

## Suplemento

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**12726** *Sala Segunda. Sentencia 188/2013, de 4 de noviembre de 2013. Recurso de amparo 3769-2012. Promovido por don Abdelilah Ghailan respecto de las resoluciones dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en procedimiento de entrada en domicilio. Supuesta vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio: resoluciones judiciales que autorizaron la entrada en el domicilio del recurrente para proceder a la ejecución de una resolución administrativa de desalojo y demolición (STC 69/1999). Voto particular.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta; don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez y don Enrique López y López, Magistrados, ha pronunciado.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3769-2012, promovido por don Abdelilah Ghailan, representado por el Procurador de los Tribunales don José Manuel Merino Bravo y asistido por el Abogado don Francisco Javier Rubio Gil, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, número de recurso 1077-2011, de fecha 8 de marzo de 2012, desestimatoria del recurso de apelación interpuesto por aquél contra el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 30 de Madrid de fecha 20 de abril de 2011, en procedimiento de entrada en domicilio núm. 19-2010, que autorizó la entrada en el domicilio del recurrente y de doña Fátima Zohra Alami Wahbi, solicitada por el Letrado del Ayuntamiento de Madrid en nombre y representación de éste, para proceder a su desalojo y demolición, acordada por resolución municipal de 23 de junio de 2005. Ha sido parte el Ayuntamiento de Madrid, bajo la dirección de la Letrada doña Beatriz Jiménez Rodríguez. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Enrique López y López, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro del Tribunal Constitucional el 20 de junio de 2012, el Procurador de los Tribunales don José Manuel Merino Bravo, en nombre y representación de don Abdelilah Ghailan, y bajo la dirección del Letrado don Francisco Javier Rubio Gil, interpuso demanda de amparo contra la resolución que se menciona en el encabezamiento de la presente Sentencia.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) El Ayuntamiento de Madrid, tras la correspondiente denuncia efectuada por miembros de la Policía Municipal de Madrid, dictó orden de demolición de 23 de junio de 2005 relativa a la construcción que constituye el domicilio de quien hoy es recurrente en amparo, situada en la cañada real Galiana núm. 40, puerta A, del distrito de Vicálvaro. En ese domicilio vivían el recurrente, su esposa y los dos hijos de ambos. La orden de

demolición se fundamenta en que se trata de una construcción ilegal en suelo no urbanizable, al establecerse sobre vía pecuaria y al no haberse ejecutado de forma voluntaria, el Ayuntamiento de Madrid dictó orden de ejecución subsidiaria el 29 de noviembre de 2006, procediendo a la demolición de la construcción el 18 de octubre de 2007, tras haber solicitado y obtenido del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Madrid, autorización judicial de entrada en domicilio.

b) El recurrente en amparo procedió a reconstruir su vivienda en idéntico emplazamiento, cuya construcción estaba finalizada el 20 de octubre de 2007, como consta en denuncia de dicha fecha de la policía municipal de Madrid, por lo que el Ayuntamiento, sin abrir nuevo expediente administrativo de demolición, requirió al recurrente de desalojo y demolición, basándose en la Orden de 23 de junio de 2005, cuyo requerimiento, no pudo ser notificado personalmente al actor, por lo que se procedió a su publicación por edictos. El 14 de abril de 2008, el Ayuntamiento de Madrid dictó acuerdo ejecución subsidiaria sobre la nueva construcción, haciéndose constar que contra el mismo no cabía recurso alguno.

c) El 26 de febrero de 2009 se solicita por la junta de gobierno del Ayuntamiento de Madrid autorización judicial de entrada en domicilio, que es desestimada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de Madrid mediante Auto de 2 de septiembre de 2009, al no coincidir la persona identificada en el acuerdo de ejecución subsidiaria y los ocupantes de la vivienda.

d) El 8 de febrero de 2010 se notificó requerimiento de desalojo al recurrente en amparo en virtud del acuerdo de ejecución subsidiaria de 14 de abril de 2008, solicitando el Ayuntamiento de Madrid con fecha 2 de noviembre de 2010 nueva autorización judicial de entrada en domicilio para la construcción que constituye domicilio del recurrente, para llevar a efecto la orden de demolición de 23 de junio de 2005 y el acuerdo de ejecución subsidiaria de 14 de abril de 2008.

e) Dicha solicitud dio lugar al procedimiento de entrada en domicilio núm. 19-2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 30 de Madrid, planteando el recurrente en amparo recurso de reposición el 21 de enero de 2011 contra la admisión a trámite por el Juzgado de dicha solicitud, alegando la falta de acuerdo de la junta de gobierno del Ayuntamiento de Madrid sobre el desalojo de la vivienda exigido por el art. 221.1 del Reglamento de organización y funcionamiento del régimen jurídico de las Entidades locales y por desconocimiento del art. 45.2 d) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) al no poderse extender el Acuerdo de ejecución subsidiaria de 26 de febrero de 2009 a solicitudes de autorización judicial de entrada en domicilio sucesivas a la desestimada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de Madrid mediante el Auto ya citado.

f) Alegó también en aquel trámite el hoy recurrente en amparo que tras el acuerdo alcanzado en el año 2009 entre la Comunidad de Madrid, Ayuntamiento de Madrid y otros Ayuntamientos y Administraciones implicadas, se aprobó la Ley 2/2011, de 15 de marzo, de la cañada real Galiana. La exposición de motivos de la misma indica que estando dicha cañada real calificada como vía pecuaria, son evidentes las transformaciones experimentadas por la misma en el tramo de aproximadamente 14,2 kilómetros, que discurre por los términos municipales de Coslada, Rivas Vaciamadrid y Madrid, en sus distritos de Vicálvaro y Vallecas, añadiendo que en la actualidad «el tránsito ganadero en el tramo que discurre por los tres mencionados municipios es nulo, encontrándose la vía pecuaria de hecho ocupada en buena parte por edificación de todo tipo y por un vial por el que circulan vehículos a motor», lo que justifica la desafectación íntegra del tramo descrito de la cañada real «por no ser adecuado al tránsito ganadero ni susceptible de los usos compatibles y complementarios que aquella permite».

g) El citado recurso de reposición fue desestimado por decreto del Secretario Judicial de fecha 30 de marzo de 2011. Continuada la tramitación del procedimiento judicial de autorización de entrada en domicilio el hoy recurrente en amparo formuló alegaciones en el mismo aduciendo la inexistencia de apariencia de legalidad de la actuación administrativa al haberse dictado nuevo acuerdo de ejecución subsidiaria sobre

la orden de demolición acordada para la primera construcción, ya demolida el 18 de octubre de 2007 y no para la levantada posteriormente. Alega asimismo que otra solicitud de entrada fue desestimada por Auto ya citado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de Madrid, añadiendo que el acuerdo de ejecución subsidiaria de 26 de febrero de 2009 había sido recurrido en la jurisdicción contencioso administrativa, estando dicho proceso pendiente y que se habían desconocido en la vía administrativa y judicial las garantías para la realización del desalojo previstas en la Declaración universal de derechos humanos, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la Convención de derechos del niño, resaltando que el desalojo y demolición de la vivienda podía afectar a la educación de los hijos menores del recurrente. Dicho escrito de alegaciones fue complementado con el presentado el 8 de abril de 2011, en el que pone de manifiesto la entrada en vigor de la ya citada Ley 2/2011, de 15 de marzo, de la cañada real, de la Comunidad de Madrid, cuya disposición adicional primera, entiende el recurrente invalidaría las demoliciones pendientes de ejecución, exigiendo, a su juicio, la coordinación entre las Administraciones públicas competentes y los afectados.

h) Mediante Auto dictado el 20 de abril de 2011 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 30 de Madrid autorizó la entrada en la construcción que constituye el domicilio del recurrente y doña Fátima Zohra Alami Wahabi, para proceder al desalojo y demolición de la citada construcción en ejecución de la resolución municipal de 23 de junio de 2005, entendiéndose que la resolución administrativa deriva de un expediente administrativo donde se han respetado todas las prescripciones legales, siendo firme la orden de demolición y la ejecución subsidiaria consecuencia de la falta de ejecución voluntaria de la orden a la que no afectan las alegaciones realizadas por el recurrente sobre la construcción ni sobre la aplicación de la Ley 2/2011, autorizando la entrada en el citado domicilio, pero demorando la misma hasta la conclusión del curso escolar de los menores que residen en el mismo.

i) Planteada la aclaración del citado Auto por el recurrente, por haberse omitido en el mismo pronunciamiento sobre la falta de acuerdo de la junta de gobierno del Ayuntamiento de Madrid sobre la nueva solicitud de entrada, pues el acuerdo preexistente se refería a la solicitud de autorización desestimada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de Madrid, así como sobre la pendencia del procedimiento ordinario núm. 36-2011 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Madrid, entendiéndose el recurrente que dichas omisiones generan una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, prevista en el art. 24.1 CE, se dicta Auto de 14 de junio de 2011 en el que se declara no existir incongruencia omisiva alguna.

j) Frente al Auto de 20 de abril de 2011 y el de aclaración de 14 de junio de 2011 se interpuso recurso de apelación, por el hoy recurrente, alegándose la existencia de incongruencia omisiva generadora de indefensión al no resolverse sobre los extremos que fueron objeto de solicitud de aclaración, la no apariencia de legalidad del acto administrativo previo al utilizarse por el Ayuntamiento una misma resolución para dar lugar a dos demoliciones, alegándose asimismo que la orden de ejecución sustitutoria de 8 de febrero de 2010 establecía que contra la misma no cabía recurso, lo que motivó que el recurrente no accionara contra la misma, lo que asimismo le ha generado indefensión, añadiendo que la cuestión relativa a la cañada real excede a los procedimientos de disciplina urbanística, existiendo además una tolerancia en la materia e insiste en la aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 2/2011, siendo a su juicio, ilegal proceder al derribo, sin un proceso de concertación entre las partes interesadas.

k) El recurso de apelación, tramitado con el núm. 1077-2011, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, fue desestimado mediante Sentencia de 8 de marzo de 2012, fundada en los siguientes argumentos: 1) La resolución de 23 de junio de 2005 da cobertura suficiente a la solicitud de desalojo y demolición, así como consta orden de desalojo, demolición y ejecución subsidiaria de fecha 14 de abril de 2008, autorizando la junta de gobierno local la solicitud de autorización de entrada judicial en fecha 26 de febrero de 2009, que no fue concedida por un error material en la persona del ocupante de la vivienda y es título

bastante para la nueva solicitud de entrada cuya autorización se apela y 2) Que la Ley de la Comunidad de Madrid 1/2011, de 15 de marzo, de la cañada real Galiana, no implica que la misma cambie el planeamiento vigente ni que transforme un suelo no urbanizable en suelo urbano consolidado y por tanto otorgue al ocupante el *ius edificandi* propio de esta categoría de suelo, añadiendo la Sentencia que se ha producido un abuso del derecho por parte del recurrente no sólo al comenzar a construir la chabola ilegal al día siguiente de que la Administración la demoliera en ejecución sustitutoria, sino además recurriendo la segunda orden de desalojo y demolición, de la que trae causa dicho recurso de apelación, por lo que la Sala acuerda deducir testimonio al Ministerio Fiscal por si los hechos fueran constitutivos de un delito de desobediencia grave a la autoridad.

3. El recurrente alega en la demanda de amparo que se ha vulnerado su derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), en base a los siguientes argumentos:

a) La actuación judicial es contraria a la ya citada Ley de la Comunidad de Madrid 2/2011 y al derecho a la inviolabilidad del domicilio ex art 18.2 CE, por cuanto dicha Ley contiene una previsión que evitaría la demolición de viviendas sin consulta al afectado y acuerdo con las Administraciones, constituyendo una alternativa legal a la realización de desalojos y demoliciones individuales por el Ayuntamiento de Madrid, siendo que dicha alternativa legal no compromete el derecho a la inviolabilidad del domicilio ni el principio de proporcionalidad al ser el único alojamiento del recurrente. Alega además que el desalojo y demolición de su vivienda supone una discriminación al excluirle de facto y sin motivación del proceso de concertación social sobre la solución del problema de los alojamientos en la Cañada Real previsto en la citada Ley autonómica.

b) La vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE se conecta con la vulneración del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) y afecta al derecho a la vivienda que contempla el art. 47 CE, alegando la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 24 de abril de 2012, *caso Yordanova y otros c. Bulgaria*, en la que el Tribunal considera que no es admisible una violación del domicilio en los casos en que habiéndose soportado durante décadas por la Administración la situación de las construcciones, es necesaria la existencia de un objetivo legítimo y necesario de la Administración que justifique la medida, así como se alega el incumplimiento de las garantías en materia de desalojos forzosos contenidas en los «Principios Básicos y Directrices sobre Desalojos y el Desplazamiento Generados por el Desarrollo» de la ONU.

c) El recurrente en amparo funda la especial trascendencia constitucional en el hecho de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el derecho constitucional invocado incorporando la jurisprudencia europea al respecto, interpretando el art. 18.2 CE con arreglo al Convenio europeo de derechos humanos y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

4. La Sala Segunda de este Tribunal, por providencia de 17 de enero de 2013, acordó admitir la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, requerir atentamente a los órganos judiciales la remisión del testimonio de las actuaciones y el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del recurrente, para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el presente procedimiento de amparo.

5. Mediante escrito presentado en este Tribunal el 27 de febrero de 2013, el Letrado del Ayuntamiento de Madrid, en nombre y representación del mismo, solicita se le tenga por personado, lo que se verifica mediante diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Segunda fechada el 7 de marzo de 2013, abriéndose un plazo común de veinte días dentro de los cuales las partes personadas y el Ministerio Fiscal pudieran formular las alegaciones que a su derecho conviniera.

6. El Letrado del Ayuntamiento de Madrid, realiza sus alegaciones mediante escrito presentado ante este Tribunal el 16 de abril de 2013, en el que manifiesta que el derecho a la inviolabilidad del domicilio no es absoluto, sino que tiene sus límites como en el caso, la necesidad de entrar en el mismo para ejecutar un acto administrativo consentido y firme de restablecimiento de la legalidad urbanística, para cuya ejecución no sólo es proporcional la entrada en el domicilio del recurrente, sino que dicha entrada, desalojo y demolición constituyen la propia ejecución del acto administrativo y que siendo las fechas de las órdenes de demolición de los años 2005 y 2008, las alegaciones relativas a la Ley 2/2011 no le son de aplicación. Añade que esa ponderación de los intereses en conflicto se ha realizado por las resoluciones judiciales al acordar diferir la efectiva demolición a la finalización del curso escolar de los menores que habitan en la vivienda. Concluye el escrito de alegaciones que la Sentencia alegada del Tribunal Europeo de Derechos humanos en el caso *Yordanova* no es aplicable al presente caso, puesto que allí las vulneraciones cometidas consistían en una discriminación étnica, no concurrente en el presente caso.

7. El Ministerio Fiscal, en escrito con fecha de registro en este Tribunal de 19 de abril de 2013, interesa que se otorgue el amparo por lesión del art. 18.2 CE, entendiendo que la Administración municipal debería haber dictado una nueva orden de demolición tras haberse reconstruido lo demolido, sin sustentarse exclusivamente en la anterior orden de demolición, omitiendo además respecto a la segunda demolición la autorización de la junta de gobierno local, concluyendo que el Ayuntamiento de Madrid no ha expuesto las razones por las que se apoya como acto de cobertura para el desalojo y demolición de la segunda construcción en la orden de 23 de junio de 2005, por la que se procedió a la demolición de la primera construcción, por lo que no se han respetado las normas procedimentales que permitirían incidir en el derecho de inviolabilidad domiciliaria, por lo que los pronunciamientos recurridos en amparo no satisfacen el canon de constitucionalidad exigido para la injerencia en el citado derecho fundamental. Por último, recuerda el Ministerio Fiscal la vinculación entre el derecho a la inviolabilidad del domicilio y la garantía del derecho a una vivienda digna y adecuada contenido en el art. 47 CE, afirmando que la Administración podría cumplir con el restablecimiento de la legalidad urbanística por otros medios que comprometan en menor medida el derecho fundamental, en la medida que la Ley 2/2011 posibilitaría otras soluciones, pues no excluye de futuro una posible legalización de las construcciones ilegales asentadas en la Cañada Real Galiana y declara en todo caso, la necesidad de una solución social concertada entre las partes implicadas.

8. Por providencia de 31 de octubre de 2013, se señaló para deliberación y fallo de la Sentencia el día 4 de noviembre del mismo año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El recurso de amparo que examinamos denuncia que las sucesivas resoluciones del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y de la Sala del Tribunal Superior de Justicia referenciadas en antecedentes y que autorizaron la entrada en el domicilio del recurrente para proceder a su desalojo y demolición, en ejecución de resolución administrativa anterior, vulneraron el contenido constitucionalmente declarado del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por ser contrarias las resoluciones judiciales a Ley de la Comunidad de Madrid 2/2011 ya citada en los antecedentes fácticos y al derecho a la inviolabilidad del domicilio *ex art 18.2 CE*, cuya norma legal constituye una alternativa legal a la realización de desalojos y demoliciones individuales por el Ayuntamiento de Madrid, siendo que dicha alternativa legal no compromete el derecho a la inviolabilidad del domicilio ni el principio de proporcionalidad al ser la vivienda cuya demolición se ha ordenado el único alojamiento del recurrente y su familia. Alega además que el desalojo y demolición de su vivienda supone una discriminación al excluirle de facto y sin motivación del proceso de concertación social sobre la solución del problema de los alojamientos en

la cañada real previsto en la citada Ley autonómica. Conecta la lesión alegada de la inviolabilidad domiciliaria con la vulneración del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) que afecta al derecho a la vivienda que contempla el art. 47 CE, alegando la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 24 de abril de 2012, caso *Yordanova y otros c. Bulgaria* e incorporando la jurisprudencia europea al respecto, interpretando el art. 18.2 CE con arreglo al Convenio europeo de derechos humanos y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. La representación procesal del Ayuntamiento de Madrid, como ha quedado expuesto más ampliamente en los antecedentes de hecho, considera que las resoluciones judiciales impugnadas son conformes a Derecho y no vulneran el principio de proporcionalidad en la ponderación de los derechos en conflicto, siendo resolución bastante para la habilitación de la solicitud de autorización judicial aquella en la que se apoya el consistorio y no siendo aplicable la Sentencia que cita el recurrente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al no existir ningún tipo de discriminación, así como tampoco resulta de aplicación la Ley autonómica alegada, posterior a la firmeza de los actos administrativos que se pretenden ejecutar.

El Ministerio Fiscal interesa que se otorgue el amparo por lesión del art. 18.2 CE, entendiéndose que la Administración municipal debería haber dictado una nueva orden de demolición tras haberse reconstruido lo demolido, sin sustentarse exclusivamente en la anterior, omitiendo además respecto a la segunda demolición la autorización de la junta de gobierno local, concluyendo que el Ayuntamiento de Madrid no ha expuesto las razones por las que se apoya como acto de cobertura para el desalojo y demolición de la segunda construcción en la orden de 23 de junio de 2005, por la que se procedió a la demolición de la primera construcción, por cuyo motivo no se han respetado las normas procedimentales que permitirían incidir en el derecho de inviolabilidad domiciliaria, por lo que los pronunciamientos recurridos en amparo no satisfacen el canon de constitucionalidad exigido para la injerencia en el citado derecho fundamental. Por último, recuerda el Ministerio Fiscal la vinculación entre el derecho a la inviolabilidad del domicilio y la garantía del derecho a una vivienda digna y adecuada contenido en el art. 47 CE, afirmando que la Administración podría cumplir con el restablecimiento de la legalidad urbanística por otros medios que comprometan en menor medida el derecho fundamental, en la medida que la Ley 2/2011 posibilitaría otras soluciones, pues no excluye de futuro una posible legalización de las construcciones ilegales asentadas en la cañada real Galiana y declara en todo caso, la necesidad de una solución social concertada entre las partes implicadas.

2. Como ya dijimos en la STC 69/1999, de 26 de abril, «el domicilio constitucionalmente protegido, en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad, como hemos declarado desde la STC 22/1984, fundamento jurídico 5 (asimismo, SSTC 160/1991 y 50/1995, entre otras); pues lo que se protege no es sólo un espacio físico sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada (STC 22/1984 y ATC 171/1989)». En relación con los actos de la Administración cuya ejecución precisa de la entrada en un domicilio, que es el supuesto que ahora interesa, este Tribunal ha señalado, STC 139/2004, de 13 de septiembre, FJ 2:

«[Q]ue al Juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse. Conviene advertir que esta doctrina, aunque se ha establecido en relación con el Juez de Instrucción, que era quien antes de la reforma efectuada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA), otorgaba este tipo de autorizaciones, resulta igualmente aplicable a los Jueces de lo contencioso-administrativo, que son los ahora competentes para emitir aquéllas en los casos en los que ello sea necesario para la ejecución de los actos de la Administración pública (art. 8.5 LJCA) —actual 8.6 LJCA— pues, en este concreto procedimiento, las atribuciones de estos Jueces se limitan únicamente a garantizar

que las entradas domiciliarias se efectúen tras realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto. Como ha señalado este Tribunal (SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3), en estos supuestos la intervención judicial no tiene como finalidad reparar una supuesta lesión de un derecho o interés legítimo, como ocurre en otros, sino que constituye una garantía y, como tal, está destinada a prevenir la vulneración del derecho. De ahí que, para que pueda cumplir esta finalidad preventiva que le corresponde, sea preciso que la resolución judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debidamente motivada, pues sólo de este modo es posible comprobar, por una parte, si el órgano judicial ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los derechos o intereses en conflicto y, por otra, que, en su caso, autoriza la entrada del modo menos restrictivo posible del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Por este motivo, el otorgamiento de esta clase de autorizaciones no puede efectuarse sin llevar a cabo ningún tipo de control, pues si así se hiciera no cumplirían la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio que constitucionalmente les corresponde. Por esta razón este Tribunal ha sostenido que, en estos supuestos, el Juez debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto [SSTC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3 a); 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 171/1997, de 14 de octubre, FJ 3; 69/1999, de 26 de abril; y 136/2000, de 29 de mayo, FFJJ 3 y 4]. Junto a estas exigencias, este Tribunal ha señalado también que han de precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7). Tales cautelas tienen como finalidad asegurar que no se restringe de modo innecesario el derecho a la inviolabilidad del domicilio, evitando un sacrificio desproporcionado de este derecho (SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7; 69/1999, de 26 de abril, FJ 4). Por ello las exigencias en cada supuesto dependerán de las circunstancias que concurran, pues, como se señala en la STC 69/1999, de 29 de abril, FJ 4, los requisitos de detalle formulados a propósito de casos concretos pueden no resultar precisos en otros supuestos en los que las circunstancias sean diferentes.

En definitiva, ha de concluirse que, desde la perspectiva constitucional, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada y, consecuentemente, cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, si a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible.»

Como decimos, el órgano jurisdiccional debe velar por la proporcionalidad de la medida interesada, de modo tal que la entrada en el domicilio sea absolutamente indispensable para la ejecución del acto administrativo. Pues será justamente en este juicio de proporcionalidad —al que expresamente remiten nuestras Sentencias 50/1995 y 69/1999, como canon de enjuiciamiento de la licitud de la autorización judicial de entrada en el domicilio—, en el de haberse respetado, no se producirá la vulneración del derecho fundamental. Como se ha indicado en los antecedentes de esta Sentencia, nos encontramos ante un caso en el que la Administración intenta ejecutar forzosamente el contenido de una resolución que ha dictado previamente y que el afectado se ha negado a cumplir voluntariamente.

3. El antedicho control judicial de la apariencia *prima facie* de la legalidad extrínseca de la actuación administrativa para acordar la autorización de entrada domiciliaria es realizado por la Sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmando el Auto del Juzgado correspondiente de lo Contencioso-Administrativo, resolviendo, en contra de lo alegado por el recurrente en amparo, que la orden de demolición originaria, en virtud de la cual en ejecución sustitutoria, se procedió a la demolición de la construcción del recurrente, quien la reconstruyó al día siguiente en el mismo emplazamiento, no precisaba un nuevo pronunciamiento administrativo sobre el fondo del asunto del restablecimiento de la legalidad urbanística ni un nuevo acuerdo de la junta de gobierno municipal para solicitar nueva autorización de entrada pues el inicial acuerdo de la junta de gobierno municipal ya evidenciaba la voluntad de la Administración de ejecutar la resolución administrativa a cuyo fin acordaba solicitar la autorización judicial, así como la orden de demolición de 2005 constituye acuerdo de cobertura suficiente junto con la nueva orden de ejecución subsidiaria de 2008 para impetrar el auxilio judicial para la entrada en el domicilio a efectos de ejecutar la resolución administrativa. El derecho a la inviolabilidad domiciliaria no se ve vulnerado por los acuerdos administrativos anteriores pues la propia actuación del recurrente al reconstruir inmediatamente lo demolido por la primera orden administrativa municipal, provoca la inexistencia de solución de continuidad del procedimiento administrativo, no siendo legítimo impetrar el amparo constitucional por unos alegados e inexistentes defectos formales provocados por el propio recurrente, mediante una causa torpe, al reconstruir al día siguiente de la demolición lo que desde el inicio vulneraba la disciplina urbanística, siendo esta cuestión un acto firme y consentido por el recurrente, que no puede por la vía del recurso contencioso administrativo ni de este recurso de amparo reabrir el debate jurisdiccional de lo que debió en su caso ser alegado y discutido en un recurso contencioso administrativo contra el expediente de disciplina urbanística y no contra la pura ejecución del mismo, en la solicitud de autorización judicial, no habiéndose acreditado por el recurrente la pendencia de recurso contencioso administrativo alguno contra la orden de demolición de la construcción.

4. Respecto a la alegación del recurrente en amparo consistente en haberse vulnerado su derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) por ser contrarias la resoluciones judiciales a Ley de la Comunidad de Madrid 2/2011, de 15 de marzo, de la cañada real Galiana ya citada en los antecedentes fácticos, cuya norma legal constituye una alternativa legal a la realización de desalojos y demoliciones individuales por el Ayuntamiento de Madrid, siendo que dicha alternativa legal no compromete el derecho a la inviolabilidad del domicilio ni el principio de proporcionalidad al ser la vivienda cuya demolición se ha ordenado el único alojamiento del recurrente y su familia, es preciso recordar junto a la Sentencia de apelación ahora recurrida que la disposición transitoria segunda de la citada Ley establece que «atendiendo a la singular situación de ocupación ilegal de gran parte de los terrenos a los que se refiere esta Ley, en tanto no se elabore el censo de fincas y ocupantes a que se refiere la disposición transitoria primera y los Ayuntamientos no hayan procedido a la nueva clasificación del suelo resultante de la desafectación de la vía pecuaria en el ejercicio de sus competencias urbanísticas, no se entenderá producida la usurpación a los efectos del cómputo del plazo de prescripción de las infracciones administrativas derivadas de la ocupación ilegal y del ejercicio de la potestad de recuperación posesoria». El recurrente entiende que el proceso de concertación por acuerdo entre las partes implicadas que dicha Ley prevé para la futura resolución de la situación de las viviendas ilegales construidas en la citada cañada real, en su disposición adicional primera, que establece que «atendiendo a la diversidad de circunstancias que se dan en los terrenos desafectados, de acuerdo con lo que establece el artículo 3.3 de esta Ley, las Administraciones con competencia en la materia acordarán los mecanismos e instrumentos de colaboración y cooperación que sean necesarios para llevar a cabo un acuerdo marco para resolver todas las cuestiones derivadas de la ocupación, desafectación y destino de los terrenos de la cañada real Galiana objeto de la presente Ley, dando en todo el proceso participación a los afectados

debidamente representados por asociaciones acreditadas» supondría una aplicación más proporcional de la legalidad urbanística que no perjudicaría la inviolabilidad domiciliaria. Sin embargo, es preciso destacar, por una parte, que dicha Ley es posterior a las resoluciones administrativas firmes para cuya ejecución se impetraba la autorización judicial de entrada en domicilio, por lo que dicha solicitud de autorización de entrada en domicilio no vulneraba la aplicación de la referida norma legal, ni por tanto, las resoluciones judiciales que la autorizaron y ratificaron su autorización. Y, por otra parte, que el principio de proporcionalidad que debe ser respetado en la autorización judicial de entrada en domicilio, según constante doctrina de este Tribunal, y ha de efectuarse «teniendo en cuenta los elementos y datos disponibles en el momento en que se adopta la medida restrictiva del derecho fundamental (SSTC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8; y 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2), debiendo comprobarse, desde la perspectiva de análisis propia de este Tribunal, si en la resolución judicial de autorización aparecen los elementos necesarios para entender que se ha realizado la ponderación de la proporcionalidad de la medida (por todas, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; y 169/2001, de 16 de julio, FJ 9)» (STC 239/2006, de 17 de julio, FJ 6). Y en este caso la ponderación de la necesidad de incidir en el derecho fundamental previsto en el art. 18.2 CE, para la ejecución de la resolución administrativa no sólo es proporcionada sino la única posibilidad de su ejecución pues contiene el mandato de su desalojo y demolición y no como pretende el recurrente que la ponderación de proporcionalidad lo sea sobre otra posible solución administrativa eventual y futura que no constituye derecho alguno frente a la ilegalidad de la construcción, cuya cuestión fue firme y consentida en la vía administrativa, esto es, no cabe plantearse en esta sede de amparo constitucional por no afectar al contenido del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria tal y como ha sido configurado por las Sentencias de este Tribunal antes citadas. A mayor abundamiento, las resoluciones judiciales recurridas en amparo garantizan la proporcionalidad de la entrada en domicilio para la demolición respecto a los derechos educativos de los menores, demorando su ejecución hasta la finalización del curso escolar de éstos.

5. Por otra parte, la invocación realizada por el recurrente en amparo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de abril de 2012, caso *Yordanova y otros c. Bulgaria*, no puede resultar de aplicación al caso que ahora contemplamos pues en aquella se entiende que existe una discriminación étnica, cuya proscripción constituye la motivación de la Sentencia, circunstancia que no acontece en el presente caso, en el que sólo se alude tangencialmente a una posible discriminación con otros moradores de construcciones a quienes en el futuro y eventualmente se puedan otorgar soluciones distintas, cuando se produzca la modificación municipal del planeamiento, término de comparación eventual, futuro e incierto que no puede sustentar la alegación de trato discriminatorio.

Otro tanto acontece con la invocación del art. 8 CEDH que establece que «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. La autoridad pública solamente podrá injerirse en el ejercicio de este derecho en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y sea una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de los delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás», que en modo alguno pueden entenderse infringidos por el acto administrativo dictado para la protección de la legalidad urbanística y la ejecución del mismo una vez adquirida firmeza, que requiere inexorablemente la entrada en el domicilio objeto de dicha resolución, para proceder a la demolición en ella acordada y cuya inviolabilidad es el derecho fundamental sobre el que se solicita amparo constitucional, puesto que el respeto al domicilio que proclama el alegado art. 8 CEDH tiene como límite, entre otros supuestos, que la entrada en el mismo sea precisa para la ejecución de un acto administrativo firme y consentido en una ponderación de adecuada proporcionalidad de la inmisión, como ya ha sido analizado. Y por lo que se refiere al derecho del art. 47 CE (que no es de los

comprendidos en el art. 53.2 CE), no se observa en el caso la incidencia de tal derecho en la inviolabilidad domiciliaria, cuando sólo se debate la necesidad y proporcionalidad de la entrada en el domicilio del recurrente, pues la demolición de la vivienda fue ya acordada con carácter de firmeza por la Administración municipal.

6. Por todo lo expuesto, debe afirmarse que las resoluciones judiciales combatidas en este recurso de amparo constitucional no han producido las alegadas vulneraciones del derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), ni se ha producido la vulneración vinculada a aquél del principio de igualdad no suponiendo una aplicación discriminatoria de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en interpretación del art. 8 CEDH, ni del art. 47 CE.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el amparo solicitado por don Abdelilah Ghailan.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil trece.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Enrique López y López.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formulan los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 3769-2012*

1. Como tuvimos oportunidad de manifestar a lo largo de las deliberaciones del presente proceso constitucional, disentimos de la decisión mayoritariamente adoptada. Dentro del máximo respeto hacia el parecer de nuestros compañeros de Sala, entendemos, por las razones que de inmediato se expondrán, que el fallo debió declarar la vulneración del art. 18.2 CE. Pero antes de entrar en los concretos argumentos de fondo de la discrepancia, interesa efectuar algunas observaciones de carácter más general cuya finalidad no es otra que la de identificar el marco de nuestros intensos y extensos desencuentros con la *ratio decidendi* de la presente Sentencia.

La Sentencia de la que nos apartamos manifiesta y traduce una concepción inerte o, al menos, inane e inconsistente de los derechos fundamentales. Y lo hace, adicionalmente, en un ámbito donde resulta de todo punto imprescindible su proyección con plena intensidad, sin sustraer un ápice a la sustancial función atribuida a la tutela del ejercicio de esos derechos en un Estado que, como sucede con el nuestro, se reconoce en el mismo pórtico de su Carta Magna como un «Estado Social y Democrático de Derecho» (art. 1.1 CE). La decisión adoptada se articula, además y a nuestro juicio, sin el debido rigor en la aplicación del canon de constitucionalidad y en la inferencia del contenido esencial del art. 18.2 CE, que ha de ser integrado mediante el recurso sistemático a criterios hermenéuticos deducibles tanto de los principios rectores del capítulo III del título I CE, en particular de los contemplados en los arts. 39 y 47 de la norma constitucional, como de las aportaciones doctrinales de instancias jurisdiccionales autorizadas para la interpretación auténtica de los convenios internacionales ratificados por España, en especial las ofrecidas en esta materia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de las que la resolución dictada se separa con argumentos que, al incurrir en un formalismo enervante, terminan vaciando de todo contenido sustantivo a los derechos involucrados en esas aportaciones.

Nuestra discrepancia alcanza a los diferentes elementos que sustenta esta Sentencia. Ni compartimos la valoración selectiva y descontextualizada que se efectúa de los hechos

probados, ni la doctrina que se sienta sobre los derechos fundamentales y principios rectores concernidos. Y tampoco podemos hacer nuestra y coincidir con la idea que emana de su texto sobre el modelo constitucional de tutela, que con resoluciones como la presente se enfrenta a una incomprensible regresión en su protección clásica.

Es éste un retroceso que, además de apartarse de manera infundada e irrazonable desde una perspectiva jurídico-constitucional de los criterios consolidados en nuestra propia doctrina, es acreedor al calificativo de socialmente preocupante. Y lo es por cuanto se explícita en unos terrenos en los que la confirmación de la protección de los derechos fundamentales es más perentoria en razón de que afecta al patrimonio constitucional de ciudadanos especialmente vulnerables, ubicados en una situación de precariedad jurídica y económica; esto es, de marginación y exclusión sociales. En pocos recursos de amparo resueltos por nuestro Tribunal, como acontece en este, puede apreciarse con tanta nitidez el giro que se está produciendo en nuestra jurisprudencia en materia de derechos fundamentales y que ya comienza a ser expresivo de un inquietante repliegue hacia zonas de menor intensidad protectora.

2. El recurrente en amparo, bajo la invocación del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), aduce ante este Tribunal que las resoluciones judiciales que autorizaron la entrada en su hogar, para proceder al derribo del mismo, no ponderaron adecuadamente los intereses en conflicto; que faltaron a la obligación de proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales y obviaron la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH). Del presente recurso de amparo emerge, así pues, un doble plano de análisis.

De una parte, la integración en la interpretación que este Tribunal realiza del derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE, invocado por el recurrente, de la jurisprudencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado recientemente en supuestos de conflicto entre el derecho del art. 8 CEDH y las potestades administrativas de restablecimiento de la legalidad urbanística mediante el recurso a desalojos colectivos, o a desalojos que, a pesar de ser tramitados de forma individual, afectan a barrios o asentamientos enteros. Las SSTEDH de 24 de abril de 2012, en el caso *Yordanova y otros c. Bulgaria*, y de 17 de octubre de 2013, caso *Winterstein y otros c. Francia*, presentan marcadas similitudes con el asunto que resuelve este Tribunal, definiendo una serie de criterios que la Sentencia aprobada por la mayoría de la Sala Segunda pasa abiertamente por alto, a pesar de haber sido objeto del debate y resultar acusada su conexión con lo sustanciado en este proceso constitucional.

De otra parte, el recurso de amparo contextualiza ese conflicto entre el derecho a la inviolabilidad del domicilio y la recuperación de la legalidad urbanística, en zonas de asentamientos humanos consolidados e irregulares, con el derecho a gozar de una vivienda digna; previsión que, en nuestra Constitución, se recoge entre los principios rectores de la política social y económica, concretamente en el art. 47 CE. Este segundo plano del análisis recibe una respuesta apodíctica en el texto aprobado, omitiéndose el vigor que los principios rectores poseen en el juicio de constitucionalidad y su potencial interactivo con los derechos fundamentales sustantivos con los que convergen, según viene razonado de modo ininterrumpido nuestra jurisprudencia desde antiguo.

A ambos planos del análisis se aproxima la Sentencia de la mayoría, por lo tanto, con marcada escasez argumentativa; sin vocación de delimitación integradora del derecho fundamental invocado (art. 18.2 CE) con los principios rectores vinculados al mismo en esta tipología de casos, y sin una atención mínimamente cumplida de aquella jurisprudencia sobre el Convenio de Roma, pese a lo que dispone el art. 10.2 CE y aunque las determinaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituyen una de las causas de objetivación del amparo en función de su especial trascendencia constitucional (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2).

Como previsible consecuencia de lo expuesto, el pronunciamiento muestra una llamativa severidad en la elucidación de las coberturas propias del art. 18.2 CE, ajena a una tutela del ciudadano recurrente verdaderamente efectiva. Lo acredita el parco juicio

de proporcionalidad que se enuncia en el texto aprobado, y también la opción que subyace en el mismo en orden a aislar el caso de su contexto, eludiendo que en la base de los desalojos en la cañada real se ponen en juego algo más que una o varias demoliciones singulares, y algo más que la legalidad de un acto de la Administración cuya ejecución precisa de la entrada en un domicilio. Se debate, antes al contrario, la necesidad de evitar que personas, familias y, más aún, una comunidad entera, deban salir de sus hogares mientras no obtengan medios apropiados y alternativos de protección, así como, adicionalmente, el imperativo constitucional de que esa práctica se lleve a cabo, en su caso, con las necesarias garantías de respeto a los derechos fundamentales implicados, atendiendo a las garantías de procedimiento pero también a las consecuencias materiales de tal intervención, pues al margen de ellas es manifiestamente torpe el propósito de la Administración de restaurar la legalidad urbanística, por legítimo que sea en una aproximación abstracta o teórica o, incluso, normativa.

Apreciamos por ello una Sentencia incommunicada de la realidad social sobre la que se proyecta; incoercible ante el hecho de que la Administración, en este caso la municipal, incoe procedimientos individuales de desalojo y derribo que afectan a un asentamiento irregular en el que viven miles de ciudadanos, titulares de derechos fundamentales no en menor medida que aquellos otros cuyos domicilios no presentan objeción de legalidad alguna, y caracterizados además, siquiera globalmente, por un alto riesgo de exclusión social.

3. En la valoración que cumple realizar al Tribunal Constitucional sobre la resolución judicial que autoriza la entrada en un domicilio particular para proceder a su desalojo y demolición, no podemos olvidar que el art. 10.2 CE exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en el título I CE de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, interpretación que de ninguna manera puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos tratados y acuerdos internacionales (por todas, en fechas muy recientes, STC 61/2013, de 14 de marzo, FJ 5).

Por consiguiente, a la hora de determinar si una autorización judicial de entrada en domicilio está debidamente motivada, en atención al principio de proporcionalidad, debemos indefectiblemente detenernos en lo preceptuado en el art. 8 CEDH, y en la interpretación que del mismo formula la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Es sabido que los problemas de articulación entre regímenes de garantía son característicos de nuestro sistema de derechos fundamentales, correspondiendo a este Tribunal Constitucional la función de precisar el concreto contenido de los derechos y libertades asegurados por el poder público español a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas, dotadas las primeras de instancias propias de protección y, por tanto, de definición autorizada de su contenido y alcance. Los concretos problemas de instrumentación que pudieran suscitarse no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto. Así, aquellos casos en los que tradicionalmente se viene planteando la integración del Convenio de Roma obligan a que, según ha señalado nuestra jurisprudencia, su solución deba perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas para la interpretación auténtica del convenio internacional, en tanto que contiene enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española.

Esto así, por obra de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, y adaptando lo que estableció este Tribunal al referirse a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, creemos que debería haberse declarado también ahora, en este escenario en el que toma protagonismo la jurisprudencia del

Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el Convenio europeo de derechos humanos, que el Convenio y su interpretación se erigen, tras su integración en el Ordenamiento español, no solo en una pauta para la delimitación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (art. 10.2 CE), sino, de manera añadida y taxativamente, en un canon de garantías mínimas y, por tanto, insoslayables en la determinación de la cobertura de esos derechos. Y todo ello, sin perjuicio de que esas garantías puedan y deban activar el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad asegurada en cada caso por nuestro Derecho interno y cuyo resultado, entonces, podría incrementar la tutela inicial.

En efecto, como afirmamos en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6, «[e]l valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las “explicaciones” que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9.2 determina en términos imperativos que “la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”». Y, a continuación, añade: «Por lo demás no puede dejar de subrayarse que el artículo II-113 del Tratado establece que ninguna de las disposiciones de la Carta “podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros”».

En consecuencia, como se ha dicho, tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como denominador común, como la referida Carta, vienen a garantizarnos unos contenidos mínimos en relación con los derechos fundamentales, a partir de los cuales se determinará en el orden interno el contenido asegurado por el Derecho propio, sin que, en ningún caso, pueda ser objeto de rebaja ese contenido mínimo garantizado por las normas del Convenio europeo de derechos humanos, según la interpretación que de las mismas realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por las de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

4. Rebajar aquellas garantías mínimas definidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los derechos coincidentes con los consagrados en nuestro texto constitucional es, precisamente, lo que de modo rotundo, en relación con el art. 18.2 CE, ocurre en la Sentencia de la que discrepamos. En efecto, el pronunciamiento afirma (FJ 5):

«Por otra parte, la invocación realizada por el recurrente en amparo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de abril de 2012, caso *Yordanova y otros c. Bulgaria*, no puede resultar de aplicación al caso que ahora contemplamos pues en aquélla se entiende que existe una discriminación étnica, cuya proscripción constituye la motivación de la Sentencia, circunstancia que no acontece en el presente caso...

Otro tanto acontece con la invocación del art. 8 CEDH... que en modo alguno pueden entenderse infringidos por el acto administrativo dictado para la protección de la legalidad urbanística y la ejecución del mismo una vez adquirida firmeza, que requiere inexorablemente la entrada en el domicilio objeto de dicha resolución, para proceder a la demolición en ella acordada y cuya inviolabilidad es el derecho fundamental sobre el que se solicita amparo constitucional, puesto que el respeto al domicilio que proclama el alegado art. 8 CEDH tiene como límite, entre otros

supuestos, que la entrada en el mismo sea precisa para la ejecución de un acto administrativo firme y consentido en una ponderación de adecuada proporcionalidad de la inmisión, como ya ha sido analizado.»

No podemos compartir este modo de razonar, señaladamente porque la STEDH *Yordanova y otros c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2012, resuelve, antes bien, un asunto fundamentalmente coincidente con el que nos ocupa en cuanto al problema jurídico-constitucional afrontado, sin que el factor de «discriminación étnica» excluya su proyección a casos como el actual, al no quedar condicionada a la concurrencia de aquella discriminación la doctrina sentada sobre el art. 8 CEDH. La confirmación definitiva de lo que afirmamos se obtiene de la STEDH de 17 de octubre de 2013, caso *Winterstein y otros c. Francia*, que aplica la Sentencia *Yordanova* ratificando, sin sombra alguna de incertidumbre, en el citado art. 8 CEDH.

La Sentencia constitucional de la que nos apartamos desatiende abierta y sin matización alguna las declaraciones que encierran los pronunciamientos que se vienen de mencionar, en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, valorando la necesidad y proporcionalidad de las medidas de desalojo, sienta una serie de criterios que es dable recoger sintéticamente del modo siguiente: a) que aun teniendo en cuenta que nos situamos en el ámbito de aplicación de políticas sociales y económicas, al estar implicado en estos supuestos el derecho a la vivienda junto con el derecho a la no injerencia en el domicilio, el amplio margen de apreciación nacional aparece modulado por el art. 8 CEDH, ya que éste es decisivo para el disfrute efectivo de derechos íntimos; derechos de una importancia crucial para la identidad de la persona, su autodeterminación, su integridad psíquica y moral, el mantenimiento de sus relaciones sociales y su estabilidad y seguridad en la sociedad; b) que adquiere una gran importancia el análisis del respeto a las salvaguardias de procedimiento disponibles para el individuo, de suerte que deberá examinarse si el proceso de toma de decisiones de las medidas restrictivas de derechos fue equilibrado y suficiente para satisfacer los intereses protegidos por el art. 8 CEDH; c) que, considerando que la pérdida del hogar es una forma extrema de intervención en el derecho recogido en el art. 8 CEDH, cualquier persona en riesgo de sufrirla debe tener la garantía de que la medida será proporcionada y razonable, y de que esa proporcionalidad y razonabilidad las valorará un tribunal independiente; d) que éste último elemento integra el derecho a que, cuando el demandante haya esgrimido argumentos sobre la proporcionalidad de la intervención en los procesos judiciales internos, los tribunales nacionales procedan a examinarlos en detalle y aportarán razones adecuadas para la estimación o desestimación de tales argumentos; e) que si bien la injerencia del Estado en el derecho a la inviolabilidad del domicilio *ex art. 8 CEDH* puede tener una base legal en Derecho interno, es preciso justificar *ad casum* que es precisa la medida en una sociedad democrática para alcanzar un fin legítimo, por existir una necesidad social imperiosa; f) que en el juicio que corresponde realizar sobre ese particular, resulta obligado valorar diversos factores, entre otros que la recuperación se refiera, en su caso, a terrenos cuya ocupación ha sido tolerada desde tiempo atrás; que existan o no otros medios para resolver el problema; que concurra urgencia, que se atiendan suficientemente las necesidades de las familias afectadas y las consecuencias de su expulsión, señaladamente cuando se trata de situaciones de gran precariedad, y g) finalmente, que los supuestos en los que está en juego una comunidad entera y un asentamiento de larga duración deben ser tratados de forma absolutamente diferente de los asuntos referidos a la expulsión de un individuo de una propiedad que ocupe ilegalmente.

Las anteriores consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han sido expuestas sintéticamente, debían haber sido objeto de reflexión, razonamiento y aplicación en la Sentencia constitucional, que ha preferido abstenerse de ello escudándose en el factor étnico, al que de manera errada atribuye un efecto de la activación de la doctrina de referencia, descartándola en el caso enjuiciado. La Sentencia que resuelve el presente proceso constitucional lo interpreta en esos términos, a pesar de que resulta de toda evidencia que ese factor de la discriminación étnica, como otros

similares que se dan en la STEDH de 17 de octubre de 2013, aunque confluyan ciertamente en los casos examinados y sean considerados por las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo, ni condicionan ni se precisan para la efectividad de la tutela definida. La lectura de esos pronunciamientos lo muestra con tal transparencia que no podemos sino remitirnos a ellos, sin dialogar en divergencia con la Sentencia de la que discrepamos, pues es ésta la que choca frontalmente con las pautas de protección allí sentadas y con el encuadramiento que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realiza de esa doctrina.

5. El resultado de la debida atención y aplicación de esos parámetros de cobertura hubiera sido, a nuestro parecer, la estimación del presente recurso de amparo. La Sentencia de la mayoría, por el contrario, opta por la desestimación.

A tal fin, declara, manejando un canon que califica de proporcionalidad, que «nos encontramos ante un caso en el que la Administración intenta ejecutar forzosamente el contenido de una resolución que ha dictado previamente y que el afectado se ha negado a cumplir voluntariamente»; que «el derecho a la inviolabilidad domiciliaria no se ve vulnerado por los acuerdos administrativos anteriores pues la propia actuación del recurrente al reconstruir inmediatamente lo demolido por la primera orden administrativa municipal, provoca la inexistencia de solución de continuidad del procedimiento administrativo, no siendo legítimo impetrar el amparo constitucional por unos alegados e inexistentes defectos formales provocados por el propio recurrente, mediante una causa torpe, al reconstruir al día siguiente de la demolición lo que desde el inicio vulneraba la disciplina urbanística, siendo esta cuestión un acto firme y consentido por el recurrente, que no puede por la vía del recurso contencioso administrativo ni de este recurso de amparo reabrir el debate jurisdiccional de lo que debió en su caso ser alegado y discutido en un recurso contencioso administrativo contra el expediente de disciplina urbanística y no contra la pura ejecución del mismo, en la solicitud de autorización judicial, no habiéndose acreditado por el recurrente la pendencia de recurso contencioso administrativo alguno contra la orden de demolición de la construcción». Y para proseguir en esta línea argumentadora, más allá de la somera referencia que hace a los derechos educativos de los menores, alega que la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2011, de 15 de marzo, de la cañada real Galiana (que el recurrente invocaba como alternativa legal a la realización de desalojos y demoliciones individuales por el Ayuntamiento de Madrid), «es posterior a las resoluciones administrativas firmes para cuya ejecución se impetraba la autorización judicial de entrada en domicilio, por lo que dicha solicitud de autorización de entrada en domicilio no vulneraba la aplicación de la referida norma legal, ni por tanto, las resoluciones judiciales que la autorizaron y ratificaron su autorización». De todo lo cual concluirá razonando que, «en este caso, la ponderación de la necesidad de incidir en el derecho fundamental previsto en el artículo 18.2 CE, para la ejecución de la resolución administrativa no sólo es proporcionada sino la única posibilidad de su ejecución pues contiene el mandato de su desalojo y demolición y no como pretende el recurrente que la ponderación de proporcionalidad lo sea sobre otra posible solución administrativa eventual y futura que no constituye derecho alguno frente a la ilegalidad de la construcción, cuya cuestión fue firme y consentida en la vía administrativa».

Ese tipo de argumentos, que dan prioridad a la legalidad administrativa frente al derecho fundamental, entran en manifiesta e insalvable colisión con las determinaciones de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo pronto, por no tener en cuenta que el procedimiento seguido no es ni ejemplar ni notable desde el punto de vista de sus garantías, como requería una incidencia tan grave en el derecho fundamental, más cuando existían alternativas de tramitación mucho más seguras para los derechos en juego. De seguido, por dejar fuera del debate que el conflicto planteado es decisivo para el disfrute efectivo de derechos íntimos y que la pérdida del hogar es una forma extrema de injerencia. En tercer lugar, por no identificar cuál es la necesidad social imperiosa que justificaría la intervención, ni razonar la urgencia de la misma. En cuarto lugar, por no considerar tampoco, adicionalmente, la confianza generada en años por la tolerancia de la Administración al asentamiento, ni valorar siquiera de manera superficial

la posible existencia de otros medios menos invasivos del derecho. A continuación y en quinto lugar, por guardar un doloroso silencio sobre las necesidades de las familias afectadas y las consecuencias de su expulsión. Y finalmente y no es lo de menos, por abordar el recurso de amparo sometido a nuestra decisión a través de un método que posterga de manera ostentosa que en este litigio está en juego una comunidad entera y un asentamiento de larga duración, no una actuación singular irregular, circunstancia que ha llevado a la propia Comunidad de Madrid a buscar soluciones en una ley autonómica.

6. En aplicación de un juicio sustantivo de proporcionalidad, las anteriores observaciones nos obligan a valorar negativamente la Sentencia aprobada, tanto por el trato dispensado al examen de las garantías del procedimiento administrativo, como por el inane juicio de fondo que efectúa.

Con relación a lo primero, se advierte que la Administración municipal podría haber sido más escrupulosa, como con acierto recuerda el Ministerio Fiscal, en el respeto a las garantías del procedimiento administrativo, como era menester al estar comprometidos derechos tan sensibles. Así, por ejemplo, podría haber emitido una nueva orden de demolición aplicable a la segunda vivienda construida por el recurrente, en lugar de acudir a la de 23 de junio de 2005 sin exponer las razones por las cuales no era necesaria una nueva orden de demolición; podría haber dictado un nuevo acuerdo de ejecución subsidiaria previo a la solicitud de intervención judicial, en lugar de invocar reiterativamente al de 14 de abril de 2008, desestimado en primer término por el Juez competente; y podría haber indicado, sin inducir a errores, que el acuerdo de ejecución subsidiaria 14 de abril de 2008 era susceptible de recurso.

Desde el punto de vista de fondo es aún más patente que la motivación de la autorización judicial de entrada no respeta las pautas de proporcionalidad exigibles. Fundamentalmente, porque las resoluciones judiciales a examen, incluida la de este Tribunal de la que ahora se discrepa, más allá de las declaraciones solemnes formuladas, carentes, sin embargo, de plasmación sustantiva en la solución del asunto, se han aproximado al caso desde la irregularidad de la edificación, para desembocar luego, a partir de ella, en un análisis externo de legalidad del procedimiento de entrada llevado a efecto, soslayando en cambio los perfiles sustantivos a los que venimos aludiendo. Una prueba de ello, que se suma a las que acabamos de enunciar en el último párrafo del número anterior, reside en la resistencia a ponderar la relevancia de la Ley 2/2011, cuya entrada en vigor, a nuestro juicio, debería haber supuesto automáticamente, aun en ausencia de previsión expresa, la paralización de todo procedimiento de desalojo y derribo en marcha, y por tanto la denegación de toda autorización de entrada vinculada a tales procedimientos. No es casual que esa ley contemple un mecanismo alternativo al desalojo con el designio de lograr una solución integral al asentamiento irregular de la cañada real. Las dos resoluciones judiciales impugnadas fueron dictadas tras la entrada en vigor de la citada ley, sin que ese hecho hubiera sido en absoluto ponderado, ni en el proceso judicial ni en el constitucional, para analizar la proporcionalidad de la medida.

Pese a tanto silencio sobre el particular, como decimos, la citada Ley 2/2011 prevé para la futura resolución de la situación de las viviendas ilegales construidas en la cañada real, en su disposición adicional primera, que «atendiendo a la diversidad de circunstancias que se dan en los terrenos desafectados, de acuerdo con lo que establece el artículo 3.3 de esta Ley, las Administraciones con competencia en la materia acordarán los mecanismos e instrumentos de colaboración y cooperación que sean necesarios para llevar a cabo un acuerdo marco para resolver todas las cuestiones derivadas de la ocupación, desafectación y destino de los terrenos de la Cañada Real Galiana objeto de la presente Ley, dando en todo el proceso participación a los afectados debidamente representados por asociaciones acreditadas». A la vista de ello, no termina de comprenderse cómo podría efectuarse un verdadero juicio de proporcionalidad, no necesariamente ajeno al de coherencia con la propia producción normativa, ni tampoco necesariamente extraño a la regulación legal sobrevenida, sin tomar en consideración que la actuación administrativa en el caso de autos contradice esa fórmula legalmente

prevista y menos invasiva del derecho fundamental para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

7. En el juicio de proporcionalidad efectuado por la sentencia constitucional, se olvida, además, que debía haberse atendido al hecho del consentimiento previo, o tolerancia de facto, de la Administración al asentamiento irregular. Aun siendo un aspecto resaltado en la STEDH de 24 de abril de 2012, caso *Yordanova y otros c. Bulgaria*, y también en la más reciente STEDH de 17 de octubre de 2013, caso *Winterstein y otros c. Francia*, que acoge la doctrina de la anterior, la Sentencia aprobada por la Sala lo relega de una manera asombrosa, al menos si recordamos que en aquellos pronunciamientos se dispone que ese tipo de situaciones no pueden ser tratadas, por imperativo del principio de proporcionalidad, como las ordinarias concernientes a la expulsión de un individuo singular de una propiedad ocupada ilegalmente (§150 de la última Sentencia citada).

Convendrá señalar que, como expresión singular de la seguridad jurídica, el tradicional esquema de la expectativa legítima, o protección de la confianza, propicia una respuesta de tutela ante normas sobrevinidas o actos administrativos que sorprenden la confianza generada al administrado. La estabilidad de la situación creada representa, así pues, un freno a la alteración inesperada, a la quiebra de una esperanza fundada que la propia Administración ha hecho concebir. La delimitación del principio apunta a la previsibilidad de lo esperado, a la inclusión en su ámbito de la protección de las expectativas, no sólo de los derechos adquiridos, a la dimensión subjetiva de una esperanza de base objetiva (posibilidad de apreciación de su razonabilidad en la consideración de un observador externo) y a la necesidad de ponderación de los intereses en contraposición.

En este caso, en el que no se ofrecen ni medidas transitorias ni de protección alternativa, ni tampoco concurre un interés público perentorio para justificar la exclusión de la expectativa generada, se aprecia por el contrario, abiertamente, la concurrencia de esta última. En efecto, como de la propia exposición de motivos de la Ley 2/2011 se desprende, el domicilio del recurrente en amparo se encuentra dentro de un asentamiento consentido por la Administración y en vías de regularización. Desde ese prisma debía haberse realizado un esfuerzo adicional de justificación de la proporcionalidad de la medida de autorización de entrada en el domicilio, como medida previa a su desalojo y derribo, especialmente si se tiene en cuenta que la Ley 2/2011 entró en vigor con anterioridad al momento en que se produce la identificada por las resoluciones aquí recurridas como autorización judicial de la segunda demolición.

8. La Sentencia tampoco explora la conexión del derecho del art. 18 CE con el art. 47 CE, ni con otros principios rectores consagrados en la Constitución. Se conforma con decir que «por lo que se refiere al derecho del art. 47 CE (que no es de los comprendidos en el art. 53.2 de la Constitución), no se observa en el caso la incidencia de tal derecho en la inviolabilidad domiciliaria, cuando sólo se debate la necesidad y proporcionalidad de la entrada en el domicilio del recurrente, pues la demolición de la vivienda fue ya acordada con carácter de firmeza por la Administración municipal».

Ese tipo de conexiones entre derechos fundamentales y principios rectores son comunes en nuestra jurisprudencia, al punto de que en ocasiones hemos llegado a reforzar el canon del art. 24.1 CE (en su vertiente de motivación de las resoluciones judiciales) por estar implicadas en el supuesto de hecho previsiones constitucionales de ese carácter. La STC 95/2000, de 10 de abril, es un buen ejemplo: «La trascendencia constitucional del defecto apreciado se intensifica teniendo en cuenta que aquella desestimación ha perjudicado el acceso de la Sra... a la asistencia sanitaria proporcionada por el sistema público de Seguridad Social y, en último término, a la protección de la salud a la que se refiere el art. 43 CE. La razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política

social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que no sólo se adopta sobre una conclusión que contradice los hechos sino que, además, desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad, acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la resolución impugnada, como ya mantuvimos en nuestra STC 126/1994, de 25 de abril». Es decir, una resolución que en otro escenario sería respetuosa del art. 24.1 CE (derecho a la motivación) puede llegar a ser lesiva por no atender a la orientación que impone el principio rector en presencia.

Si lo había establecido el Tribunal en esa Sentencia para el art. 24.1 CE, con más razón debe extenderse a derechos sustantivos. Así ocurrió, por poner únicamente un ejemplo entre tantos otros posibles, en la STC 154/2006, en un tema de discriminación por razón de nacimiento, en la que se hizo constar: «En contra de esa exigencia constitucional, la interpretación que realiza la resolución impugnada, formalmente neutra, discrimina de modo indirecto a los hijos extramatrimoniales (art. 14 en relación con los arts. 39 y 41 CE): el art. 39.3 CE, cuyo texto refleja una directa conexión con el art. 14 CE, impone a los padres el deber de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio” y, sin embargo, con aquella interpretación, las realidades familiares extramatrimoniales estarían en peores condiciones para prestar tal asistencia a unos “hijos habidos... fuera del matrimonio”, es decir, éstos, en el terreno de dicha asistencia, serían de peor condición que los hijos matrimoniales».

No se entiende que la ponencia no se ocupe materialmente de la conexión del art. 18.2 con el art. 47 CE, incluso con la protección de la familia del art. 39 CE, indudablemente en juego en estas situaciones, o con el interés del menor contenido en el art. 39.4 CE, que queda con seguridad implicado en este juicio concreto de inviolabilidad domiciliaria, al existir menores perjudicados por esta demolición.

Por todas estas razones, que evidencian la minusvaloración de elementos sustantivos imprescindibles en la resolución del recurso, la Sentencia que puso fin al presente proceso constitucional debió reconocer la violación por los actos administrativos y las resoluciones judiciales impugnadas del art. 18.2 CE. La estimación del amparo resultaba ser así la única respuesta posible.

Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil trece.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Adela Asua Batarrita.—Firmado y rubricado.