

LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS DE INSPECCIÓN Y SU EXPANSIÓN AL AMPARO DE RAZONES DE SEGURIDAD FRENTE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

ANDRÉS BOIX PALOP

*Profesor de Derecho Administrativo,
Universitat de València - Estudi General*

1. LOS LÍMITES DE LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA FRENTE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, UNA CUESTIÓN TRADICIONALMENTE CONFLICTIVA

El equilibrio entre las potestades de inspección de la Administración pública y los derechos fundamentales es por definición inestable y altamente dependiente de la evolución de ciertos humores sociales y de cómo entienda la opinión pública que son las prioridades sociales del momento. La importancia de las prioridades sociales siempre ha tenido que ver con el perímetro jurídico que reconocemos a los derechos fundamentales en su posición de garantía del ciudadano frente al poder, pero es evidente que técnicas como la de la ponderación han acentuado la importancia de éstas en el análisis jurídico reciente. Además, y como es sabido, la creciente importancia que nuestras sociedades dan a la seguridad (tras atentados como los del 11S en EE.UU., 11M en España, 7J en el Reino Unido, *Charlie Hebdo* o el reciente intento de atentado en un TGV en Francia en 2015) se ha multiplicado recientemente tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea, afectando a este equilibrio en permanente tensión. Una tensión que se está resolviendo, fundamentalmente, por medio de la decantación jurídica de los límites a nuestros derechos fundamentales a partir de la ponderación que permite ir ampliando las capacidades de inspección. Los ejemplos recientes son numerosos. Piénsese, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de intervención de conversaciones telefónicas y las excepciones para presos

y casos de terrorismo y crimen organizado que han justificado límites al secreto de las comunicaciones protegido en el art. 18.3 CE, avalado por sentencias como la STC 11/2006 sobre celdas, el art. 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) o la STC 106/2001. O, incluso, a una escala más prosaica, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo español de 7 de noviembre de 2012 que avala a las ordenanzas municipales que establecen la posibilidad de que la inspección administrativa revise la basura de los vecinos para comprobar que realizan bien la selección de residuos. A nivel europeo, por ejemplo, ha sido de gran importancia la enorme polémica relativa a las normas en materia de almacenamiento de datos y las consecuencias de la decisión del *BVerfG* de 2 de marzo de 2010 en la materia, con polémicas semejantes a nivel europeo, incluyendo las recientes conclusiones del abogado general del TJUE que estimaban no ajustada las exigencias del principio de proporcionalidad las normas europeas en materia de almacenamiento y conservación de datos, en una tesis acogida finalmente por el tribunal¹. En este mismo sentido, la polémica ha seguido también en Alemania con las últimas reformas de la norma en la materia, objeto de una importantísima discusión política y jurídica².

2. LA DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA CONSTITUCIÓN Y SUS INTÉRPRETES

Como ya se ha señalado, un elemento esencial para entender la manera en que nuestro Derecho se está enfrentado a esta tensión jurídica entre potestades de inspección y derechos fundamentales es el relativo a la manera en que nuestros tribunales y esencialmente los que son máximos intérpretes de las normas que los reconocen (tribunales constitucionales y europeos) analizan los concretos límites que éstos suponen para el ejercicio del poder por parte de las autoridades públicas. En este sentido, y como ha sido

¹ Véanse tanto las Conclusiones del Abogado General como la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de abril de 2014 en los asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 *Digital Rights Ireland* Seitlinger y otros.

² Sobre la nueva norma, impulsada paradójicamente desde el Ministerio de Justicia por quien había sido uno de los mayores críticos de la anterior ley, Heiko Maas, véase la reciente entrevista en la *TAZ* donde explica las novedades de la nueva legislación y la evolución de su opinión al respecto: <http://www.taz.de/15215559/> (disponible el 1 de agosto de 2015).

anticipado, las teorías de la ponderación, de indudable origen en la doctrina alemana, como es sabido, a partir de los trabajos de ALEXY y su temprana adopción por los órganos judiciales de ese país y que posteriormente se han impuesto con claridad a nivel europeo en las últimas décadas, irradiando la actuación del resto de tribunales nacionales, juegan un importante papel. No es el momento de revisar estas teorías y su sentido, sobre el que por lo demás se ha escrito ya mucho³, pero sí tiene importancia entender por qué esta técnica está contribuyendo a alterar el tradicional equilibrio entre derechos fundamentales e inspección administrativa y a facilitar el tránsito a que ya nos hemos referido en que las preocupaciones en materia de seguridad se imponen cada vez con mayor facilidad a las que ponían en énfasis en la libertad.

En este sentido, resulta interesante revisar la ya tradicional polémica que en los orígenes del régimen constitucional español dirimieron dos juristas españoles, el constitucionalista Ignacio DE OTTO y el administrativista Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, sobre la correcta manera de interpretar las

³ Las técnicas ponderativas para la resolución de conflictos en Derecho son muy conocidas y no tiene sentido exponer ahora en qué consisten. La bibliografía sobre las mismas, así como sus ventajas e inconvenientes, es abundantísima. En España, una completa revisión puede encontrarse en ORTEGA ÁLVAREZ L. y DE LA SIERRA MORÓN, S. *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2009. En ese trabajo, una defensa del método y sus ventajas en el trabajo de S. DE LA SIERRA y un resumen también positivo sobre el método ponderativo y la proporcionalidad en el trabajo de L. ARROYO JIMÉNEZ. Por su parte, G. DOMÉNECH PASCUAL analiza los métodos ponderativos como mecanismos de introducción y evaluación de principios jurídicos aplicando técnicas de análisis económico que faciliten ese contraste del valor de unos y otros en cada contexto. Más recientemente, sobre las ventajas de la ponderación para el ejercicio de ciertas actividades administrativas con discrecionalidad reconocida y, sobre todo, para su control y fiscalización a posteriori por los tribunales, con evidente utilidad para encuadrar en este marco los problemas que pueden derivarse de ello en materia de inspección, J. M. Rodríguez Santiago, “Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial”, *Indret*, nº1, 2015. El trabajo tiene su origen en el IV Seminario de Teoría y Método (STEM) que tuvo lugar en la Universitat de Barcelona. Para una crítica a esas tesis, puede consultarse mi reflexión “Contra la ponderación” en ese mismo seminario (disponible en <http://www.uv.es/aboix>) y sobre todo trabajos como el de GARCÍA AMADO, J.A. “Ponderación y submisión: ¿Son intercambiables y se eligen a conveniencia?”. En: ORTEGA GARCÍA, R. (coord.), *Teoría del Derecho y argumentación jurídica: ensayos contemporáneos*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 363-395.

garantías que la Constitución española implicaba en materia de derechos fundamentales y cómo determinar, en su caso, sus límites⁴. Ignacio DE OTTO, al amparo de lo dispuesto en el art. 53 CE, consideraba que los derechos fundamentales eran espacios de protección y garantía jurídica absolutos reconocidos al individuo, que operarían en este sentido salvo expresión limitadora constitucional expresa esencialmente a partir de la definición de una esfera de intangibilidad, nucleada en torno a la identificación de su contenido esencial, y por ello con capacidad para oponerse frente a otros intereses jurídicos y derechos dentro de ese determinado ámbito, por definición limitado. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, anticipándose en parte a muchas de las consecuencias derivadas de la recepción de las teorías ponderativas, ya consideraba que ese límite del contenido esencial podía ser modulable según los casos. Más allá de las preferencias de cada cual y del hecho innegable de que la evolución de nuestros sistemas jurídicos ha ido más en la dirección de lo apuntado por Martín-Retortillo, lo interesante es que ya a partir de ese debate pueden intuirse diferencias que se derivan inevitablemente de optar por un modelo u otro y que han acabado por manifestarse con claridad en los últimos años:

- El modelo basado en el respeto estricto a un contenido esencial mínimo del derecho fundamental como expresión de la garantía constitucional requiere para su operatividad de un reconocimiento constitucional del derecho, por definición, más reducido. Si no, el propio reconocimiento del carácter absoluto de la garantía en ese núcleo esencial del derecho, y caso de entender éste de modo muy amplio, acaba generado problemas de colisiones con otros bienes y valores jurídicos. Ello deriva en que la ampliación de ciertos espacios y de garantías para ciudadanos, más allá de ese contenido esencial, podrá ser en ciertos casos, si cuenta con apoyo social, realizada por el legislador pero no contaría con el plus de legitimidad de entender que ese reconocimiento esté cubierto por la Constitución. De modo que para “expandir” derechos las teorías ponderativas permiten a intérpretes y al Tribunal Constitucional dotar de rango constitucional a ciertas garantías, así como su declaración por estos tribunales sin necesidad de esperar a una intervención del legislador.

⁴ DE OTTO, I. y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, 1988.

- La contrapartida inevitable, como es obvio, es que en contextos de restricción de derechos fundamentales, como el que vivimos en este momento por la mayor incidencia de ese clima social que potencia las tesis que dan prioridad a la preocupación por la seguridad, las técnicas ponderativas permiten limar el alcance de los derechos fundamentales caso a caso con mayor facilidad de la que tiene el operador en un contexto donde el contenido esencial previamente delimitado se considera por definición intangible. Sin duda, esto dota de flexibilidad al sistema y de cierta capacidad de responder a las demandas sociales, pero también lo hace dando un protagonismo mayor a unos actores (intérpretes judiciales) que no son exactamente los que tienen mayor legitimidad democrática para ello.

- La técnica ponderativa, como carácter diferencial, además, permite y alienta la decisión “caso por caso” y conviene tener presente adicionalmente que lo hace teniendo en cuenta todo tipo de bienes y valores como posibles elementos que justifiquen la restricción de un derecho fundamental, tengan o no rango constitucional explícito, pues siempre son reconducibles en potencia a un valor constitucional genérico. Esto, de nuevo, dota de una gran flexibilidad al sistema, pero también de un enorme grado de decisionismo y de subjetividad. Además, la propia facilidad con la que una ponderación puede “reponderarse” resta seguridad jurídica y estabilidad al sistema, lo cual quizás sea particularmente grave cuando hablamos de derechos fundamentales.

- Un ejemplo del peculiar efecto de las técnicas ponderativas es que, por ejemplo, permite el empleo del estándar europeo de protección de derechos fundamentales, al introducirlo como elemento a tener en cuenta en la ponderación y juicio de proporcionalidad caso por caso, no para ampliar la protección derivada de la garantía del derecho, sino para reducirla en ciertos casos. Así ha ocurrido, por ejemplo, en España en materia de transparencia administrativa y derecho a la intimidad, donde las restricciones al derecho establecidas en una ley tenida por constitucional han “reponderado” la evaluación constitucional, contenida en art. 105 b) CE para establecer muchas más restricciones al mismo de las que originariamente establecía la Constitución española empleando como argumento que estas limitaciones adicionales sí eran posibles y proporcionales en el estándar europeo⁵.

⁵ Explico con más detalle esta situación en BOIX PALOP, A. “La organización de los contrapoderes”. En: I. Gutiérrez Gutiérrez (coord.). *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*, Comares, 2014, pp. 93-117.

- De algún modo, el modelo ponderativo hace a los derechos fundamentales, que son una garantía jurídica por definición contramayoritaria, al suponer un límite a las posibilidades del legislador democrático de poner en juego bienes o intereses de los individuos al servicio de los intereses generales, en elementos mucho más dependientes del sentir social mayoritario. Juzgue el lector hasta qué punto esta transformación le parece un avance o, por el contrario, un peligro.

Todo ello, a fin de cuentas, libera mucho al intérprete... y al legislador. Así, el Tribunal Supremo español puede validar sin problemas normas como las que permiten inspeccionar la basura simplemente atendiendo a su finalidad, a si ésta es razonable, a si el órgano juzgador la cree suficientemente importante... y todo ello atendiendo a cualquier elemento fáctico o jurídico, constitucional o no, que aparezca implicado. Un entendimiento del derecho fundamental como un límite absoluto en su contenido esencial, por el contrario, operaría de un modo radicalmente diferente y no entraría a valorar si la solución es sensata, ajustada y ponderada, cuestión que dejaría a los órganos constitucionales (legislador, Administración) encargados de ello, sino que simplemente analizaría si el derecho a la intimidad cubre manifestaciones exteriores al domicilio y que el propio ciudadano libremente y sin coacción decide llevar a la calle. Si la respuesta es afirmativa, la inspección resultaría imposible, pero si la respuesta es negativa no habría problema alguno desde la perspectiva del derecho fundamental y la decisión, simplemente, dependería del legislador o, en su caso, de la Administración pública por vía reglamentaria.

3. LA INSPECCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL Y SU ENCUADRE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

La inspección es toda actividad administrativa de averiguación de la realidad y de comprobación de la actuación de los ciudadanos en el cumplimiento de sus deberes y de las normas jurídicas que regulan sus actividades que realizan las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones⁶. La importancia de esta función, sin embargo, no ha merecido

⁶ Véase al respecto, por todos, REBOLLO PUIG, M. “La actividad inspectora”. En: *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 2012, disponible en <http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-541-Ponencia-Prof-Rebollo-Puig.aspx> (consulta 1 de agosto de 2015).

una depuración conceptual excesiva ni una regulación general exhaustiva en aras a disciplinarla y establecer unas garantías mínimas satisfactorias. Unas carencias tradicionales que se han hecho más graves con la creciente importancia de la misma, consecuencia ineludible de la cada vez mayor incidencia de la regulación administrativa de muchísimas parcelas de nuestras vidas y de nuestras actividades económicas, por una parte, y, por otra, llamada a acentuarse todavía más con la paulatina transformación del derecho de policía administrativa acaecida en los últimos años⁷. Si pasamos de un modelo donde la administración establece normas y comprueba en muchos casos *a priori* la capacidad para cumplirlas satisfactoriamente (autorizaciones, licencias...) por un modelo que busca minimizar estas revisiones previas y sustituirlas por un control no generalizado sino selectivo realizado *ex post* independiente de que el ciudadano pueda comenzar a ejercer la actividad por defecto, como la Unión Europea trata de generalizar en la medida de lo posible (a partir de su Directiva de servicios en el mercado interior, de modo muy claro), es inevitable que vayan a ser necesarias no sólo más inspecciones sino un cambio de concepción respecto a su función y sentido.

En este contexto resulta particularmente grave la magra regulación española sobre inspección administrativa y sus límites de que disponemos hasta la fecha⁸ pero más lo es todavía que las normas en estos momentos en tramitación llamadas a sustituirla sean tanto más exiguas e insatisfactorias que las actuales pero logrando, además, ser mucho más generosas si cabe con la Administración y desarmando por ello a los ciudadanos un poco más. Así, la regulación actual, contenida en el art. 39 bis 2 de la ley de procedimiento administrativa española (precepto introducido precisamente con motivo de la transposición de la directiva de servicios), establece que *(l) as Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan*. Como puede verse, es un poderamiento extraordinariamente genérico e ilimitado,

⁷ MUÑOZ MACHADO, S. “Las regulaciones por silencio: cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 9, 2010, pp. 70-79.

⁸ De nuevo, *in toto*, M. Rebollo Puig, *op. cit.*

sin previsión alguna que haga referencia a los límites que se deducen, en su caso, de los derechos fundamentales, que se deberán dilucidar en cada supuesto, y ponderativamente, con los consiguientes riesgos. Con todo, esta amplia apoderación está a día de hoy matizada por la previsión del art. 39.1 de la norma, norma anterior a la Directiva de servicios, que establece que *(l)os ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos por la Ley*. Es decir, que la ley básica de procedimiento administrativo parece desplazar a la regulación, necesariamente hecha por ley, de cada situación concreta de inspección, este deber de colaboración del ciudadano, lo que supone una cierta protección de sus derechos fundamentales, no excesiva pero sí evidente, pues en ausencia de regulación legal expresa específica ha de entenderse que no opera este mandato. Y, para que opere, hace falta al menos la intervención concreta del legislador, lo que es una garantía indudable (una suerte de concreción del principio de legalidad estricta).

La actual reforma de la nueva ley de procedimiento administrativo en estos momentos en tramitación en las Cortes generales, sin embargo, parece que va a alterar este esquema, modificando el equilibrio entre capacidad de la Administración para actuar y derechos de los ciudadanos de forma muy clara a favor de aquélla. El artículo 18 del texto remitido por el gobierno al Congreso de los Diputados⁹, en efecto, establece algo más de concreción al efecto, lo que podría considerarse una buena noticia, pero lo hace ampliando las facultades de inspección de forma clara. Así, determina que los ciudadanos y empresas han de colaborar necesariamente con la Administración en los términos previstos por la ley sectorial aplicable en cada caso, como es la norma hasta el momento, pero también que a falta de previsión expresa en la norma sectorial en cuestión deberán facilitar *los informes, inspecciones y otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias, salvo que la revelación de la información solicitada por la Administración atentara contra el honor, la intimidad personal o familiar o supusieran la comunicación de datos confidenciales de terceros de los que tengan conocimiento por la prestación de servicios profesionales de diagnóstico, asesoramiento o defensa, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación en materia de capitales y financiación de*

⁹ Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-155-1.PDF (consulta 1 de agosto de 2015).

actividades terroristas. Por su parte, el tercer apartado del precepto reconoce que, cuando sea precisa la entrada en el domicilio de un ciudadano para la realización de la inspección, se requerirá de autorización judicial, como es inevitable ex. art. 18.2 CE. Es decir, que la norma futura, caso de aprobarse en estos términos finalmente, establecerá una habilitación general y genérica, sin necesidad de que la norma sectorial establezca las potestades de inspección y sus límites, para obligar a la colaboración de los ciudadanos, con los únicos límites del derecho a la inviolabilidad del domicilio, la protección de datos, la intimidad y el secreto profesional (convenientemente excluido para los casos, dudosamente constitucionales pero impuestos por la Unión Europea, referidos), derechos todos ellos enunciados genéricamente sin mayores precisiones y por ello susceptibles de ser “ponderados” caso a caso a favor de la inspección. Con esta habilitación la inspección no sólo podrá desarrollarse en cualquier caso, sino que estará facultada para exigir la colaboración de los ciudadanos sin necesidad de legislación específica y con un único límite expresado en unos derechos fundamentales enunciados genéricamente y que habrán de ser ponderados en cada caso concreto para dilucidar si son límites efectivos o no a una concreta pretensión de la Administración.

No parece una regulación muy exigente ni suficientemente garantista, máxime a la luz de la evolución reciente que, por vía ponderativa, hemos ido desarrollando en los últimos años y que, como ya hemos expuesto, ha tendido sistemáticamente a primar las consideraciones de seguridad y la necesidad de que la Administración pueda inspeccionar generosamente para garantizarla frente a las libertades y derechos fundamentales. Veamos algunos ejemplos de esta tendencia que, a mi juicio, son buena prueba de que las pautas apuntadas son efectivamente ya una realidad de perfiles inquietantes y de la falta de capacidad real de oposición que la generalización de la técnica ponderativa ha acabado por suponer respecto de la función de los derechos fundamentales.

4. ALGUNOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES E INSPECCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y LA TENDENCIA A QUE LAS CONSIDERACIONES DE SEGURIDAD SEAN PONDERATIVAMENTE MÁS CONSIDERADAS FRENTE A LAS LIBERTADES

La regla general de los límites derivados del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.3 CE) en el Derecho español predicaba que la

proporcionalidad (ponderación) siempre y cuando hubiera una previsión legal bastaba para justificar el ejercicio de las potestades de inspección siempre y cuando hubiera una relación suficiente entre la pretensión de inspección y las necesidades públicas en cuestión (STC 142/1993). Se trata de la doctrina general que, por ejemplo, recoge la Sentencia de 7 de noviembre de 2012 ya citada del Tribunal Supremo español en materia de inspección de los residuos urbanos de los vecinos de una localidad. Manifestaciones semejantes son las que regulan el conflicto entre la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE) y la inspección (sólo para personas físicas, dado que este derecho no protege datos de personas jurídicas), de nuevo con la preceptiva habilitación legal. En una línea semejante, y desde hace décadas, se ha entendido que la habilitación legal era suficiente para entender inexistente el secreto bancario (art. 93.3 LGT, 46.1 d) LGSbv), ponderación a favor de la inspección administrativa avalada por numerosas sentencias del Tribunal Constitucional desde la STC 110/1984¹⁰. En esta línea, las recientes normas europeas en materia de banquero y control de capitales o las que obligan a la notificación de ciertas operaciones bancarias, impuestas de la Unión Europea y el Banco central Europeo a todos los países miembros de la Unión, y a las que la propia norma española de procedimiento administrativa en tramitación parlamentaria se refiere, dan nuevas potestades de inspección en estos casos. Estas medidas, además de poner de manifiesto hasta qué punto las exigencias de seguridad están imponiéndose a las libertades en el espacio europeo con la justificación del combate del terrorismo y el crimen organizado, en una tendencia creciente y aparentemente imparable, obligan también a abrir la reflexión sobre los déficits de legitimidad democrática asociados a las mismas, pues son impulsadas o establecidas en ocasiones por órganos de dudosa legitimidad democrática, como es el Banco Central Europeo¹¹. La ductilidad de los límites que imponen los derechos fundamentales y la efectiva inexistencia de límites absolutos derivados de los mismos si son en todo caso “ponderables” permiten a instituciones sin excesiva legitimidad democrática realizar este tipo de operaciones, cuestión que debería alertarnos sobre riesgos adicionales para la libertad.

¹⁰ Véase REBOLLO PUIG, *op. cit.*, para más detalles sobre este conflicto.

¹¹ En esta línea, ha explicado Menéndez, A. J. “Hermann Heller now”, *European Law Journal*, nº 3, 2015, pp. 285-294, algunas de las consecuencias del modelo de regulación económica con un punto autoritario que se está imponiendo en el Derecho de la Unión.

En cuanto a la garantía del secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), la evolución de la jurisprudencia española de las últimas décadas ha ido también en la línea de ir limitando el efectivo alcance de la garantía que supone el derecho fundamental para dar más posibilidades de control e inspección a la Administración. Subsisten ciertos límites, como que la intervención de las comunicaciones, por ejemplo, sea sólo posible para la averiguación de delitos pero no, en cambio, para el control de ilícitos administrativos o la inspección y control de incumplimientos de meras normas y regulaciones (STC 136/2006), pero otras muchas decisiones han ido limando la garantía desde otros planos. Por ejemplo, la STC 132/2002 establece claramente que lo protegido en todo caso son las comunicaciones en curso, pero no así las ya realizadas. Lo cual tiene muchas implicaciones, tanto en derecho privado (son habituales en los últimos años los conflictos respecto a si un empresario puede o no, según y cómo, acceder a estos correos almacenados por sus empleados si son comunicaciones relacionadas con sus funciones de trabajo) como para la inspección administrativa de las comunicaciones almacenadas por empresas que las guardan como consecuencia de sus actividades. De manera que cartas ya recibidas y almacenadas, correos electrónicos abiertos y guardados en el ordenador o conversaciones telefónicas ya producidas y grabadas no estarían protegidas por el art. 18.3 CE, sino por la norma ya referida del art. 18.1 CE, como se ha visto más laxa y que permite una “ponderación atendiendo a la finalidad buscada por la inspección”. Por ello, la revisión de todos estos contenidos sí será posible a veces y numerosas normas específicas en diversos sectores lo permiten cuando la inspección lo requiere (por ejemplo, sector financiero, ciertas actividades empresariales). Además, conviene recordar que la ponderación ha permitido entender también que el secreto de las comunicaciones, por ejemplo, cubre la comunicación postal por carta pero no el envío de paquetes y objetos, por lo que por razones de seguridad o de orden público sí podrán revisarse estos últimos al entenderse que las previsiones al efecto del art. 6.3 de la ley del servicio postal española son constitucionales (STC 281/2006)¹².

El derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), debido a la solidez de su declamación constitucional, ha resistido mejor los embates ponderativos y en todo caso es necesaria la autorización judicial para entrar

¹² Con mucho detalle sobre estos y más casos, el excelente libro de ALARCÓN SOTOMAYOR, L. *Procedimiento administrativo sancionador y derechos fundamentales*, Civitas, 2007.

en el domicilio cuando la inspección lo requiera, como por otro lado recoge la normativa sectorial en estos momentos en los diferentes sectores y hemos visto que prevé también la futura ley de procedimiento administrativo española. La cuestión es, con todo, algo más conflictiva con las empresas jurídicas, que a pesar de que tienen reconocida la protección constitucional, pues algunas normas sectoriales restringen la protección que, por lo demás, la Unión Europea extiende en algunas normas como el reglamento de inspección en materia de competencia a otras sedes más allá del domicilio social (previsión que permite cuestionar qué está protegiendo el reglamento, pues no es exactamente el domicilio).

Los derechos de defensa (art. 24.2 CE, derecho a la presunción de inocencia, a no declarar contra uno mismo, al secreto profesional, etc.) también se han visto limitados y “reponderados” en los últimos años. Por ejemplo, las previsiones que diferencian y relativizan la posición del secreto profesional de los abogados cuando no defienden a personas jurídicas sino que son abogados en el seno de una organización empresarial o la ya referida norma europea que excluye el secreto profesional en casos de blanqueo de capitales o actividades relacionadas con el terrorismo o crimen organizado. Previsiones dudosamente compatibles con el reconocimiento constitucional de la garantía, que no prevé excepciones, y que ilustran de forma muy clara las diferencias entre un modelo de ponderación de los derechos fundamentales, que siempre los puede limitar atendiendo a cualquier factor que se estime relevante, por mucho que no aparezca ni siquiera explícitamente en la Constitución, y la noción del derecho fundamental como una garantía más estricta, restringida a su núcleo esencial, pero intangible en esa esfera. Las limitaciones a este secreto profesional, además, como puede verse en los arts. 2, 18 y 22 de la ley 10/2010 en materia de blanqueo de capitales a la que ya hemos hecho referencia, si lo comparamos con el art. 437.2 LOPJ, permiten hacer la pregunta de hasta qué punto, por ejemplo, tiene sentido que se pueda limitar de forma constitucionalmente válida en mayor medida un derecho al secreto profesional como el del abogado, constitucionalmente garantizado en el art. 24.2 CE de forma explícita y con rango de derecho fundamental, que otros sin fundamento constitucional expreso como la garantía de no declarar establecida por ley ordinaria a favor de los ministros de culto de las diferentes confesiones religiosas (art. 263 Lecrim). También el derecho a no declarar contra uno mismo, como ya hemos visto que pasaba con el secreto el secreto bancario, ha sido objeto de

numerosas restricciones y reponderaciones que le han quitado capacidad de garantía por vía jurisprudencial (STEDH Weh contra Austria, comparar con STC 63/2007). La excepción, como explica Alarcón Sotomayor, sí existe en algunos casos en ciertos procedimientos administrativos de inspección. Es el caso del previsible “imputado inminente”, que sí tendría derecho a no entregar documentos a la Administración que previsiblemente serían empleados posteriormente en un procedimiento penal contra él claramente a punto de ser abierto (STJUE Orkem)¹³.

Por cierto, esta solución aporta un elemento diferenciador adicional entre los modelos de entender los derechos fundamentales que estamos contrastando. Un entendimiento que les da más o menos capacidad de garantía a partir de la ponderación acepta con naturalidad que uno pueda tener derecho a no entregar documentación que le inculpe en un procedimiento penal, por las peores consecuencias jurídicas que se pueden derivar del mismo para el sujeto (elemento a introducir en la ponderación) pero sí esté obligado a hacerlo en un procedimiento de inspección administrativa. En cambio, un entendimiento basado en la idea de que el derecho fundamental cubre un espacio más estricto pero, eso sí, de forma absoluta excepto si hay un interés constitucional explícitamente prevalente, no tendrá en cuenta este factor, sino que entenderá que la garantía, si protegida de verdad por el Derecho, tanto más habrá de operar contra una ejercicio del poder público menos potente jurídicamente como es la inspección y sanción administrativa que frente a uno mucho más poderoso en Derecho, como es el ejercicio del poder punitivo en materia criminal a cargo del poder judicial.

Con todo, y en general, a modo de conclusión muy rápida, lo que ponen de manifiesto todos estos ejemplos es, como venimos exponiendo, la poca resistencia que, por medio de la generalización de la ponderación como método para resolver los conflictos entre una inspección administrativa que se tiene cada vez por más esencial socialmente, acaban teniendo los derechos fundamentales frente a las decisiones avaladas por una mayoría social (o una mayoría en los órganos con capacidad de interpretación constitucional).

¹³ ALARCÓN SOTOMAYOR, L. “El adelanto excepcional a la inspección administrative del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo: casos y causas”. En: *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 2012, disponible en <http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-368-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA-VIII-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspxconsulta> 1 de agosto de 2015).

Se trata de una evolución con luces (flexibilidad, adaptación a las demandas sociales) y sombras (pérdida de seguridad jurídica, cuestionamiento de la función del derecho fundamental) que habremos, sin duda, de estudiar más en el futuro.