquiera sumariamente, puesto que tal resolución puede no existir de ordinario, sino que la función del Juez se ceñirá a garantizar la legalidad de la intervención misma y a su encauzamiento» (2000, pág. 247).

¹⁴ Así las denomina, por ejemplo, la SAN de 25 de julio de 2018 [recurso núm. 404/2016 (Roj: SAN 3222/2016)], respecto de las investigaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

por ejemplo, cuando uno de los primeros actos de una inspección tributaria sea –aparte de la imprescindible orden de inclusión y carga en el plan de inspección–¹⁵ la solicitud al juez competente de una autorización de entrada y registro en un domicilio,¹⁶ a la búsqueda de una información confirmatoria de los indicios existentes.¹⁷ Estas entradas deben necesariamente dirigirse a documentar unos indicios objetivos previos y no a buscar las pruebas que acrediten unas meras sospechas, consistiendo la autorización judicial «en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de este, con la limitación consiguiente del derecho fundamental».¹⁸

c) *Autorizaciones judiciales preventivas*: la solicitud de autorización de entrada al órgano judicial no tiene por qué ser siempre y en todo caso posterior al previo requerimiento del consentimiento de su titular y la subsiguiente negativa de este, pues esta exigencia «ni lo imponen los artículos 142 y 113 LGT, ni se deriva inexorablemente de los principios constitucionales».¹⁹ Por tanto, la «solicitud» de la autorización judicial para una entrada domiciliaria en el seno de un procedimiento de inspección tributaria no queda condicionada al intento previo –temporal y físico– de una entrada consentida.²⁰ Como dijo el ATC 129/1990, no es posible admitir «que la autorización judicial para la entrada de la inspección tributaria en el domicilio personal haya de ser siempre y en todo caso posterior (y subsidiaria) al previo requerimiento del consentimiento de su titular y la subsiguiente negativa de este», porque ello «sería tanto como mantener que el Auto de entrada y registro solo (...) puede ser dictado contra el consentimiento del interesado» (FJ 6).

Son posibles, pues, las entradas en el domicilio mediante una autorización judicial otorgada como un «mecanismo de orden preventivo»²¹ porque «el ejer-

¹⁵ Hay que tener presente que la orden de inclusión y carga en el plan no es por sí sola suficiente para justificar la «necesidad» de la autorización judicial [STSJ de Cataluña núm. 287/2013, de 14 de marzo (recurso núm. 166/2012), FD 4.º (Roj: STSJ CAT 3261/2013)].

¹⁶ Como apunta J. L. BOSCH CHOLBI una entrada domiciliaria como primer acto de una inspección tributaria solo puede admitirse como válida si se respetan todas «las exigencias, constitucionales y legales, que acunan este derecho fundamental y la actuación de la Administración Tributaria» (2015, pág. 367). A juicio de J. ÁLVAREZ MARTÍNEZ resulta indudable que la Inspección de los Tributos puede «proceder a la ejecución de una intromisión en el domicilio de los obligados tributarios para la realización de otras actuaciones distintas a las de comprobación e investigación, como, por ejemplo, las ya mencionadas de valoración y de obtención de información» (2008, pág. 10). En fin, para A. NAVARRO FAURE «la entrada debería estar justificada para la obtención de pruebas que no se han podido obtener de otro modo» (2008, pág. 253).

¹⁷ Sostiene J. M. ROJÍ BUQUERAS que «las actuaciones administrativas de investigación que comportan la facultad de acceso a domicilios, nada tienen que ver en cuanto a su naturaleza con los actos administrativos cuya ejecución forzosa exige la entrada» (2000, pág. 24).

¹⁸ SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 126/1995, de 25 de julio, FJ 3; y 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3.

¹⁹ STSJ de Asturias núm. 764/2016, de 24 de octubre (recurso núm. 663/2015), FD 3.º (Roj: STSJ AS 2852/2016).

²⁰ Como señala J. M. ROJÍ BUQUERAS «no serían precisas dos personaciones de la Inspección, una de requerimiento y, solo tras la negativa a esta del titular, otra con autorización judicial, sino que en una única personación podrían manifestarse ambas actuaciones sucesivamente, cuando se dispusiera de la previa autorización judicial» (2000, pág. 26).

²¹ SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; y 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5.

cicio de esta función de control, preventivo y *prima facie*, no requiere que necesariamente y en todo caso el órgano judicial se pronuncie después de conocer los motivos de oposición del interesado, como si se tratase de un proceso, cuando lo cierto es que de lo único que se trata es de apoderar a la Administración para realizar una determinada actuación». ²²

Por lo anterior, no resulta necesaria «la audiencia previa y contradictoria de los titulares de los domicilios o inmuebles concernidos por la entrada», habida cuenta que la posible autorización judicial de entrada domiciliaria ni es resultado de un proceso jurisdiccional ni viene exigida normativamente, no rigiendo tampoco «una especie de principio de subsidiariedad en relación a la posible negativa expresada por parte del titular del inmueble de cuya voluntad dependa el consentimiento para practicar la entrada, de manera que ni la autorización de entrada ni su solicitud tienen por qué ser, siempre y en todo caso, posteriores al previo requerimiento del consentimiento de su titular y la subsiguiente negativa de este; la autorización judicial puede ser solicitada con carácter previo, sin perjuicio de que, naturalmente, su efectividad solo se pondrá de manifiesto ante la negativa del titular a consentir la entrada o ante la imposibilidad de conseguir su consentimiento». ²³

Eso sí, aun cuando se haya obtenido una autorización judicial «preventiva» para la «entrada administrativa» en una «fase preliminar» de un procedimiento de inspección tributaria, su eficacia está condicionada, en todo caso, a la previa negativa del afectado tras habersele requerido primeramente para que preste su consentimiento, de manera que solo en defecto del mismo podrá procederse a ejecutar la pertinente autorización judicial, ²⁴ suficiente, entonces, por sí misma, para dotar de legitimidad constitucional a la invasión domiciliaria. ²⁵ De este modo, una vez solicitada por la inspección actuaria y concedida por el órgano judicial competente la necesaria autorización, su «efectividad» queda condicionada a la negativa del titular a consentir la entrada, pues la ejecución de la autorización judicial opera exclusivamente *a falta* del consentimiento del interesado (art. 550 LECrim). Obtenida la autorización judicial de entrada y registro en el domicilio constitucionalmente

²² STC 174/1993, de 27 de mayo, FJ 2. Y también AATC 129/1990, de 26 de marzo, FJ 5; y 85/1992, de 30 de marzo, FJ 2.

²³ STSJ de Cataluña núm. 889/2017, de 30 de noviembre (recurso núm. 73/2017), FD 2.º (Roj: STSJ CAT 12404/2017); y STSJ de Castilla y León núm. 920/2018, de 11 de octubre (recurso núm. 349/2018), FD 2.º (Roj: STSJ CL 3825/2018). También STSJ de Asturias núm. 764/2016, de 24 de octubre (recurso núm. 663/2015), FD 3.º (Roj: STSJ AS 2852/2016). Y en el mismo sentido, AATC 129/1990, de 26 de marzo, FJ 5; y 85/1992, de 30 de marzo, FJ 2. Por su parte, J. M. Rojí BUQUERAS apunta que «es evidente que, en determinadas situaciones, el acudir primero a solicitar el consentimiento del titular, corriendo el riesgo más que elevado de que el mismo lo deniegue, puede frustrar la finalidad del acceso que se pretende, aunque luego se pueda llevar a cabo el mismo amparándose en una resolución judicial. Ello, muy especialmente, en los supuestos en que no estamos propiamente ante una ejecución forzosa, sino ante una actuación administrativa de inspección (tributaria, sanitaria, laboral, de consumo...) que lleva implícita un cierto grado de sorpresa que se ve frustrado si antes de la inspección el sujeto puede conocer que esta se va a producir» (2000, pág. 24).

²⁴ STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8.

²⁵ SSTC 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 4; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 4; y 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3.

protegido, la inspección actuarial no puede ejecutarla sin más. Debe buscar, antes de materializar la entrada, el consentimiento del afectado, dado que la autorización judicial no opera en «sustitución» del consentimiento sino como consecuencia de la «negativa» del afectado a prestarlo (la propia literalidad del art. 18.2 CE antecede el «consentimiento» a la «autorización judicial» en una relación de causa-efecto).²⁶

Aun cuando la posible negativa a facilitar la entrada en las dependencias objeto de registro no va a tener virtualidad para evitarla, habida cuenta de que la resolución judicial autorizando la entrada se dicta para suplir una eventual falta de consentimiento,²⁷ sin embargo, la resolución judicial solo se puede hacer efectiva «ante la negativa del titular a consentir la entrada o ante la imposibilidad de conseguir su consentimiento».²⁸

3. LOS REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO PRESTADO A LA ENTRADA EN EL DOMICILIO CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL

3.1. Ideas previas

Debe señalarse antes de nada que «acreditado el consentimiento del titular de la vivienda se está ante la primera y esencial de las excepciones a la inviolabilidad del domicilio, contemplada en el artículo 18.2 de la Constitución Española pues renunciándose a tal derecho con la prestación del consentimiento se hace innecesaria la autorización judicial ni la presencia del fedatario judicial».²⁹ Por tanto, la autorización judicial es innecesaria, no existiendo violación de domicilio, «cuando el titular autoriza la entrada en el mismo y subsiguiente percepción de lo que alberga en su interior».³⁰

²⁶ Hay autores como J. ÁLVAREZ MARTÍNEZ que parecen entender que la autorización judicial, en cuanto título habilitante de las injerencias domiciliarias, opera «no en contra de la anuencia del obligado tributario, sino en defecto de la misma», de modo que la eficacia de la autorización judicial no queda supeditada a «la existencia de una previa denegación del consentimiento por parte del obligado tributario», sobre todo porque el tenor del art. 18.2 CE «utiliza asimismo una fórmula alternativa —presidida también por la conjunción disyuntiva o— que otorga idéntico valor a la aquiescencia del titular del domicilio y a la referida autorización» (2008, pág. 3).

²⁷ STSJ de Murcia núm. 809/2018, de 20 de diciembre (recurso núm. 249/2018), FD 4.º (Roj: 809/2018)]. En efecto, «la diligencia de entrada y registro es una diligencia de investigación judicializada por la existencia de una situación conflictiva entre el derecho fundamental y las necesidades de investigación», de manera que «la existencia de auto judicial habilitante notificado al titular presente en la diligencia hace irrelevante la falta de consentimiento de este» [STS –Penal– núm. 261/2006, de 14 de marzo (recurso núm. 1396/2005), FD 2.º (Roj: STS 6328/2006)].

²⁸ STSJ de Cataluña núm. 889/2017, de 30 de noviembre (recurso núm. 73/2017), FD 2.º (Roj: STSJ CAT 12404/2017); y STSJ de Castilla y León núm. 920/2018, de 11 de octubre (recurso núm. 349/2018), FD 2.º (Roj: STSJ CL 3825/2018)]. También STSJ de Asturias núm. 764/2016, de 24 de octubre (recurso núm. 663/2015), FD 3.º (Roj: STSJ AS 2852/2016). Y en el mismo sentido, AATC 129/1990, de 26 de marzo, FJ 5; y 85/1992, de 30 de marzo, FJ 2.

²⁹ STS –Penal– núm. 628/2002, de 12 de abril (recurso núm. 409/2000), FD 1.º (Roj: STS 2593/2002).

³⁰ STS –Penal– núm. 671/2018, de 19 de diciembre (recurso núm. 10354/20189, FD 3.º (Roj: STS 4349/2018).

Además, «es patente y manifiesto que el consentimiento de quien es titular del domicilio, si es prestado libre y espontáneamente, enerva cualquier irregularidad procesal que se quiera argüir de contrario».³¹ Eso sí, una vez prestado el consentimiento por el afectado y aquietado a la entrada y registro sin reaccionar procesalmente de manera tempestiva contra el mismo, no le es dado, una vez practicado el mismo, denunciar supuestas vulneraciones producidas con carácter previo a su realización.³²

En fin, no existe obligación de contar con la presencia de un abogado,³³ habida cuenta que el inspeccionado no está investigado penalmente (imputado) ni detenido policialmente.³⁴

3.2. La prestación: la libre determinación

El consentimiento, a efectos de la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido en el seno de una investigación, se define como «un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata, en suma, de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental».³⁵

³¹ SSTS –Penal– núm. 340/1997, de 7 de marzo (recurso núm. 359/1996), FD 3.º (Roj: STS 1646/1997); y núm. 628/2002, de 12 de abril (recurso núm. 409/2000), FD 1.º (Roj: STS 2593/2002).

³² Y ello porque «no cabe apreciar indefensión material en aquellos supuestos en los cuales la situación de indefensión se ha producido por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia o de los profesionales que le representen o defienden» (SSTC 275/2005, de 7 de noviembre, FJ 5; 55/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 10/2009, de 12 de enero, FJ 3; y 175/2014, de 3 de noviembre, FJ 4).

³³ En efecto, «la ejecución de la diligencia autorizada judicialmente no exige la presencia de abogado o asesor del interesado, sin perjuicio, obvio es, de la discrecionalidad que han de ostentar los funcionarios actuantes en la práctica de tal diligencia antes, en su caso, de recabar el auxilio y cooperación de la Fuerza Pública a que se hace extensiva la autorización judicial» [STS] de Cataluña núm. 287/2013, de 14 de marzo (recurso núm. 166/2012), FD 2.º (Roj: STSJ CAT 3261/2013).

³⁴ Según el art. 569 LECrim el registro se hará a presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente, y, en su defecto, en presencia de dos testigos (vecinos del mismo pueblo), con la presencia del Secretario del Juzgado. Por su parte, el art. 17.3 CE garantiza el derecho de toda persona detenida a la asistencia de abogado «en las diligencias policiales y judiciales». Eso sí, si se efectuase la entrada y registro en el domicilio de un detenido, el consentimiento solo puede ser prestado válidamente en presencia de un abogado, pues, en caso contrario, sería ineficaz y nulo [art. 11.1 LOPJ y SSTS –Penal– núm. 11/2011, de 1 de febrero (recurso núm. 1803/2010), FD 6.º (Roj: STS 353/2011)]; y núm. 234/2016, de 17 de marzo (recurso núm. 1575/2015), FD 1.º (Roj: STS 1187/2016)].

³⁵ SSTS –Penal– núm. 340/1997, de 7 de marzo (recurso núm. 359/1996), FD 3.º (Roj: STS 1646/1997); núm. 1061/1999, de 29 de junio (recurso núm. 795/1998), FD 3.º (Roj: STS 4620/1999); núm. 628/2002, de 12 de abril (recurso núm. 409/2000), FD 1.º (Roj: STS 2593/2002); núm. 951/2007, de 13 de noviembre (recurso núm. 443/2007), FD 3.º (Roj: STS 8287/2007); núm. 688/2013, de 30 de septiembre (recurso núm. 11277/2012), FD 2.º (Roj: STS 4761/2013); y núm. 35/2018, de 24 de enero (recurso núm. 1345/2017), FD 1.º (Roj: 130/2018). También ATS núm. 1036/2017, de 18 de mayo (recurso núm. 10673/2016), FD 1.º (Roj: ATS 7398/2017).

Sin embargo, pueden afectar a la validez del consentimiento los prestados bajo la «coerción»³⁶ que supone la existencia de una autorización del órgano judicial autorizante de una entrada no consentida; bajo la «intimidación»³⁷ que deriva de la personación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para garantizar una entrada no consentida en el domicilio ante la eventual negativa del afectado; y/o bajo la «coacción»³⁸ que supone la amenaza de castigo prevista en la normativa ante la eventual oposición (resistencia) del afectado a la entrada, cuya conducta no solo podría ser subsumida en la infracción tributaria por «resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria» (art. 203 LGT),³⁹ sino incluso incurrir en «la responsabilidad declarada en el Código Penal a los reos del delito de desobediencia grave a la Autoridad» (art. 569 LECrim).⁴⁰

³⁶ «Presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta» (23.ª edición, *Diccionario de la Real Academia Española*, 2014).

³⁷ «Causar o infundir miedo» (23.ª edición del *Diccionario de la Real Academia Española*, 2014).

³⁸ «Fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo» (23.ª edición del *Diccionario de la Real Academia Española*, 2014).

³⁹ De conformidad con el art. 203.1 LGT citado se entiende producida esta circunstancia «cuando el sujeto infractor, debidamente notificado al efecto, haya realizado actuaciones tendentes a dilatar, entorpecer o impedir las actuaciones de la Administración tributaria en relación con el cumplimiento de sus obligaciones», lo que sucederá cuando se niegue o impida «indebidamente la entrada o permanencia en fincas o locales a los funcionarios de la Administración tributaria o el reconocimiento de locales, máquinas, instalaciones y explotaciones relacionados con las obligaciones tributarias» (letra d). No obstante lo dicho, considera J. L. BOSCH CHOLBI que «es obvio que el obligado tributario debe ser consciente de que tiene la posibilidad de negarse al acceso o registro a un lugar que tenga la consideración de domicilio constitucionalmente protegido por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental, sin que ello pueda motivar la imposición de una sanción por considerar que comporta una actitud obstruccionista de la actuación inspectora, o falta de colaboración» (2015, pág. 378). En consecuencia, la conducta de un administrado negándose a la entrada en su domicilio a efectos de llevar a cabo una inspección (urbanística) cuando se carece de la preceptiva autorización judicial, «no incurre en la infracción administrativa» (por negativa u obstrucción de la labor inspectora) pues «tal actitud supone un justo, cabal y legítimo ejercicio de un derecho fundamental reconocido en la Constitución» [SSTSJ de Madrid núm. 1539/2011, de 13 de octubre (recurso núm. 577/2010), FD 2.º (Roj: STSJ M 12029/2011); núm. 614/2014, de 27 de junio (recurso núm. 1753/2014), FD 2.º (Roj: STSJ M 5791/2014); y núm. 699/2018, de 17 de octubre (recurso núm. 1000/2017), FD 4.º (Roj: STSJ M 9920/2018)]. En fin, en la STSJ de Illes Balears núm. 36/2016, de 27 de enero, se anula la sanción impuesta por obstrucción a la actuación inspectora al negarse el inspeccionado al acceso al domicilio constitucionalmente protegido [FD 3.º, recurso núm. 300/2015 (Roj: STSJ BAL 36/2016)].

⁴⁰ Según la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) «son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas» (art. 550.1 CP), que se castigará «con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de seis meses a tres años en los demás casos» (art. 550.2 CP). No obstante lo anterior, «serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» (art. 556.1 CP).

Según lo que antecede, la prestación del consentimiento debe producirse «en condiciones que impidan cualquier asomo de presión psicológica que lleve al interesado a abdicar del cuadro de garantías que constitucionalmente otorga el art. 18.2 de la CE». ⁴¹ Es decir, debe efectuarse «consciente y libremente», ⁴² «terminantemente libre» ⁴³ y no de forma constreñida, lo que exige que no exista ninguna clase de «intimidación ambiental» ⁴⁴ (de «ambiente intimidatorio») ⁴⁵ para que no esté viciado, y, por tanto, que el consentimiento «no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase», ⁴⁶ como sucedería, por ejemplo, con «la coacción que la presencia de los agentes de la autoridad representan». ⁴⁷ Solo el consentimiento inequívoco, entonces, «actúa como verdadera fuente de legitimación». ⁴⁸

3.3. El presupuesto: la información veraz

El «consentimiento eficaz», en sustitución de una autorización judicial (no solicitada, solicitada y denegada, o, en fin, solicitada y concedida), de-

⁴¹ SSTS –Penal– núm. 183/2005, de 18 de febrero (recurso núm. 642/2004), FD 7.º (Roj: STS 999/2005); y núm. 951/2007, de 13 de noviembre (recurso núm. 443/2007), FD 3.º (Roj: STS 8287/2007).

⁴² SSTS –Penal– núm. 1803/2002, de 4 de noviembre (recurso núm. 236/2002), FD 2.º (Roj: STS 7291/2002); núm. 261/2006, de 14 de marzo (recurso núm. 1396/2005), FD 1.º (Roj: STS 6328/2006); núm. 688/2013, de 30 de septiembre (recurso núm. 11277/2012), FD 2.º (Roj: STS 4761/2013); y núm. 35/2018, de 24 de enero (recurso núm. 1345/2017), FD 1.º (Roj: 130/2018).

⁴³ STS –Penal– núm. 1451/2003, de 26 de noviembre (recurso núm. 733/2002), FD 7.º (Roj: STS 7528/2003).

⁴⁴ SSTS –Penal– núm. 1522/1998, de 2 de diciembre (recurso núm. 247/1998), FD 1.º (Roj: STS 7234/1998); núm. 1576/1998, de 11 de diciembre (recurso núm. 3906/1997), FD 4.º (Roj: STS 7503/1998); núm. 183/2005, de 18 de febrero (recurso núm. 642/2004), FD 7.º (Roj: STS 999/2005); núm. 11/2011, de 1 de febrero (recurso núm. 1803/2010), FD 6.º (Roj: STS 353/2011); núm. 688/2013, de 30 de septiembre (recurso núm. 11277/2012), FD 2.º (Roj: STS 4761/2013); núm. 773/2013, de 22 de octubre (recurso núm. 147/2013), FD 2.º (Roj: STS 5060/2013); núm. 849/2013, de 12 de noviembre (recurso núm. 10038/2013), FD 4.º (Roj: STS 5629/2013); núm. 234/2016, de 17 de marzo (recurso núm. 1575/2015), FD 1.º (Roj: STS 1187/2016); y núm. 845/2017, de 21 de diciembre (recurso núm. 10236/2017), FD 2.º (Roj: STS 4664/2017). También ATS –Penal– núm. 1208/2016, de 30 de junio (recurso núm. 10144/2016), FD 1.º (Roj: ATS 7708/2016).

⁴⁵ STS –Penal– núm. 1451/2003, de 26 de noviembre (recurso núm. 733/2002), FD 5.º (Roj: STS 7528/2003).

⁴⁶ SSTS –Penal– núm. 1803/2002, de 4 de noviembre (recurso núm. 236/2002), FD 2.º (Roj: STS 7291/2002); núm. 261/2006, de 14 de marzo (recurso núm. 1396/2005), FD 1.º (Roj: STS 6328/2006); y núm. 688/2013, de 30 de septiembre (recurso núm. 11277/2012), FD 2.º (Roj: STS 4761/2013).

⁴⁷ SSTS –Penal– núm. 1576/1998, de 11 de diciembre (recurso núm. 3906/1997), FD 4.º (Roj: STS 7503/1998); núm. 1061/1999, de 29 de junio (recurso núm. 795/1998), FD 3.º (Roj: STS 4620/1999); núm. 831/2000, de 16 de mayo (recurso núm. 4491/1998), FD 2.º (Roj: STS 3929/2000); núm. 183/2005, de 18 de febrero (recurso núm. 642/2004), FD 7.º (Roj: STS 999/2005); núm. 11/2011, de 1 de febrero (recurso núm. 1803/2010), FD 6.º (Roj: STS 353/2011); núm. 688/2013, de 30 de septiembre (recurso núm. 11277/2012), FD 2.º (Roj: STS 4761/2013); núm. 773/2013, de 22 de octubre (recurso núm. 147/2013), FD 2.º (Roj: STS 5060/2013); núm. 849/2013, de 12 de noviembre (recurso núm. 10038/2013), FD 4.º (Roj: STS 5629/2013); y núm. 97/2015, de 24 de febrero (recurso núm. 1774/2014), FD 4.º (Roj: STS 823/2015).

⁴⁸ STS –Penal– núm. 97/2015, de 24 de febrero (recurso núm. 1774/2014), FD 4.º (Roj: STS 823/2015).

be ser un «consentimiento informado», es decir, aquel que «se proporcione con plenitud de conocimiento sobre aquello para lo que se le pide autorización». ⁴⁹ En este sentido, «las partes afectadas, autoridad inspeccionante y sujeto inspeccionado, deben proceder conforme a pautas de lealtad, buena fe y transparencia, y si puede exigirse a la empresa que facilite la labor inspectora y no se oponga infundadamente a ella, puede requerirse a la Administración que no oculte intencionadamente hechos, datos o circunstancias que de haber sido conocidos por la empresa inspeccionada muy probablemente habrían desembocado en la oposición a la entrada pretendida». ⁵⁰

En particular, «el consentimiento eficaz tiene como presupuesto el de la garantía formal de la información expresa y previa, que debe incluir los términos y alcance de la actuación para la que se recaba la autorización injerente». ⁵¹ Además, «el titular del derecho debe ser enterado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere, así como de las consecuencias que pueden derivarse de esa actuación policial, información que se le debe proporcionar en términos suficientemente asequibles». ⁵² Es decir, el interesado debe ser informado de su derecho de oposición, ⁵³ en todo caso, incluso en aquellos supuestos en los que exista una autorización judicial, ⁵⁴ pues esta autorización solo puede ejecutarse en defecto del consen-

⁴⁹ STS –Contencioso-administrativo– de 15 de junio de 2015 (recurso núm. 1407/2014), FD 5.º (Roj: STS 2879/2015).

⁵⁰ En la STS –Contencioso-administrativo– de 15 de junio de 2015 [recurso núm. 1407/2014 (Roj: STS 2879/2015)] la administración inspectora (en materia de competencia) había ocultado a la empresa inspeccionada que se había solicitado una autorización judicial que había sido rechazada por el Juez por considerar que no había quedado suficientemente justificada la razón de la solicitud por lo que «era una exigencia de buena fe no ocultar ese dato a la empresa y no proceder como si nunca se hubiera pedido autorización judicial y nunca se hubiera denegado dicha solicitud» (FD 5.º). Y en la STC 54/2015, de 16 de marzo, se considera que la falta de oposición del obligado tributario a la entrada de los funcionarios de la inspección tributaria en las dependencias de la empresa (sin advertirle de sus derechos –como el de oponerse a la entrada–) no era suficiente pues había que haberle advertido «de la posibilidad de oponerse a la entrada en el domicilio para llevar a cabo la actuación inspectora» (FJ 6).

⁵¹ STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 5.

⁵² STS –Penal– núm. 1451/2003, de 26 de noviembre, FD 7.º [recurso núm. 733/2002 (Roj: STS 7528/2003)]. También STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 6. Hay autores como V. A. GARCÍA MORENO que consideran, sin embargo, que dado que el consentimiento debe otorgarse de forma consciente por el obligado es necesario que sea «expresamente informado por los funcionarios que pretenden el acceso, del derecho que les asiste a resistirse a la injerencia, al menos, insistimos, siempre que no medie la intervención judicial» (2015, pág. 2). Por tanto, si hay autorización judicial, a su juicio, no es necesario solicitar el consentimiento.

⁵³ Para S. FERNÁNDEZ RAMOS «en todo caso, la Administración debe informar al particular de su derecho a denegar la entrada y la permanencia en cualquier momento, pues, (...) sin el cumplimiento de este requisito no puede afirmarse la existencia de un consentimiento libre que legitime la inspección» (2000, pág. 243).

⁵⁴ Algún órgano judicial ha considerado que «la falta de información de una hipotética oposición, que al no haberse exteriorizado en hechos concretos resultaba irrelevante, máxime cuando los funcionarios de la Inspección contaban con la autorización judicial para entrar en el domicilio del obligado tributario» [STSJ de Asturias núm. 764/2016, de 24 de octubre (recurso núm. 663/2015), FD 3.º (Roj: STSJ AS 2852/2016)].

timiento del titular,⁵⁵ que solo será «eficaz», cuando sea plenamente informado, no solo de su derecho a oponerse, sino también de las consecuencias de su negativa, tanto inmediatas (la entrada con la fuerza si fuera necesario), como legales (la comisión de una infracción por resistencia o incluso de un delito de desobediencia).⁵⁶

Se trata, en suma, de un consentimiento que «debe estar absolutamente desprovisto de toda mácula que enturbie el exacto conocimiento de lo que se hace y la libérrima voluntad de hacerlo, debiendo estar también exento de todo elemento susceptible de provocar o constituir error, violencia, intimidación o engaño, por lo que el interesado debe ser enterado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere». ⁵⁷ En consecuencia, tiene como presupuesto formal «la información expresa y previa (garantía de información), que incluya los términos y alcance de la actuación» para la que se recaba el mismo, de modo que si no se consigue un consentimiento «eficaz» (un «consentimiento informado», aunque sea tácito)⁵⁸ o quiebra «la conexión entre la actuación que se realiza y el objetivo tolerado para el que fue recabado el consentimiento», se habría vulnerado el derecho fundamental.⁵⁹

3.4. El objeto: para un asunto concreto

El consentimiento «solo puede entenderse válidamente emitido cuando el mismo se presta previa ilustración del contenido y circunstancias de lo que se pretende llevar a cabo, o lo que es lo mismo, del objeto y finalidad de la

⁵⁵ Se trataría de «una invitación o conminación a tener un determinado comportamiento seguido de la correspondiente admonición o apercibimiento en caso de no hacerlo, pudiendo el destinatario del mismo dar el consentimiento para que el inspector acceda al domicilio o bien negar el mismo, en cuyo caso si se trata de un domicilio o de un lugar cerrado de los que la ley exige el consentimiento del titular para acceder al mismo (...) y el requerido se niega a otorgar el consentimiento, deberá solicitarse la oportuna autorización judicial de entrada en dicho lugar» [en materia de inspección urbanística, STSJ de Madrid núm. 766/2016, de 216 de noviembre (recurso núm. 424/2016), FD 5.º (Roj: STSJ M 12083/2016)]; y STSJ de Castilla-La Mancha núm. 158/2017, de 24 de julio (recurso núm. 46/2016), FD 5.º (Roj: STSJ CLM 1990/2017)].

⁵⁶ Así lo señala expresamente el art. 569 LECrim, conforme al cual, «la resistencia del interesado, de su representante, de los individuos de la familia y de los testigos a presenciar el registro producirá la responsabilidad declarada en el Código Penal a los reos del delito de desobediencia grave a la Autoridad, sin perjuicio de que la diligencia se practique».

⁵⁷ SSTs –Contencioso-administrativo– de 23 de abril de 2010 (recurso núm. 704/2004), FD 8.º (Roj: STS 2218/2010); de 30 de septiembre de 2010 (recurso núm. 369/2007), FD 6.º (Roj: STS 5268/2010); de 30 de septiembre de 2010 (recurso núm. 1694/2007), FD 6.º (Roj: STS 5277/2010); de 30 de septiembre de 2010 (recurso núm. 364/2007), FD 6.º (Roj: STS 5278/2010); y de 30 de septiembre de 2010 (recurso núm. 1392/2007), FD 6.º (Roj: STS 5279/2010). También STS –Penal– núm. 1576/1998, de 11 de diciembre (recurso núm. 3906/1997), FD 3.º (Roj: STS 7503/1998).

⁵⁸ Así, en la STC 54/2015, de 16 de marzo, se apreció la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio «por falta de un consentimiento informado» (FJ 7), al haberse producido «una quiebra esencial de la garantía de información para recabar consentimiento del interesado, que de esta forma resulta viciado, de lo que se concluye que no hay un consentimiento eficaz (la falta de información al interesado de su derecho a oponerse a la entrada con una mera autorización administrativa) para justificar la intromisión domiciliaria» (FJ 6).

⁵⁹ STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 5. También SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 8; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2, ambas con relación al derecho a la intimidad.

inspección, pues si con carácter general mal se puede consentir aquello cuya trascendencia se desconoce o se desfigura, más aún será así cuando lo que se pretende realizar es una actuación invasiva del recinto protegido por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio». ⁶⁰ Además, «debe ser otorgado para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos». ⁶¹

3.5. El momento: con carácter previo

El consentimiento sustitutivo o validante de la autorización judicial de entrada debe tener carácter «previo» a la propia entrada, esto es, ha de recaer «antes del inicio material de las actuaciones inspectoras» en el domicilio registrado. ⁶² No es válido, entonces, el consentimiento eventualmente prestado a la finalización de la entrada y registro (mediante la mera firma de la diligencia de entrada).

3.6. La persona: el titular

El consentimiento para la entrada en el domicilio debe procurarlo el titular del espacio o lugar en el que se desarrolla su vida privada o íntima, sea «español o extranjero residente en España», ⁶³ «titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical». ⁶⁴

En el caso de las personas físicas debe ser otorgado «por persona capaz; esto es mayor de edad y sin restricción alguna en su capacidad de obrar». ⁶⁵ Y en el supuesto de las personas jurídicas deben prestarlo «los legales re-

⁶⁰ STS –Contencioso-administrativo– de 15 de junio de 2015 (recurso núm. 1407/2014), FD 5.º (Roj: STS 2879/2015).

⁶¹ SSTs –Penal– núm. 1803/2002, de 4 de noviembre (recurso núm. 1803/2002), FD 2.º (Roj: STS 7291/2002); núm. 261/2006, de 14 de marzo (recurso núm. 1396/2005), FD 1.º (Roj: STS 6328/2006); y núm. 688/2013, de 30 de septiembre (recurso núm. 11277/2012), FD 2.º (Roj: STS 4761/2013). En efecto, «es claro que la autorización dada por la titular de una vivienda para permitir el acceso a la misma de la policía con una finalidad concreta no puede extenderse, ni por tanto cubrir la entrada de otros policías por otra investigación independiente de la primera, la autorización dada lo fue en el marco y con la finalidad para la que fue solicitada (...), ahí agotó toda su potencialidad legitimadora de la entrada» [STS –Penal– núm. 1066/2001, de 6 de junio (recurso núm. 3315/1999), FD 2.º (Roj: STS 4770/2001)].

⁶² STS –Contencioso-administrativo– de 15 de junio de 2015 (recurso núm. 1407/2014), FD 5.º (Roj: STS 2879/2015).

⁶³ STS –Penal– núm. 1803/2002, de 4 de noviembre (recurso núm. 1803/2002), FD 2.º (Roj: STS 7291/2002).

⁶⁴ SSTs –Penal– núm. 1803/2002, de 4 de noviembre (recurso núm. 1803/2002), FD 2.º (Roj: STS 7291/2002); núm. 261/2006, de 14 de marzo (recurso núm. 1396/2005), FD 1.º (Roj: STS 6328/2006); y núm. 688/2013, de 30 de septiembre (recurso núm. 11277/2012), FD 2.º (Roj: STS 4761/2013). Eso sí, «en caso de que varias personas tengan su domicilio en el mismo lugar no es necesario el consentimiento de todos ellos, bastando el de uno de los cotitulares, salvo los casos de intereses contrapuestos» [STS –Penal– núm. 688/2013, de 30 de septiembre (recurso núm. 11277/2012), FD 2.º (Roj: STS 4761/2013)].

⁶⁵ SSTs –Penal– núm. 1803/2002, de 4 de noviembre (recurso núm. 1803/2002), FD 2.º (Roj: STS 7291/2002); núm. 261/2006, de 14 de marzo (recurso núm. 1396/2005), FD 1.º (Roj: STS 6328/2006); y núm. 688/2013, de 30 de septiembre (recurso núm. 11277/2012), FD 2.º (Roj: STS 4761/2013).

presentantes de la misma».⁶⁶ No es válido, en consecuencia, el consentimiento prestado por otros moradores (permanentes o temporales) del domicilio:

a) Moradores permanentes: «aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares del domicilio».⁶⁷ No es válido, sin embargo, el consentimiento prestado «por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa».⁶⁸

b) Moradores temporales: la vivienda, aunque se habite de forma transitoria, constituye «un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada, (...) reducto último de su intimidad personal y familiar»;⁶⁹ es el lugar en el que se vive, se tiene un espacio vital de referencia, un ámbito en el que recogerse, salvaguardar sus objetos más personales y poder desarrollar los aspectos de la vida personal más privados.⁷⁰ Por este motivo, no es válido el consentimiento prestado por el titular del domicilio respecto del morador transitorio.⁷¹

⁶⁶ SSTs –Contencioso-administrativo– de 23 de abril de 2010 (recurso núm. 704/2004), FD 8.º (Roj: STS 2218/2010); de 30 de septiembre de 2010 (recurso núm. 369/2007), FD 6.º (Roj: STS 5268/2010); de 30 de septiembre de 2010 (recurso núm. 1694/2007), FD 6.º (Roj: STS 5277/2010); de 30 de septiembre de 2010 (recurso núm. 364/2007), FD 6.º (Roj: STS 5278/2010); de 30 de septiembre de 2010 (recurso núm. 1392/2007), FD 6.º (Roj: STS 5279/2010); de 24 de enero de 2012 (recurso núm. 2269/2010), FD 6.º (Roj: STS 354/2012); y de 25 de enero de 2012 (recurso núm. 2236/2010), FD 6.º (Roj: STS 285/2012). Así, por ejemplo, en las dos últimas resoluciones se rechazaba el consentimiento prestado a la inspección tributaria por la responsable contable y administrativa de la empresa «porque el consentimiento debe ser dado por el titular o responsable de la sociedad, no por una empleada administrativa por muy importantes funciones que desarrolle en la misma, si como es el caso aquella no ostenta la representación legal de la misma, ni ejerce labores de dirección o administración como pudieran suponerse a quien detentara cargos como el de Presidente, Director general, Gerente, Administrador, Director de Departamento, Consejero o miembro del Consejo de Administración u órgano de administración equivalente, siempre que el desempeño de cualquiera de estos cargos implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa» (FD 2.º), razón por la cual, se apreció la infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio «por haberse realizado la entrada o registro en su domicilio social sin consentimiento de su titular (esto es, prestado por parte de quien ostenta la representación legal de la mercantil, o ejerce labores de dirección o administración de la misma, con efectiva intervención en las decisiones de la empresa)» (FD 6.º).

⁶⁷ STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 7.

⁶⁸ En efecto, «en caso de que varias personas tengan su domicilio en el mismo lugar no es necesario el consentimiento de todos ellos, bastando el de uno de los cotitulares, salvo los casos de intereses contrapuestos» [STS –Penal– núm. 779/2006, de 12 de julio (recurso núm. 515/2005), FD 7.º (Roj: STS 4635/2006)]. Por este motivo, «la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido» (STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 8).

⁶⁹ STC 209/2007, de 24 de septiembre, FJ 2.

⁷⁰ STC 209/2007, de 24 de septiembre, FJ 2.

⁷¹ STC 209/2007, de 24 de septiembre, FJ 4.

3.7. La forma: oral/escrito; expreso/tácito

Para que el consentimiento del titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio sea eficaz y, por tanto, actúe como fuente de legitimación constitucional de la injerencia (art. 18.2 CE) debe prestarse «oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará documentalmente para su constancia indeleble».⁷² Eso sí, no es preciso que el consentimiento sea expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito⁷³ (así el art. 551 LECrim),⁷⁴ «de obligada interpretación restrictiva»,⁷⁵ «de la forma más favorable para el titular domiciliario»,⁷⁶ que, salvo casos excepcionales, no puede ser deducido de «la mera falta de oposición a la intromisión domiciliar».⁷⁷

No hay que olvidar que «se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependen para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio» el artículo 18.2 CE (art. 551 LECrim).

⁷² SSTS –Penal– núm. 1803/2002, de 4 de noviembre (recurso núm. 1803/2002), FD 2.º (Roj: STS 7291/2002); núm. 261/2006, de 14 de marzo (recurso núm. 1396/2005), FD 1.º (Roj: STS 6328/2006); y núm. 688/2013, de 30 de septiembre (recurso núm. 11277/2012), FD 2.º (Roj: STS 4761/2013).

⁷³ SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3; y 54/2015, de 16 de marzo, FJ 5; y también STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2, aunque respecto del derecho a la intimidad. Según la STS –Penal– núm. 688/2013, de 30 de septiembre, «el silencio puede interpretarse como consentimiento: “*Qui siluit cum loqui debuit, et notint, consentire de videtur*” (...), pues consiente el que soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente” que entre y registre» [FD 2.º, recurso núm. 11277/2012 (Roj: STS 4761/2013)]. También SSTS –Penal– núm. 1803/2002, de 4 de noviembre (recurso núm. 236/2002), FD 2.º (Roj: STS 7291/2002); núm. 261/2006, de 14 de marzo (recurso núm. 1396/2005), FD 1.º (Roj: STS 6328/2006); núm. 951/2007, de 13 de noviembre (recurso núm. 443/2007), FD 3.º (Roj: STS 8287/2007); y núm. 35/2018, de 24 de enero (recurso núm. 1345/2017), FD 1.º (Roj: 130/2018).

⁷⁴ Al disponer que «se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que lo permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependen para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el art. 18.2 de la Constitución».

⁷⁵ SSTS –Penal– núm. 183/2005, de 18 de febrero (recurso núm. 642/2004), FD 7.º (Roj: STS 999/2005); núm. 261/2006, de 14 de marzo (recurso núm. 1396/2005), FD 1.º (Roj: STS 6328/2006); núm. 951/2007, de 13 de noviembre (recurso núm. 443/2007), FD 3.º (Roj: STS 8287/2007); y núm. 35/2018, de 24 de enero (recurso núm. 1345/2017), FD 1.º (Roj: 130/2018). Por tanto, «las dudas (...) deben ser interpretadas en beneficio de los acusados, para dar mayor protección constitucional al concepto de domicilio» [STS –Penal– núm. 1803/2002, de 4 de noviembre (recurso núm. 236/2002), FD 2.º (Roj: STS 7291/2002)].

⁷⁶ SSTS –Penal– núm. 340/1997, de 7 de marzo (recurso núm. 359/1996), FD 3.º (Roj: STS 1646/1997); y núm. 261/2006, de 14 de marzo (recurso núm. 1396/2005), FD 1.º (Roj: STS 6328/2006).

⁷⁷ SSTC 209/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 54/2015, de 16 de marzo, FJ 5. Así, por ejemplo, en esta STC 54/2015, de 16 de marzo, se consideró que la falta de oposición del obligado tributario a la entrada de los funcionarios de la inspección tributaria en las dependencias de la empresa (sin advertirle de sus derechos –como el de oponerse a la entrada– como exigía el Decreto Foral 152/2001, de 11 de junio) no era suficiente «pues su Reglamento de actuación les obligaba a despejar toda duda mediante la instrucción de derechos al interesado, advirtiéndole de la posibilidad de oponerse a la entrada en el domicilio para llevar a cabo la actuación inspec-

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GONZÁLEZ, L. M. (1993): *Jurisprudencia constitucional tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales/Marcial Pons, Madrid.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J. (2008): «La inviolabilidad del domicilio de los obligados tributarios: análisis de la regulación contenida en el nuevo Reglamento de Gestión, Inspección y Aplicación de los Tributos», en *Impuestos*, núm. 11 (versión digital de la Ley).
- BOSCH CHOLBI, J. L. (2015): «La entrada y registro por la inspección de tributos en los domicilios de empresas y despachos profesionales: cuestiones problemáticas», en *X Congreso Tributario: La Justicia ¿Garantía del Estado de Derecho?*, Ediciones Foro Jurídico, Valencia.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2000): «El derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la actuación inspectora», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 17.
- GARCÍA MORENO, V. A. (2015): «Procedimiento inspector, validez del consentimiento otorgado para acceder al domicilio y derecho a no autoincriminarse (a propósito de la STC 54/2015)», en *Carta Tributaria*, núm. 2.
- NAVARRO FAURE, A. (2008): «El domicilio constitucionalmente protegido en la Ley General Tributaria», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 138.
- ROJÍ BUQUERAS, J. M. (2000): «El derecho a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de los órganos de la Inspección de los Tributos. Un estudio a propósito de la nueva Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio», en *Impuestos*, núm. 1 (versión digital de la Ley).

tora», tanto más cuanto la autorización administrativa que portaba la inspección «en modo alguno habilita la entrada en los espacios físicos que constituyen el domicilio de la persona jurídica objeto de protección constitucional» (FJ 6). Sin embargo, en la STS –Penal– núm. 352/1996, de 25 de abril [recurso núm. 2997/1994 (Roj: 2495/1996)] se admitía la mera falta de oposición como un consentimiento: «el que permitió que se entrase en su habitación y que se registrase la misma, sin poner ningún obstáculo ni manifestar oposición de clase alguna que tanto quiere decir como que prestó su consentimiento para la entrada y registro realizado» (FD 1.º). Lo importante es, a estos efectos, analizar «racionalmente, el comportamiento del propio interesado, “antes, durante y después”» [STS –Penal– núm. 340/1997, de 7 de marzo (recurso núm. 359/1996), FD 3.º (Roj: STS 1646/1997)].