

conflicto que el orden jurisdiccional competente para resolver la suspensión de la percepción de la pensión de jubilación del Sr. de Pablos era el orden social. Y así lo puso de relieve en el recurso contencioso-administrativo, en el que se rechazó su pretensión, primero por Auto y después en el primero de los fundamentos de la Sentencia dictada por la Sala de la Audiencia Territorial de Cáceres. También lo pretendió ante el Juzgado de lo Social, que rechazó su pretensión, si bien en el recurso de suplicación se estimó su tesis y se ordenó al Juez de instancia plantear el conflicto positivo de competencia. Por último, tal como consta en el escrito de alegaciones ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, también allí se planteó la incompetencia de jurisdicción. De todo lo anterior, y de su comunicación con traslado de testimonio de la Sentencia dictada por la Sala de lo Social, extrae el demandante la conclusión de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debió resolver con carácter previo la cuestión de competencia, por lo que el Auto por el que se inadmitió la apelación incurrió en incongruencia omisiva.

6. Con arreglo a una consolidada doctrina sobre la incongruencia omisiva (desde nuestra temprana STC 20/1982, de 5 de mayo, hasta las muy recientes SSTC 23/2000, de 31 de enero, FJ 2; 29/2000, de 31 de enero, FJ 2, 67/2000, de 13 de marzo, FJ 3; 77/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 85/2999, de 27 de marzo, FJ 3; 86/2000, de 27 de marzo, FJ 4; 118/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 130/2000, de 16 de mayo; 158/2000, de 12 de junio, FJ 2; 187/2000, de 10 de julio, FJ 4; y 195/2000, de 24 de julio, FJ 4), no toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Para apreciar esta lesión constitucional debe distinguirse, en primer lugar, entre las que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas -y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial-, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, siempre y cuando la pretensión omitida fuera llevada al juicio en el momento procesal oportuno. La única excepción posible que hemos admitido es la existencia de una desestimación tácita de la pretensión sobre la que se denuncia la omisión de respuesta explícita. Además, para que sea posible apreciar la existencia de una respuesta de este tipo a las pretensiones sobre las que se denuncia la omisión de pronunciamiento, es preciso que la motivación de la respuesta pueda deducirse del conjunto de los razonamientos de la decisión. Finalmente, hemos sostenido que no es posible imputar a una resolución judicial incongruencia omisiva cuando la falta de respuesta a la cuestión de fondo se debe al incumplimiento de los presupuestos procesales, los cuales son de enjuiciamiento preferente y por lo tanto su eventual estimación provoca la lógica falta de necesidad de pronunciarse sobre aquéllas (SSTC 77/1986, de 12 de junio, FJ 2; 4/1994, de 17 de enero, FJ 2; 74/1996, de 30 de abril, FJ 2; 165/1996, de 28 de octubre, FJ 2; y 111/2000, de 5 de mayo, FJ 10).

7. Esto último es lo que sucede en el supuesto enjuiciado. Según se deduce de la demanda de amparo, y ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal, la pretensión deducida por el recurrente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su escrito de alegaciones fue, como por otro lado resulta de las

actuaciones, la de que se estimara la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y, en su consecuencia, se ordenara la remisión de las actuaciones al Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres o, subsidiariamente, que la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo planteara la cuestión de competencia ante la Sala de Conflictos de dicho Tribunal y, para el supuesto de que no se estimara la pretensión anterior, se pretendía que, entrando en el fondo de la cuestión, se revocara la Sentencia dictada en la instancia dictando otra que declarara ajustadas a Derecho las Resoluciones del Director Provincial del INSS. Es decir, una de las pretensiones del recurso de apelación era, precisamente, la de que se declarara la incompetencia de jurisdicción de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Dicha pretensión estaba condicionada lógicamente a que el recurso de apelación fuera admitido, es decir, a que la resolución de instancia fuera apelable, puesto que, de no serlo, habría alcanzado firmeza y, por ello, la decisión ya adoptada por el Tribunal de instancia no podría ser objeto de revisión por el Tribunal superior. Por lo tanto, la condición previa e indispensable para el análisis de la cuestión de la competencia, era que la Sentencia fuera o no apelable. Rechazada la admisión del recurso de apelación y perdida incluso la competencia por parte del Tribunal Supremo, es obvio que no le era dado entrar a analizar la jurisdicción o falta de ella del orden contencioso-administrativo, por lo que tampoco incurrió en un supuesto de incongruencia omisiva proscrito por el art. 24.1 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

Denegar el amparo solicitado.

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

Dada en Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil.—Pedro Cruz Villalón.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Fernando Garrido Falla.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmado y rubricado.

**1149** *Sala Primera. Sentencia 310/2000, de 18 de diciembre de 2000. Recurso de amparo 5455/97. Promovido por don Juan Carlos y don Francisco Javier Solé Vidal frente a las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Tarragona que les condenaron por un delito contra la salud pública. Alegada vulneración de los derechos a un proceso sin dilaciones y a la legalidad penal; vulneración del derecho a un Juez imparcial: Presidente de la Sala juzgadora que había dictado el Auto de apertura de juicio oral en un procedimiento abreviado. Voto particular.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pedro Cruz Villalón, Presidente, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Pablo García Manzano,

don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla y doña María Emilia Casas Baamonde, Magistrados, ha pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5455/97, promovido por don Juan Carlos Solé Vidal y don Francisco Javier Solé Vidal, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Consuelo Rodríguez Chacón, y asistidos del Letrado don J. I. Prieto Rodríguez, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997 y contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona de 25 de marzo de 1996, que condenaron a los recurrentes por delito de tráfico de drogas. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Cachón Villar, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 27 de diciembre de 1997, doña Consuelo Rodríguez Chacón, Procuradora de los Tribunales, en nombre de don Juan Carlos Solé Vidal y de don Francisco Javier Solé Vidal, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997 y contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona de 25 de marzo de 1996, que condenaron a los recurrentes por delito de tráfico de drogas sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a idénticas penas, a cada uno, de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, 2.000.000 pesetas de multa con tres meses de arresto sustitutorio para caso de impago, accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como al pago de un tercio de las costas procesales.

2. Los hechos y circunstancias procesales más relevantes para la resolución del presente amparo, sucintamente expuestas, son las siguientes:

a) En las diligencias previas núm. 1876/94, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Reus (Tarragona) dictó sendos Autos el 7 de diciembre de 1994, autorizando la intervención telefónica del núm. 820129, cuyo titular era don Juan Carlos Solé Vidal, solicitada por la Guardia Civil por un mes, y el 9 de diciembre de 1994, acordando el secreto de las actuaciones hasta el 9 de enero de 1995. Tanto la intervención telefónica como el secreto de las actuaciones fueron prorrogados un mes más por sendos Autos de 3 y 9 de enero de 1995, respectivamente.

1) La solicitud policial de 7 de diciembre de 1994 tiene el siguiente tenor literal:

«A mediados del mes de octubre, del presente año, se tuvo conocimiento de que en los exteriores del pub denominado Prisma, situado en la c/ Vía Augusta pasaje, sin número, de la localidad de Hospitalet del Infante, se desarrollaba un cierto tráfico de drogas por parte de distintos jóvenes. Por parte del personal de este Grupo de Investigación fiscal, se llevaron a cabo distintas gestiones, acompañadas de apostaderos y control de personas, apoyadas estas acciones en grabaciones videográficas, que para amparar esta solicitud se adjuntan.

Por las actividades desarrolladas, se desprenden unos indicios, que policialmente, nos indican quienes son los

personajes que se mueven en ese ambiente, y que efectúan el presunto tráfico de drogas.

Una vez que se les ha identificado plenamente, se ha procedido a la averiguación de como se ponen en contacto estos personajes con sus propios proveedores, siendo al parecer el medio empleado el telefónico. Por ello, y puesto que al llegar la investigación a un punto en el cual interesa saber quienes y de donde son estos proveedores. Se solicita de V.I. Auto de intervención telefónica, para el número 82.01.29 cuyo titular es Juan Carlos Solé Vidal con domicilio en calle Duque de Cardona, núm. 62, 1.<sup>a</sup>, de Hospitalet del Infante (T). Ello fundado, en que policialmente es uno de los personajes inicialmente más importantes, significándole que este número telefónico aparece además en la agenda de una persona detenida por este Grupo, por un presunto delito de tráfico de drogas y que actualmente está ingresada en prisión a disposición del titular del Juzgado de Instrucción número 6 de los de Tarragona.

La Intervención telefónica, de ser concedida por V.I. se llevará a efecto en las dependencias oficiales de este Acuartelamiento, sito en calle López Peláez, 1, de Tarragona.»

2) El Auto de intervención telefónica de 7 de diciembre de 1994 es del siguiente tenor literal:

«Hechos. Único.—Que se ha recibido comunicación de G.I.F.A. en oficio núm. 294 interesado por las razones en el expuestas, se conceda la intervención de las conversaciones del abonado número 82-01-29 de la localidad de Hospitalet del Infante.

Fundamentos jurídicos. Primero.—...

Segundo.—Que a la vista de las razones expuestas en la anterior comunicación, y estimándose las mismas fundamento bastante para la adopción de la medida solicitada, en cuanto permite una mejor y más amplia investigación de los hechos que se tratan de depurar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede en la forma que se dirá acordar la intervención de las conversaciones telefónicas que se realicen a través del abonado expresado en los hechos, hasta el próximo día 7 de enero ... se decreta la intervención de las conversaciones telefónicas que se realicen a través del abonado número 82-01-29 de la localidad de Hospitalet del Infante las que deberán ser íntegramente grabadas por la Autoridad Gubernativa guardando las cintas magnetofónicas a mi disposición y remitiendo informe y transcripción de las conversaciones más relevantes al esclarecimiento de los hechos ...»

3) Consta informe policial de 30 de diciembre de 1994 dando cuenta del desarrollo de la intervención telefónica (folio 43), solicitud de prórroga de la misma (folio 44) y Auto de prórroga de la intervención telefónica de 3 de enero de 1995. Este último, con remisión a la solicitud policial, se otorgó por treinta días «por persistir los mismos motivos que dieron lugar a la concesión de la intervención solicitada».

b) La intervención telefónica finalizó el 2 de febrero de 1995, fecha en la que la Guardia Civil, de un lado, entregó al Juzgado las cintas que contenían las grabaciones con las correspondientes transcripciones y, de otro, solicitó autorización para llevar a cabo la entrada y registro del domicilio de don Juan Carlos Solé Vidal, que fue concedida en Auto fechado el mismo día y verificado el 3 de febrero. Encontrándose en el registro 100 pastillas de éxtasis y alguna papelina de sustancia estupefaciente, se procedió a la detención de don Juan Carlos Solé Vidal, así como a la de don Felipe Marín Díaz y

don Francisco Javier Solé Vidal, quienes también vivían en el citado domicilio.

1) La solicitud policial de entrada y registro es del siguiente tenor literal:

«... Que como continuación de otras actuaciones policiales realizadas por personal de este Grupo de Investigación, tendentes a descubrir la existencia de un grupo de jóvenes que en la localidad de Hospitalet del Infante se dedican a vender droga, en concreto éxtasis y speed [sic], que a su vez adquieren en otras localidades, se solicitó del titular del Juzgado de Instrucción número cinco de Reus Auto de Intervención telefónica, que fue concedido con fecha 9 de Diciembre del año 1994, (Diligencias previas 1876/94); procediéndose a la Intervención del número 820129 del que figura como titular Juan Carlos Solé Vidal, una de las principales personas presuntamente sospechosas de dedicarse a esta actividad y con domicilio en Hospitalet del Infante (Tarragona).

Durante el tiempo que ha durado la intervención telefónica, se viene observando que en efecto existe un cierto tráfico de drogas, efectuado por diversas personas, entre las cuales se encuentra el observado, así como algunas, que ya identificadas por este Grupo Operativo emplean el mismo aparato telefónico.

El mediodía del Viernes pasado, una persona que identificamos como la madrastra de Felipe Marín Díaz, le llama a éste diciéndole que le llame desde una cabina telefónica al 002 por que los teléfonos suelen estar ... (retenidos o tervenidos) [sic]. Significando que este individuo ya fue detenido con fecha de 30 de Noviembre de 1994, y puesto a disposición del Juzgado de Instrucción Número Seis de los de Tarragona, ordenando su titular el ingreso en prisión por un presunto delito contra la salud publica. Siendo detectado conviviendo con los hermanos Solé Vidal, en el mismo domicilio desde hace aproximadamente quince días, tiempo en el cual aparece en importantes conversaciones.

Se aportan como indicios de la actividad que se denuncia, las cintas de la intervención cuyo vencimiento cumple hoy, así como las transcripciones efectuadas.

Por todo ello, y temiendo que hayan podido ser prevenidos de que están siendo investigados y desaparezcan los indicios y pruebas que pueden encontrarse en el domicilio de estas personas investigadas, se solicita de V.I. Auto de entrada y registro para el domicilio de Carlos Solé Vidal, situado en C/ Duques de Cardona, número 62, 1.ª, de Hospitalet del Infante (T). Que en caso de ser concedida por V.I., se efectuaría a lo largo del día de mañana 3 de febrero, con el objeto de intervenir en el mismo: drogas, armas, dinero, joyas, documentación, útiles para la elaboración de sustancias estupefacientes, así como objetos que puedan ser de ilícita procedencia...»

2) Obra en autos diligencia de unión del informe-transcripción de la intervención telefónica del número 820129 (folio 56) en la que se indica que consta de 77 folios, que se remiten dos cintas, y sus transcripciones, y la identificación del aparato grabador (folios 57 a 135).

3) En el Auto de autorización de entrada y registro de 2 de febrero de 1995 constan los siguientes extremos:

«Hechos. Único.—Que en este Juzgado se siguen diligencias previas contra varias personas entre ellas Carlos Solé Vidal por un delito de tráfico de drogas, habiéndose practicado entre otras una intervención telefónica de la que se derivan indicios suficientes para entender que en su domicilio se realizan actividades de dicho tráfico...

En atención a lo expuesto dispongo: La entrada y registro en el domicilio de Carlos Solé Vidal, Hospitalet, calle Duques de Cardona, 6-2.º, 1.ª, que se realizará durante las horas de día tres de febrero entre las 5 y las 18 horas al objeto de encontrar drogas, armas, dinero, joyas, documentación útiles para elaboración de sustancias estupefacientes y objetos de ilícita [sic] procedencia.

Se encomienda la práctica de esta diligencia a los miembros de la Policía Judicial actuando como Secretario el núm. 19.463.201 ...»

4) Con fecha 9 de diciembre de 1994 se dictó Auto declarando secretas las diligencias previas hasta el día 9 de enero de 1995. En la parte relativa a la exposición de hechos se dice lo siguiente: «Las presentes diligencias previas se siguen por un delito contra la salud pública, habiéndose acordado la intervención telefónica del número 82-01-29, cuyo titular es Juan Carlos Solé Vidal, y en las que aparece el también imputado Pedro Javier Salinas Montiel». Hay un único fundamento de derecho del siguiente tenor literal: «Con el fin de evitar que pueda frustrarse la investigación, procede acordar el secreto de las presentes actuaciones para todas las partes hasta el próximo día 9 de enero de 1995, conforme al art. 302 de la L.E.Crim.». Asimismo, y por Auto de 9 de enero de 1995 (aunque consta por error la fecha de 1994) se acordó la prórroga del secreto de las diligencias previas hasta el día 9 de febrero de 1995. Se dice en la fundamentación jurídica que, «con el fin de evitar que pueda frustrarse la investigación procede prorrogar el secreto de las presentes actuaciones para todas las partes hasta el próximo día 9 de febrero de 1995, conforme al art. 302 L.E.Crim.».

c) Como consecuencia de dichas diligencias se incoó procedimiento abreviado contra los imputados, dictándose Auto de apertura del juicio oral el 31 de agosto de 1995 por el titular del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Reus, en sustitución por vacaciones del titular del Juzgado núm. 5 de Reus. En dicho Auto constan los siguientes extremos:

«Hechos. Único.—Que las presentes actuaciones se incoaron al existir indicios de comisión de un posible delito, habiéndose practicado cuantas diligencias se estimaron esenciales a los fines del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; habiéndose dado traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y, en su caso, a la(s) Acusación(es) particular(es), que formuló(aron) la apertura del juicio oral.

Fundamentos jurídicos. Primero.—Que a la vista de lo actuado y de lo dispuesto en el art. 796 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede acordar la apertura del juicio oral contra el/los acusado y, en su caso, el/los responsables civil/es directos y subsidiarios, con la adopción de las diligencias en el mismo preceptuadas. Segundo.—Que de conformidad con lo establecido en el número 1 del art. 791 de la indicada Ley, si los acusados no tuvieren abogado, se les emplazará con entrega de copia de los escritos de acusación, para que en el plazo de tres días, comparezcan en la causa con Abogado y Procurador nombrándoseles de oficio si no lo hicieren. Cumplido este trámite, se dará traslado de las actuaciones a los acusados y terceros responsables para que en el plazo común de cinco días presenten escrito de defensa. Tercero.—Que a la vista de las diligencias practicadas, los escritos de acusación presentados y los artículos 14, 779 y 790.6 párrafo 4, en el caso concreto de las presentes actuaciones, el Órgano Judicial competente para el enjuiciamiento y fallo de esta causa es la Audiencia Provincial de Tarragona.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, dispongo A) Se tiene por evacuado el trámite de acusación y se acuerda la apertura del juicio oral contra el acusado, y en su caso, responsable civil y subsidiario siguientes: acusados: Juan Carlos Solé Vidal, Francisco Javier Solé Vidal y Felipe Marín Díaz. B) Respecto de las medidas cautelares exigibles para aseguramiento de la persona y garantía de las responsabilidades de carácter pecuniario que se acordaren su caso se acuerda lo siguiente: 1. Libertad provisional con obligación apud-acta de comparecer los días uno y quince de cada mes. 2. Procede que el acusado, y en su caso, los responsables civiles directos, preste fianza por la cantidad de [hay espacios en blanco] pesetas, y en su defecto, por los responsables civiles subsidiarios, de haberlos, siguiendo el trámite en los términos del art. 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Fórmese pieza separada con testimonio de este particular. D) Emplácese, con entrega de la copia de los escritos de acusación a las partes acusadas que no tuvieron Abogado en la causa a fin de que en el plazo de tres días comparezcan en legal forma con Procurador que les represente y Abogado que le defienda, y si transcurrido dicho término no lo hicieran nómbréseles uno del turno de oficio. E) Confiárasele/s traslado a las partes acusadas de las actuaciones originales, o mediante fotocopia, designados como acusados o terceros responsables en los escritos de acusación para que en el plazo común de cinco días presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas. Líbrense para la práctica de lo acordado los despachos necesarios. Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y póngase en conocimiento del Ministerio Fiscal. Contra esta resolución no cabe recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal del acusado, frente a la cual se puede interponer recurso de reforma en el plazo de tres días. Así por este su Auto, lo acuerda, manda y firma El Sr. D. Javier Albar García Magistrado-Juez de Instrucción núm. 5 de Reus y su Partido Judicial; de lo que doy fe.»

d) El referido Magistrado que dictó y firmó el transcrito Auto de apertura del juicio oral, presidió, a su vez, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona que dictó la Sentencia de 25 de marzo de 1995, la cual condenó a los acusados a las penas de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor y multa de dos millones de pesetas como autores, cada uno, del delito contra la salud pública del que, respectivamente, se les acusaba.

e) Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de casación los hermanos Solé Vidal, por infracción de derechos fundamentales e infracción de ley, siendo desestimado por Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 2 de diciembre de 1997.

3. La representación de los recurrentes alega la vulneración de los siguientes derechos fundamentales:

a) Vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en virtud de las irregularidades habidas, en su opinión, en la intervención telefónica: 1) falta de indicios delictivos suficientes para decretar la intervención; falta de motivación suficiente del Auto que autoriza la intervención telefónica (por no concretar el delito investigado, no disponer control judicial periódico, no determinar el nombre del sujeto afectado y el ámbito de conversaciones a intervenir, y no razonar el carácter imprescindible y subsidiario de la medida); falta de control judicial periódico en la selección de las cintas y adveración del contenido de las trans-

cripciones; falta de motivación suficiente del Auto que prorroga la intervención por no constar la audiencia judicial de las cintas de forma previa al mismo; comprobación incompleta de las cintas (sólo de las seleccionadas policialmente) y tardía (sólo consta acta de 20 de abril de 1995); 2) todo ello debería generar la nulidad de todas las pruebas que traen causa de la misma, incluidas las declaraciones de los inculpados.

b) Vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Como fundamento de ambas vulneraciones se alegan las siguientes irregularidades: en primer término, los defectos de motivación que se imputan al Auto de autorización del registro, por traer causa de la intervención telefónica nula, por autorizarse el registro durante la noche sin especificar la razón para ello, por no concretar el número de funcionarios habilitados para entrar en el domicilio, por no prever la intervención del Secretario Judicial, ni la delegación al mismo, y, por último, por no mencionar las otras personas que vivían en el domicilio; en segundo término, se alegan defectos en la ejecución del registro: la ausencia del Juez y el Secretario Judicial, así como la de don Francisco Javier Solé Vidal en el momento en que se registró la vivienda y específicamente su dormitorio; igualmente se alega que no se exhibió el mandamiento judicial, ni se les notificó éste a los interesados, ni la posibilidad de recurrirlo, ni la de solicitar asistencia letrada; por último, se advierte que la selección de objetos la realizó la Guardia Civil y no el Juez. Consecuencia de todo ello sería la nulidad de la diligencia de registro y de todas las que traen causa de ella.

c) Vulneración del derecho a la defensa y a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE) al decretarse y prorrogarse el secreto del sumario mediante Autos carentes de motivación suficiente, no haberse puesto en conocimiento de los presuntos inculpados la existencia de un procedimiento, no notificárseles el levantamiento del secreto del sumario, y, consecuencia de todo ello, no poder intervenir en las pruebas practicadas.

d) Vulneración del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra parientes (art. 24.2 CE) en relación con la declaración de don Francisco Javier Solé Vidal ante el Juez de Instrucción en la que, por un lado, se le instruyó de la obligación que tenía de ser veraz, y, por otro, no se le informó del derecho que le asistía a no declarar contra su hermano.

e) Vulneración del derecho a un juez imparcial y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dado que quien dictó el Auto de apertura del juicio oral fue posteriormente Magistrado presidente de la Sala que dictó la Sentencia condenatoria. En el procedimiento abreviado dicta este Auto el Juez de Instrucción, teniendo que valorar los hechos y la fundamentación de la acusación; no puede entenderse, por ello, que sea un acto sin contenido o de mera ordenación del proceso, sino que contiene un juicio anticipado sobre los hechos y sobre la imputación (STC 170/1993). En esa medida ha de considerarse que quien dictó este Auto de apertura del juicio oral no se encuentra en situación de neutralidad para poder enjuiciar de forma objetiva.

f) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por falta de prueba suficiente para enervarla. De un lado, no podrían utilizarse como pruebas de cargo ni las obtenidas a través de las intervenciones telefónicas y el registro domiciliario, en la medida en que no se verificaron con el respeto debido a los derechos fundamentales, ni tampoco la declaración inculpativa de Francisco Javier Solé Vidal respecto de su hermano, por haberse obtenido con violación del derecho a no declarar contra parientes. De otro, no existió

prueba respecto del hecho de que las pastillas de éxtasis hubieran sido compradas con anuencia de los hermanos Solé Vidal para ser transmitidas a terceros.

g) Vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), por haberse condenado por el tipo agravado del delito de tráfico de drogas al haberse calificado el éxtasis de sustancia gravemente nociva para la salud. La indeterminación del precepto penal al no fijar qué sustancias han de considerarse como gravemente nocivas para la salud, así como las variaciones en la calificación de la sustancia por la jurisprudencia, generan grave inseguridad jurídica y lesión del principio de legalidad en cuanto mandato de taxatividad, por lo que debería declararse inconstitucional el art. 344 CP (texto refundido 1973).

h) Vulneración del derecho a la proporcionalidad de la pena (arts. 15 y 25.2 CE) ya que la pena sería excesiva en atención a la edad de los acusados, sus circunstancias personales (ser consumidores de la sustancia), y la clase y cantidad de sustancia intervenida.

i) Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), ya que entre la incoación de las diligencias y la firmeza de la sentencia han transcurrido tres años y cuatro meses sin que la duración pueda justificarse ni por la complejidad del proceso ni por la conducta de los recurrentes.

Se solicita que se declare la vulneración de los derechos fundamentales alegados, y, en consecuencia, la absolución de los recurrentes; subsidiariamente, la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a un Juez imparcial; y, por último, y, en todo caso, la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas a efectos de tratamiento penitenciario. Se solicita, asimismo, la suspensión de las penas impuestas a los recurrentes.

4. Por providencia 14 de diciembre de 1998, la Sección, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, acordó conceder plazo común de diez días, al Ministerio Fiscal y a los solicitantes de amparo, para que alegaren lo que estimasen pertinente en relación con la posible falta de invocación previa en el proceso antecedente de las tres últimas quejas [art. 50.1.a) en conexión con el art. 44.1 c), ambos LOTC], y en relación con la posible carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión por parte de este Tribunal respecto del resto de las alegaciones [art. 50.1 c) LOTC].

5. En escrito registrado ante este Tribunal el 28 de diciembre de 1998, la representación de los recurrentes, en trámite de alegaciones, insiste y se reafirma en la procedencia de admitir a trámite la demanda y estimar el amparo solicitado respecto de todas las vulneraciones alegadas. En primer lugar, se consideran invocados todos los derechos fundamentales que se estiman vulnerados, bien materialmente (principio de legalidad), bien en el momento oportuno (la desproporción de la pena se imputa a la Sentencia del Tribunal Supremo, las dilaciones se imputan en la tramitación de la casación). En segundo término, se reiteran las fundamentaciones ya aducidas del resto de las vulneraciones pretendidas.

6. En escrito registrado ante este Tribunal el 18 de enero de 1999, el Ministerio Fiscal en trámite de alegaciones sostiene:

a) La no invocación de los derechos a un proceso sin dilaciones indebidas y a la proporcionalidad de la pena. El primero debió invocarse ante el órgano causante de la dilación, el segundo debió invocarse en el recurso de casación para dar opción al Tribunal Supremo a repa-

rar la presunta lesión. En consecuencia, concurre la causa de inadmisión del art. 44.1 c), en relación con el art. 50.1 a), ambos LOTC.

b) Carecen de contenido constitucional las siguientes vulneraciones alegadas:

1) La pretendida vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues la medida de intervención telefónica es proporcionada, atendida la pena de las infracciones denunciadas y su trascendencia social; la resolución judicial se motivó suficientemente si se integra ésta con la solicitud de intervención: se precisaron los delitos investigados, los números de teléfono, el tiempo de intervención y prórroga; se procedió a dar cuenta de los resultados a la autoridad judicial que controló el resultado de las mismas así como las grabaciones.

2) La vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, ya que de la lectura del acta de entrada y registro se deduce su verificación de conformidad con la legislación vigente y con respeto de las garantías constitucionales.

3) La pretensión de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías derivada de haberse acordado el secreto de las actuaciones, dado que éste se decretó durante la instrucción con la finalidad de investigar los hechos y obtener datos precisos de sus autores, de manera que no se conocían con precisión los posibles imputados. Por tanto, queda acreditada la necesidad y conveniencia del motivo de la resolución. Finalmente, cuando se concretaron las sospechas se procedió a su detención e imputación, instruyéndoseles de sus derechos a efectos de su defensa, que se realizó sin limitación alguna.

4) La denuncia de violación del derecho a no declarar contra su hermano en las declaraciones ante la Guardia Civil sin advertirle de esta posibilidad carece de dimensión constitucional, pues, de un lado, consta que sí se le advirtió de su derecho a no declarar, que comprende el de no declarar contra su hermano, y, de otro, la inculpación de su hermano, conforme advierte la Sentencia del Tribunal Supremo, se produjo en las declaraciones ante el Juez de Instrucción, que se realizaron en presencia de letrado y con advertencia del contenido del art. 416.1 LECrim que incluye específicamente el derecho a no declarar contra parientes.

5) La vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en la medida en que el órgano judicial funda su condena en declaraciones de los condenados y testigos en el juicio oral, así como en las conversaciones telefónicas intervenidas y oídas en el plenario, señalándose de manera minuciosa y con detalle las pruebas respecto de cada uno de los acusados. Por tanto, existió prueba de cargo suficiente, y las discrepancias en la valoración de la prueba pretendida por los recurrentes carece de relevancia constitucional.

6) La lesión del principio de legalidad es irrelevante, dado que el órgano judicial se limitó a interpretar y aplicar la ley en lo que se refiere al elemento «causen grave daño a la salud», que, siendo razonada y fundada, constituye una cuestión de legalidad ordinaria carente de dimensión constitucional.

c) Por el contrario, no puede entenderse que carezca de contenido constitucional la vulneración del derecho al juez imparcial, a la luz de la doctrina constitucional sentada en la STC 170/1993 y el sentido que tiene el Auto de apertura del juicio oral en cuanto a la apreciación de indicios de culpabilidad en los acusados.

7. Por providencia de 8 de abril de 1999, la Sección Segunda acordó admitir a trámite la demanda, y en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC dirigir comu-

nicaciones a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona y al Juzgado de Instrucción núm. 5 de Reus, para que en el plazo de diez días remitiesen, respectivamente, testimonio del recurso de casación núm. 1688/96, rollo 59/95 y procedimiento abreviado 25/95, interesándose al propio tiempo para que se emplazare a los que fueran parte en el proceso, con excepción de los recurrentes, para su posible comparecencia en el proceso de amparo constitucional en el plazo de diez días con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada. Igualmente se acordó abrir pieza separada de suspensión.

8. En providencia de la misma fecha, y al amparo de lo previsto en el art. 56 LOTC, la Sección acordó conceder plazo común de tres días, al Ministerio Fiscal y a los solicitantes de amparo, para que, dentro de dicho término, alegasen lo que estimaren oportuno en relación con la petición de suspensión interesada. Evacuado dicho trámite por los recurrentes en escrito registrado ante este Tribunal el 13 de abril de 1999 y por el Ministerio Fiscal en escrito registrado el 22 de abril de 1999, en favor de la suspensión, la Sala acordó suspender la ejecución de las Sentencias impugnadas respecto de los dos recurrentes únicamente en los que se refiere a las penas impuestas a cada uno de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor y accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo.

9. Por providencia de 8 de febrero de 1999 la Sala Primera tuvo por recibidos los testimonios de las actuaciones, acordando, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo, para que, dentro de dicho término, pudieran presentar las alegaciones que estimaren pertinentes.

10. Por escrito registrado el 29 de septiembre de 1999, la representación de los demandantes de amparo, en trámite de alegaciones, reiteró las alegaciones de la demanda de amparo y sus fundamentos.

11. Por escrito registrado en este Tribunal el 20 de octubre de 1999, el Ministerio Fiscal, cumplimentando el trámite de alegaciones, interesó la estimación de la demanda de amparo en lo atinente a la vulneración del derecho al juez imparcial y reiteró su opinión contraria a la estimación del resto de los motivos aducidos en la demanda, de conformidad con los argumentos expuestos en el trámite de informe del art. 50.3 LOTC. Insiste el Ministerio Fiscal en que el Estado de Derecho y el principio acusatorio exigen la no acumulación en el mismo órgano de funciones instructoras y decisorias; de manera que el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio y haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material puede hacer nacer en el ánimo del Juez instructor prevenciones y prejuicios respecto de la culpabilidad del encartado, quebrantándose la imparcialidad objetiva. En el caso, al dictar el Auto de apertura del juicio oral, por su doble carácter de acto de conclusión de las diligencias preparatorias y de adopción de medidas cautelares, tiene como base una imputación penal, de forma que no se trata de actos de mera ordenación formal del proceso, sino que, por el contrario, contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que se sentenciaran con posterioridad, por lo que se rompe la neutralidad (STC 170/1993). El Auto de apertura del juicio oral habría exigido en el supuesto concreto un estudio de la diligencias practicadas, su valoración respecto de los hechos, su tipificación y autores, de forma que el Juez abre el juicio por entender que los hechos

revisten caracteres de delito y porque considera que los imputados tienen méritos suficientes para ser considerados posibles autores de los delitos. Por tanto, no puede sostenerse la falta de contaminación del órgano judicial, y ello con independencia de que el Juez fuera un sustituto por vacaciones, porque el Auto exige la firma del Magistrado y esta firma supone necesariamente un estudio profundo de la actividad de la investigación practicada. En conclusión, afirma el Ministerio Fiscal que el Juez apreció indicios racionales de criminalidad, lo que implica rotura y quiebra de la apariencia de neutralidad que debe caracterizar a un Juez sentenciador y la consecuente vulneración del art. 24.2 CE.

12. Por providencia de 8 de noviembre de 2000 se señaló para la deliberación y fallo el día 13 de noviembre del mismo mes y año, día en el que se inició el trámite que ha finalizado en el día de la fecha.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Como se ha expuesto con detalle en el antecedente tercero, son muchas y variadas las vulneraciones de derechos alegadas por los recurrentes: derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), debido a los defectos de la autorización y ejecución de la intervención del teléfono del que es titular don Juan Carlos Solé Vidal; inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en virtud de las irregularidades en la autorización y ejecución de la entrada y registro del domicilio de los recurrentes; derecho a un proceso público con todas las garantías y derecho de defensa (art. 24.2 CE), derivadas de las irregularidades en la autorización del secreto de sumario y en el conocimiento del proceso y de la imputación por parte de los recurrentes; derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra parientes (art. 24.2 CE), al no haber sido advertido don Francisco Javier Solé Vidal de tal derecho al prestar la declaración inculpativa contra su hermano; derecho a un Juez imparcial y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dado que el Juez que dictó el Auto de apertura del juicio oral presidió la Sala de la Audiencia Provincial que juzgó los hechos; derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), debido a la inexistencia de pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías; derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en virtud de la indeterminación del precepto penal aplicado en lo que se refiere al elemento «sustancias que causen grave daño a la salud»; derecho a la proporcionalidad de la pena (arts. 15 y 25.2 CE), a causa de la manifiesta desproporción de la pena impuesta atendiendo a las circunstancias concurrentes; derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), dada la excesiva duración de todo el procedimiento.

En su examen ha de procederse, en primer término, a analizar la posible concurrencia de la causa de inadmisión del art. 44.1 c) en relación con el art. 50.1 a) LOTC, esto es, la no invocación en el procedimiento previo de alguna de las vulneraciones de derechos alegadas. En segundo lugar, habrá de alterarse el orden de examen del resto de las pretensiones para comenzar por la presunta lesión del derecho a un Juez imparcial en virtud de los efectos que tendría, en su caso, la estimación del amparo, y dado que, en consecuencia, devendría innecesario un pronunciamiento de este Tribunal sobre las otras vulneraciones alegadas hasta tanto los recurrentes no hayan obtenido una resolución dictada por un Tribunal imparcial.

2. Pues bien, como estima el Ministerio Fiscal, las pretensiones referidas a los derechos a un proceso sin dilaciones indebidas y a la proporcionalidad de la pena han de ser desestimadas por haber incumplido los recurrentes, de modo insubsanable, el requisito previsto en el art. 44.1 c) LOTC al no haber invocado en el procedimiento previo dichas vulneraciones y, en consecuencia, al no haber dado oportunidad a los Tribunales ordinarios para reparar, en su caso, las vulneraciones alegadas. Como ha advertido este Tribunal, tal requisito responde a la necesidad de salvaguardar el carácter subsidiario del procedimiento de amparo, de manera que «la pronta y formal invocación en el proceso ordinario del derecho fundamental que se estima vulnerado hace posible su inmediata e idónea reparación por el órgano judicial a quien se reprocha la infracción; evita la reprobación constitucional de una actuación judicial sobre cuya irregularidad no había sido advertido su agente; estratifica racionalmente la jurisdicción de amparo y, con ello, posibilita la plena subsidiariedad y “la propia funcionalidad de la jurisdicción constitucional”» (SSTC 168/1995, de 20 de noviembre, FJ único; 146/1998, de 30 de junio, FJ 3; en sentido similar 32/1999, de 8 de marzo, FJ 4).

La vulneración del derecho a la proporcionalidad de la pena, se habría producido primeramente en la Sentencia del Tribunal de instancia, por lo que debió invocarse ante el Tribunal de casación para darle opción a manifestarse sobre la vulneración y, en caso de estimarla, proceder a su reparación.

En relación con la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, los demandantes de amparo atribuyen de forma genérica una duración excesiva al procedimiento desde que se incoaron las diligencias previas hasta que se dictó la Sentencia desestimatoria del recurso de casación (tres años y cuatro meses), sin que conste, como es preceptivo, que hayan denunciado en ningún momento la paralización del procedimiento ante el Juzgado de Instrucción, ante la Audiencia Provincial o ante el Tribunal Supremo, para que éste se reanudara, para que la vulneración ya consumada no se prolongara aún más, o para dar oportunidad al Tribunal de reconocer la dilación con el objeto de reclamar posteriormente ante las instancias competentes su oportuna reparación (por todas STC 118/2000, de 5 de mayo, FJ 4).

Igual falta de invocación previa se advierte respecto del derecho a la legalidad penal en relación con el principio de seguridad jurídica (arts. 25.1 en relación con el art. 9.3 CE), pues si bien es cierto que la necesaria invocación no supone inexcusablemente la cita concreta y numérica del precepto o preceptos constitucionales presuntamente vulnerados, si es necesario «que la queja haya quedado acotada en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre la misma» (SSTC 11/1982, de 29 de marzo, FJ 1; 75/1988, de 25 de abril, FJ 5; 29/1996, de 26 de febrero, FJ 2; 146/1998, de 30 de junio, FJ 4). En este caso no puede entenderse que los recurrentes hayan invocado materialmente este derecho fundamental, pues, de un lado, el motivo del recurso de casación se articuló y fundamentó como mera infracción de la legalidad ordinaria sin alegar su posible trascendencia constitucional, y, de otro, la infracción de la legalidad ni se sustentó ni se vinculó con la indeterminación del precepto aplicado en relación con el elemento «sustancia que cause grave daño a la salud», sino que el motivo tan sólo manifestaba la discrepancia de la subsunción de los hechos realizada por el Tribunal en el tipo agravado del delito de tráfico de drogas.

3. Alegan los recurrentes la vulneración del derecho a un Juez imparcial en el marco de las garantías del derecho a un proceso justo, por cuanto el Juez que dictó el Auto de apertura del juicio oral presidió la Sala de

la Audiencia Provincial que juzgó los hechos, de manera que se habría quebrado la neutralidad requerida para ejercer la función juzgadora. Antes de analizar el fondo de la cuestión ha de examinarse la concurrencia del requisito del agotamiento de la vía judicial previa, en relación con la invocación de la violación tan pronto como fuera conocida, toda vez que no consta en las actuaciones que los recurrentes instaran la recusación del Magistrado de la Audiencia Provincial. A pesar de ello, han de entenderse satisfechos los requisitos establecidos en el art. 44.1 LOTC en virtud de las razones que se exponen a continuación.

Por una parte, si bien es cierto que no se instó el incidente de recusación, los recurrentes alegaron la vulneración del derecho en el recurso de casación, por lo que el Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la lesión denunciada. Argumenta el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico sexto de su Sentencia de 2 de diciembre de 1997 que el Juez no perdió la imparcialidad objetiva que intenta garantizar la separación de funciones entre la fase instructora y la juzgadora, pues no tuvo contacto ni con el acusado ni con las pruebas, siendo ésto lo que caracteriza la instrucción, y, que, en todo caso, el Magistrado no intervino en la fase de instrucción, sino en la intermedia.

De otro lado, la Audiencia Provincial se pronunció también sobre la infracción constitucional. Así, en su fundamento jurídico primero, la Sentencia de 25 de marzo de 1996 sostuvo que no se había vulnerado materialmente el derecho a un Juez imparcial ya que, «al ser la intervención del mismo —firma del Auto de apertura del juicio oral en período vacacional— puramente esporádica y que en ningún momento llevó a cabo actividad instructora de investigación directa de los hechos, n[o] se puede decir que exista algún indicio prejuzgador de la misma que pudiera influir en el enjuiciamiento posterior, n[i] debe ser considerada actividad instructora susceptible de contaminar la imparcialidad objetiva de este Tribunal».

Así pues, no puede sostenerse que concurra la causa de inadmisión del art. 44.1 c) LOTC, visto que ambos Tribunales se pronunciaron sobre la posible lesión del derecho fundamental y habida cuenta de que la pronta invocación de la violación, así como el agotamiento de la vía judicial, tienen como finalidad garantizar la subsidiariedad del recurso de amparo, amén de la posibilidad de que la lesión sea reparada con celeridad por quienes la hubieran causado. Esta es la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otros, caso *Van Oosterwijck contra Bélgica*, Sentencia 6 de noviembre 1980, §34 y ss.; caso *Gasus Dosier-und Fördertechnik GmbH contra Países Bajos*, Sentencia 23 de febrero de 1995, §§48 y 49; caso *Botten contra Noruega*, Sentencia 19 de febrero de 1996, §36), reiterada en el caso *Castillo Algar* (Sentencia de 28 de octubre de 1998, §§ 33-35) que condenó al Estado español por vulneración del derecho a un proceso justo, apreciada la falta de imparcialidad del órgano juzgador, y que rechazó la excepción preliminar del Gobierno español basada en la falta de agotamiento de los recursos internos por no haber recusado a los Magistrados a quienes se imputaba la parcialidad. En particular, afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta Sentencia (§ 35) que, a pesar de que ni el demandante ni su Abogado habían solicitado la recusación de los Jueces, los Tribunales no carecieron de ocasiones para reparar la violación alegada. Con idéntico fundamento ha de concluirse que tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo tuvieron ocasión de reparar la vulneración alegada al pronunciarse sobre el fondo de la misma.

4. Procede, en consecuencia, examinar la vulneración alegada a la luz de la jurisprudencia constitucional. A tal efecto ha de advertirse que los recurrentes no alegan que el Magistrado haya desempeñado específicas funciones instructoras, sino que su intervención en fase previa al proceso en sentido estricto, es decir, antes de formar parte del órgano que juzgó los hechos, consistió en dictar el Auto de apertura del juicio oral. A pesar de ello, sostienen que, si la pérdida de la imparcialidad se produce cuando quien ha de juzgar ha estado en contacto previo con las fuentes de las que procede el material necesario para que se celebre el juicio, dado que ello puede hacer nacer en el Juez prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del acusado, ello también se produciría cuando quien ha de juzgar ha dictado previamente el Auto de apertura del juicio oral. Afirman los recurrentes que el Auto de apertura del juicio oral no es una resolución carente de contenido en el ámbito del procedimiento abreviado, pues antes de dictarla se ha de efectuar un razonamiento estimando si el hecho es o no constitutivo de delito y si existen indicios racionales de criminalidad o procede en caso contrario el sobreseimiento. Además, también en él se dictan medidas cautelares. Por ello, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento ordinario, es el propio Juez de Instrucción el competente para dictarlo.

En resumen, los recurrentes sostienen que el fundamento material de la lesión del derecho a un Juez imparcial reside en el contacto previo con el material que fundamenta la apertura del juicio oral en la medida en que este contacto puede hacer nacer en el juzgador prejuicios o prevenciones sobre la culpabilidad del acusado, y que dictar el Auto de apertura del juicio oral implica dicho contacto dado que para dictarlo ha de valorarse si el hecho es constitutivo de delito y si existen indicios racionales de criminalidad respecto del acusado.

Pues bien, a la luz de la regulación procesal del Auto de apertura del juicio oral y de la doctrina constitucional sobre el derecho a un Juez imparcial, ha de otorgarse la razón a los recurrentes y estimar el amparo ya que se ha producido la vulneración del derecho, según se razona seguidamente.

Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la competencia para dictar el Auto de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado corresponde al Juez de Instrucción (art. 790.6 LECrim) al igual que en el procedimiento ante el Jurado (art. 32 Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado). En segundo lugar, debe señalarse que en supuesto prácticamente idéntico al ahora enjuiciado declaramos que es evidente «que los Autos de apertura de juicio oral, por su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares, tienen como base una imputación penal, que les hace partícipes de la naturaleza de las llamadas "Sentencias instructoras de reenvío", en las que se determina la imputación, existentes en la práctica judicial francesa e italiana, y en este sentido es patente que no se trata de actos de mera ordenación formal del proceso, sino que por el contrario contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el Juez está llamado a sentenciar» (STC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 5; en sentido similar, STC 320/1993, de 8 de noviembre, FJ 3). Al respecto, en la primera de estas Sentencias —partiendo de que en el Auto se estimaba que los hechos revestían caracteres de delito y que las actuaciones ofrecían méritos suficientes para exigir responsabilidad criminal, y que en él asimismo se aseguraban las responsabilidades pecuniarias y se decretaba la libertad provisional con obligación *apud acta*— se dice que todo

ello «supone que el Juez necesariamente apreció indicios racionales de criminalidad por lo que hay que concluir, en aplicación de la doctrina establecida, entre otras, en las SSTC 145/1988 y 136/1992, que se ha roto la apariencia de neutralidad que debe caracterizar a un Juez sentenciador».

Esta doctrina se enmarca en una línea jurisprudencial de la que es claro exponente la STC 145/1988, de 12 de julio, que resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. En ella se señala, de un lado, que la pérdida de la imparcialidad al realizar actividades instructoras se ocasiona «en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables [y] puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso *De Cubber*, de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso *Piersack*, de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados» (FJ 5). De otro, se especifica en dicha Sentencia (FJ 7) que son auténticos actos instructorios, a los efectos de la pérdida de la imparcialidad, los señalados en el art. 299 LECrim, esto es, los que implican haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio e implican investigación directa de los hechos, oír la declaración del detenido ya que puede provocar una primera impresión sobre su culpabilidad, decidir sobre su situación personal, lo que exige una valoración indiciaria de su culpabilidad, decidir sobre la denuncia y la querrela, la celebración anticipada de pruebas que no puedan realizarse en el juicio oral, y todas las que, además, puede realizar de oficio (en sentido similar, entre otras, las SSTC 11/1989, de 24 de enero, FJ 2; 151/1991, de 8 de julio, FJ 4; 142/1997, de 15 de septiembre, FJ 3).

Por lo tanto, se trata no sólo de que el Juez haya de mantenerse alejado de la investigación de la causa, del material sumarial, de funciones de acusación, de actividades que provoquen una primera impresión sobre la responsabilidad del acusado, sino de mantenerse ajeno, específicamente también, a la labor de inculminación o inculpação del acusado, ya sea ésta indiciaria y provisional como la que se requiere en los Autos de inculpação y procesamiento, ya se efectúe dicha inculminación de forma preventiva, como resulta necesario para dictar las medidas cautelares. En este contexto, en definitiva, el derecho a un Juez imparcial comprende no sólo la exclusión de las prevenciones y prejuicios efectivamente producidos como resultado de dichas actuaciones, sino también la exigencia de prevenir la impresión, apariencia o imagen externa de que el Juez no acomete la función de juzgar con plena imparcialidad.

Esta doctrina ha llevado a sostener a este Tribunal la inconstitucionalidad del art. 8.1, párrafo II, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto que en dicho precepto se atribuía la competencia para dictar el Auto de procesamiento a la Audiencia Provincial, quien también

era competente para conocer del juicio oral (STC 55/1990 de 28 de marzo, FJ 7). La inconstitucionalidad del precepto se sustenta en la vulneración del derecho al Juez imparcial, ya que para dictar el Auto de procesamiento resulta necesario realizar una valoración indiciaria de la culpabilidad del acusado. Y con base en fundamentos similares se ha afirmado la pérdida de la imparcialidad del Juzgador si previamente ha dictado medidas cautelares (SSTC 145/1988, de 12 de julio, FJ 7; 11/1989, de 24 de enero, FJ 4; 170/1993, de 27 de mayo, FJ 5; 320/1993, de 8 de noviembre, FJ 3). Así, con notable contundencia, sostiene la STC 320/1993 (FJ 3) que «es, esencialmente en este supuesto concreto, la adopción de las medidas cautelares citadas en el propio Auto de apertura del juicio oral, lo que determina la indudable actividad instructora llevada a cabo por el titular del órgano judicial», y que «constituye un común denominador de todas las medidas cautelares, penales y civiles, que puedan disponerse en el proceso penal el de que su *fumus boni iuris* o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (arts. 503.3 y 589 LECrim)». Añade dicha Sentencia que «la asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar».

5. En aplicación de dicha razón de decidir, como también sostiene el Ministerio Fiscal, ha de estimarse la vulneración del derecho al Juez imparcial, pues la intervención del Juez con carácter previo al enjuiciamiento de los hechos, al dictar el Auto de apertura del juicio oral, hizo quebrar su neutralidad, al ser necesario a tal efecto apreciar la existencia de indicios racionales de criminalidad. En efecto, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal son dos los motivos en virtud de los cuales puede negarse la apertura del juicio oral: bien el que los hechos no sean constitutivos de delito, según lo previsto en el art. 637.2 LECrim, bien el que considere que no concurren tales indicios racionales de criminalidad en el acusado (art. 790.6 LECrim). De otra parte, al igual que en el caso que dio lugar a la STC 170/1993, en el Auto de apertura del juicio oral se decretaba además la libertad provisional de los recurrentes con la obligación *apud acta* del art. 530 LECrim, lo que supone también la apreciación de la concurrencia de indicios de criminalidad. Por consiguiente, resulta difícil sostener no sólo la inexistencia de un juicio previo, provisional o indiciario, sobre la culpabilidad de los acusados, sino también la apariencia de imparcialidad de la Sala enjuiciadora, visto que uno de sus componentes, el Presidente, hubo de realizar, antes del enjuiciamiento definitivo, una valoración de los hechos y de los indicios de responsabilidad criminal de los acusados.

Como consecuencia de la vulneración del art. 24.2 CE, y a los fines de restablecer la integridad del derecho vulnerado, procede acordar la retroacción de las actuaciones judiciales al momento procesal del juicio oral para su conocimiento y fallo por un Tribunal en cuya composición se respete el derecho fundamental a un Juez imparcial.

## FALLO

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

Ha decidido

Estimar el presente recurso de amparo, y en su virtud:

1.º Reconocer el derecho de los recurrentes a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona de 25 de marzo de 1996 y la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1997, dictadas en el procedimiento abreviado núm. 26/95 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Reus.

3.º Restablecer a los recurrentes en su derecho al Juez imparcial, y, en consecuencia, retrotraer las actuaciones al momento procesal del juicio oral, para su conocimiento y fallo por un Tribunal en cuya composición se respete el derecho fundamental a un Juez imparcial.

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

Dada en Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil.—Pedro Cruz Villalón.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Fernando Garrido Falla.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Pablo Cachón Villar a la Sentencia dictada por la Sala Primera de este Tribunal en el recurso de amparo núm. 5455/97*

Disiento de la Sentencia de la Sala, de la que fui Ponente, y, más concretamente, de su fallo y de sus fundamentos jurídicos cuarto y quinto, en cuanto estima el recurso de amparo por entender vulnerado, según las razones expuestas en éstos, el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (derecho a un Juez imparcial, en este caso), que se reconoce en el art. 24.2 CE. Tal disenso lo es con el máximo respeto al criterio mayoritario de la Sala.

Partiendo de la aceptación de los tres primeros fundamentos jurídicos de la Sentencia, entiendo que el examen de la demanda de amparo, a la luz de la doctrina de este Tribunal y de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe conducir a su desestimación por las razones que se expresan a continuación.

1. Este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que la imparcialidad del órgano judicial constituye una exigencia básica del proceso debido, de forma que la garantía de imparcialidad se dirige a proteger las notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por Jueces y Magistrados, cuales son «ser tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio» (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5).

En aplicación de las exigencias de imparcialidad proyectadas sobre la actividad procesal este Tribunal ha establecido, como reglas constitucionales, la incompatibilidad entre las funciones de fallo y la de previa acusación o de auxilio a la acusación (SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 6; 225/1988, de 28 de noviembre, FJ 1; 180/1991, de 23 de septiembre, FJ 6; 56/1994, de 24 de febrero, FJ 6), o entre las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento (entre otras, SSTC 113/1987, de 3 de julio, FJ 4; 145/1988, de 12 de julio, FFJJ 5 y 7; 11/1989, de 24 de enero, FJ 2; 106/1989, 8 de junio, FJ 2; 151/1991, de 8 de julio, FJ 4; 142/1997, de 15 de septiembre, FJ 3). En todo caso, se ha precisado que la incompatibilidad no se proyecta sobre cualquier clase de actividad desplegada en el marco de la instrucción, sino que es preciso analizar cada caso concreto,

«pues es la investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona», la que fundamenta la tacha de parcialidad (SSTC 136/1992, de 13 de octubre, FJ 2; en el mismo sentido SSTC 164/1988, de 26 de septiembre, FJ 1; 106/1989, de 8 de junio, FJ 4; ATC 219/1993, de 1 de julio, FJ 5).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha individualizado otra actividad procesal que puede hacer quebrar la imparcialidad, excluyendo del proceso debido aquellos supuestos en que la actividad jurisdiccional previa ha supuesto la exteriorización anticipada del juicio de culpabilidad (caso *Hauschildt*, Sentencia de 24 de mayo de 1989, § 52: medida cautelar acordada en fase previa al juicio oral; caso *Castillo Algar*, Sentencia de 28 de octubre 1998, § 48: confirmación del procesamiento del acusado, apreciando «indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delito militar ...»). A iguales supuestos se ha referido en alguna ocasión este Tribunal. Así, respecto de la decisión de procesamiento, en la STC 55/1990, de 28 de marzo, FJ 7, que declaró la inconstitucionalidad del art. 8.1, párrafo II, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto que en dicho precepto se atribuía la competencia para dictar el Auto de procesamiento a la Audiencia Provincial, que también era competente para conocer del juicio oral, ya que para dictar el Auto de procesamiento resulta necesario realizar una valoración indiciaria de la culpabilidad del acusado. Y con base en fundamentos similares ha afirmado este Tribunal la pérdida de la imparcialidad del Juzgador si previamente ha dictado medidas cautelares (SSTC 145/1988, FJ 7; 11/1989, de 24 de enero, FJ 4; 106/1989, de 8 de junio, FJ 4; 170/1993, de 27 de mayo, FJ 5; 320/1993, de 8 de noviembre, FJ 3), sosteniendo que denominador común de todas las medidas cautelares es que su adopción requiere como presupuesto material un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (arts. 503.3 y 589 LECrim).

Ahora bien, también ha de matizarse que la sospecha de parcialidad que puede fundar un temor objetivamente justificado —con repercusiones en el derecho al proceso debido— no deriva de la realización de cualquier clase de valoración anticipada acerca de la relevancia penal de los hechos o de la existencia de indicios para atribuir tales hechos al acusado, sino que dicha parcialidad sólo se origina cuando el contenido de la valoración es sustancialmente idéntico al que integra el juicio de culpabilidad (STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 6). En consecuenta aplicación de esta doctrina, este Tribunal ha negado el amparo pretendido cuando la participación del Juez en fase de instrucción consistió en la admisión a trámite de la denuncia y de la posterior querrela (STC 162/1999, FJ 6), y ha declarado que la decisión de acordar la prisión provisional no implica la pérdida de imparcialidad salvo que se adopte de oficio (STC 106/1989, FJ 4).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha declarado también que, en principio, las cuestiones que un Juez debe resolver antes del juicio oral no se confunden con las que, en su caso, habrán de ser tomadas en consideración para el enjuiciamiento final, y que el simple hecho de haber tomado decisiones antes del proceso no puede justificar por sí mismo el temor de parcialidad. Así, el pronunciamiento que se efectúa al acordar la detención provisional, apreciando someramente los datos disponibles para determinar si en principio las sospechas tienen alguna consistencia, no puede equipararse, en términos generales, con el enjuiciamiento definitivo sobre los hechos y su atribución

penal a una determinada persona (Caso *Hauschildt*, Sentencia de 24 de mayo de 1989, § 50). Igualmente sostiene que tampoco puede considerarse idéntica la valoración indiciaria de los hechos que se efectúa al dictar o revisar el Auto de procesamiento, aunque en función de las circunstancias concurrentes pueden considerarse objetivamente justificadas las dudas de imparcialidad. Por ello, en el caso *Castillo Algar* (Sentencia de 28 de octubre de 1998, § 48) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó la lesión del derecho a un juez imparcial por cuanto «los términos empleados por la Sala del Tribunal Militar Central ... podían fácilmente llevar a pensar que hacía suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo ... según el cual existían “indicios suficientes permitiendo concluir que un delito militar había sido cometido”». En el mismo sentido la reciente Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de marzo de 2000 (caso Garrido Guerrero §§ 9-10) insiste en que la cuestión de si se pueden considerar objetivamente justificadas las dudas de imparcialidad contra un Juez que ha formado parte de la Sala que revisó el Auto de procesamiento «varía según las circunstancias de la causa», de manera que, en ese caso, dado que el Tribunal de apelación tuvo buen cuidado de precisar los límites del acto de inculpación como decisión formal y provisional, «no prejuzgando en nada el desenlace del litigio ni en cuanto a la calificación de los hechos imputados ni en cuanto a la culpabilidad del acusado», se inadmitió la pretendida infracción de la garantía de imparcialidad.

2. En el supuesto del presente recurso de amparo se trata de determinar si está justificado el alegado temor a la pérdida de imparcialidad judicial por el hecho de que formase parte de la Sala enjuiciadora el Magistrado que dictó el Auto de apertura del juicio oral, en el cual, entre otros extremos, se acordó como medida cautelar la libertad provisional de los ahora recurrentes en amparo, con las obligaciones que prevé el art. 530 LECrim, en este caso la obligación *apud acta* de comparecer los días uno y quince de cada mes.

Debe advertirse, en primer lugar, que el hecho de dictar el expresado Auto no constituye una actuación instructora o investigadora, ni supone una toma de contacto directo sea con el acusado o acusados sea con las fuentes de prueba.

En segundo lugar, en el caso analizado se dictó el Auto de apertura del juicio oral después de que el Ministerio Fiscal hubiera efectuado el escrito de acusación y hubiera instado la apertura de éste. En consecuencia, no se trata de una actuación de oficio realizada por el órgano judicial. Además, la única actividad desarrollada entonces por el Magistrado que después presidió la Sala fue dictar el Auto de apertura del juicio oral, sustituyendo a quien había realizado la instrucción de la causa sólo para este acto, por lo que realizó una actividad jurisdiccional no inquisitiva, en la que vino a valorar, como tercero no comprometido en la investigación, el material sumarial [véase, en sentido similar, la STC 60/1995, de 17 de marzo, sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1992 reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, FJ 6 b), afirmando que no compromete la imparcialidad objetiva el hecho de que el Juez de Menores intervenga en la comparecencia previa y con posterioridad en la audiencia principal, dictando la resolución de finalización del proceso].

En tercer lugar, a igual conclusión se llega desde la perspectiva del temor de parcialidad fundado en la emisión anticipada de un juicio de culpabilidad, bien que éste sea provisional. En el supuesto analizado, los razonamientos efectuados para la apertura del juicio oral, incluso los realizados para decretar la libertad provisional

con la obligación de comparecencia ante el Juzgado, no pueden equipararse en absoluto a los necesarios para decidir más allá de toda duda razonable la culpabilidad del acusado. Como se advierte de la lectura del Auto cuestionado, que se transcribe en lo sustancial en el antecedente 2 c), su redacción netamente formal, sin incorporar elementos de juicio individualizado sobre los hechos y sobre la atribución de responsabilidad de los acusados, avala una solución desestimatoria. Tampoco puede entenderse que el acuerdo de libertad provisional, con obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial, incorpore un juicio anticipado idéntico al de culpabilidad, pues no añade elementos nuevos que doten de mayor consistencia indiciaria la valoración de los hechos necesaria para dictar el propio Auto de apertura del juicio oral.

Por consiguiente, las sospechas de parcialidad afirmadas por los recurrentes no están objetivamente fundadas para sustentar la infracción de la garantía de imparcialidad.

La desestimación de este motivo de amparo hace obligado el examen de los restantes motivos, examen que no se hace —por innecesario— en la Sentencia. A ello se procede a continuación, bien que atendiendo solamente a los aspectos verdaderamente sustanciales de cada uno de ellos.

3. Los recurrentes alegan la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) en virtud de las irregularidades habidas en el proceso de autorización judicial, de la ejecución policial de la intervención del teléfono cuyo titular era don Juan Carlos Solé Vidal, y de la incorporación al sumario de los resultados de la misma. En particular, alegan la falta de motivación del Auto de autorización y del Auto de prórroga, así como la falta de control judicial de la intervención. También se alega la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al haberse obtenido las pruebas, valoradas en juicio, sin respetar las garantías constitucionales.

Según doctrina de este Tribunal (por todas SSTC 49/1999, de 4 de abril, y 166/1999, de 27 de septiembre), una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones es constitucionalmente legítima si está legalmente prevista con suficiente precisión, si se autoriza por autoridad judicial en el marco de un proceso y si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad (es decir, si la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como —entre otros— para la defensa del orden y prevención de infracciones punibles graves, y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos).

A ello hay que añadir que la decisión de intervención puede ser ilegítima por inexistencia de los presupuestos materiales que habilitan legal y constitucionalmente para la adopción de la decisión judicial de intervención. Estos presupuestos, fijados en el art. 597.2 y 3 LECrim y coincidentes con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (reiterada en el caso *Valenzuela contra España*, STEDH de 30 de julio de 1998, § 46 y ss.), consisten en la existencia de una investigación en curso por un hecho constitutivo de infracción punible grave, en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo, y en la existencia de indicios sobre el hecho constitutivo de delito y sobre la conexión con el mismo de las personas investigadas (por todas SSTC 49/1999, FJ 8; 166/1999, FJ 8).

Igualmente, incide en la legitimidad de la medida la falta de expresión o exteriorización tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención como de la necesidad y adecuación de la medida. Es también exigible dicha exteriorización respecto de las decisiones

de mantenimiento de la medida, en cuyo caso, además, deben ponderarse las concretas circunstancias concurrentes en cada momento y el conocimiento adquirido a través de la ejecución de la medida inicialmente prevista (por todas SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 6; 49/1999, FJ 11).

Por último, ha de recordarse también que el control judicial puede resultar ausente o deficiente si el juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la investigación (por todas SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 6; 49/1999, FJ 5).

4. El examen de lo actuado permite concluir que no se han producido en la intervención de las comunicaciones telefónicas los defectos alegados por la parte recurrente.

En efecto, los Autos de autorización y prórroga de intervención telefónica de la línea de la que era titular el recurrente don Juan Carlos Solé Vidal conectada en el domicilio que compartía con su hermano don Francisco Javier están suficientemente motivados al incorporar, por sí mismos y por remisión a las correspondientes solicitudes policiales, los extremos necesarios que permiten valorar que se ha realizado un adecuado juicio de proporcionalidad de la medida restrictiva del derecho fundamental.

Así, en primer término, constan los presupuestos legales para la medida, esto es, existencia de una investigación judicial en curso por una infracción punible grave, como es el delito contra la salud pública por tráfico de drogas, y los indicios tanto de la existencia del delito como de la conexión de la persona sometida a investigación con el mismo.

En segundo término, la finalidad legítima de la medida es la investigación del delito de tráfico de drogas, que, de conformidad con nuestro ordenamiento, ha de calificarse de grave, y, en particular, el objetivo concreto de la misma es identificar a los proveedores de droga de los sometidos a investigación; la idoneidad de la intervención para alcanzar este fin se razona en atención a que los contactos con los proveedores se producen a través del teléfono; y, por último, la necesidad estricta de la medida se sustenta también en la existencia de una previa investigación policial iniciada dos meses antes —octubre de 1994—, por cuanto evidencia que se ha procedido a efectuar la investigación por medios menos lesivos de derechos fundamentales, como son la vigilancia del pub y apostaderos, grabaciones de vídeo e identificaciones de las personas, entre otros.

Por último, consta la persona investigada como titular de la línea a intervenir, se individualiza la línea telefónica por su número, el nombre del abonado y el domicilio en el que está conectada, se identifica a la fuerza policial que la llevará a cabo, se precisa el período para el que se concede y, finalmente, se advierte que las conversaciones telefónicas deberán ser grabadas en su integridad, guardándose a disposición judicial las cintas y remitiéndose informe y transcripción de las conversaciones más relevantes.

De todo ello se deduce que tampoco puede considerarse carente de motivación el Auto que autorizó la prórroga, pues, de un lado, en él consta expresamente como fundamento de la misma la persistencia de los motivos que dieron lugar a la concesión de la intervención, y, de otro, en cuanto la ponderación de la proporcionalidad de la prórroga, requiere la toma en consideración de los resultados de la intervención en el período anterior (SSTC 49/1999, 166/1999). En todo caso hubo, además, control judicial de la intervención, como resulta del informe policial de diciembre de 1994, de la información incorporada a la solicitud de la prórroga

y de la posterior adveración judicial de las cintas y sus transcripciones.

Consecuencia de la legitimidad de la intervención telefónica y de la ausencia de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones es que también haya que desestimar la pretensión de lesión del derecho al proceso con todas las garantías que los recurrentes anudan a la valoración en juicio de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante la intervención telefónica.

5. También deben desestimarse las pretensiones relativas a las supuestas vulneraciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio y a un proceso con todas las garantías (respectivamente, arts. 18.2 y 24.2 CE), por las presuntas irregularidades cometidas en la autorización y ejecución del registro del domicilio de los recurrentes.

En primer término, el Auto de autorización de entrada y registro, por sí mismo e integrado con la correspondiente solicitud policial, contiene los elementos necesarios para entender ponderada la proporcionalidad de la medida restrictiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pues consta la finalidad de la medida, su necesidad y el objetivo concreto a alcanzar.

En segundo término, resulta suficiente con la delimitación de las personas que han de efectuar el registro aunque no se identifiquen individualmente con carácter previo (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7), de manera que basta la mención de que el registro se efectuará por miembros de la Policía Judicial. Por otra parte, lo que exige la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 558) es que se especifique si el registro ha de efectuarse de día o de noche. En tercer lugar, ni la falta de previsión de que el registro fuera a llevarlo a cabo el Secretario Judicial ni su efectiva ausencia durante el mismo tienen relevancia constitucional en el marco del derecho a la inviolabilidad del domicilio (SSTC 290/1994, FJ 4; 133/1995, FJ 4; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 35; 94/1999, de 31 de marzo, FJ 3, 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 11); ello, con independencia del hecho de que en el momento en que se verificó el registro, la redacción del art. 569 LECrim permitía que el Juez autorizara que el registro se realizara por un funcionario de la Policía Judicial que actuaría de Secretario, precepto que ha sido modificado por la Ley Orgánica 22/1995, de 17 de julio.

Por último, la falta de presencia de don Francisco Javier Solé Vidal en el momento en que se practicó el registro y específicamente de su dormitorio no tiene relevancia respecto del derecho a la inviolabilidad del domicilio y, en todo caso, no impide que el resultado del registro pueda ser incorporado como prueba de cargo contra este recurrente por vías diferentes a la de la incorporación al proceso del acta del registro, como las declaraciones en el juicio oral de los policías que efectuaron éste, como así sucedió.

A idéntica conclusión se llega respecto de la falta de presencia del Juez en la práctica del registro, que, de un lado, no era requerida por la legislación procesal en el momento en que el registro se verificó, pues se admitía su delegación en funcionarios de la Policía Judicial, y, de otro, sólo impediría que el resultado del registro se incorporase al proceso como prueba preconstituída a través del acta del mismo (STC 171/1999, FJ 12).

6. Alegan los recurrentes la vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías y del derecho de defensa (art. 24.2 CE), ocasionadas, de un lado, al haberse decretado el secreto de las actuaciones sin motivación suficiente y sin que concurrieran los requisitos que lo legitiman, y, de otro, porque se ocultó a los imputados su condición de tales así como la existencia del proceso mismo. De conformidad con la doc-

trina constitucional, se han de desestimar también estas pretensiones, pues el derecho a un proceso público sólo es de aplicación, además de a la Sentencia, «al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad» (SSTC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 2; 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2; 65/1992, de 29 de abril, FJ 2). Por tanto, ninguna vulneración del derecho a un proceso público se ha producido por decretar el secreto del sumario.

En el caso examinado, como argumenta la Sentencia del Tribunal Supremo y alega el Ministerio Fiscal, el secreto de las actuaciones se dictó en las diligencias de investigación, basándose la medida en su necesidad para evitar la frustración de la investigación del delito contra la salud pública en curso, seguido contra Juan Carlos Solé Vidal y otros. Por tanto, no se verifican los defectos alegados respecto de la motivación del Auto de secreto de sumario. Tampoco se produjo un retraso de la imputación formal de los recurrentes, toda vez que ésta tuvo lugar el 4 de febrero, tras realizarse el registro de su domicilio y su detención el 3 de febrero. En esta fecha se efectuó la declaración de los recurrentes como imputados ante el Juez de Instrucción, bajo asistencia letrada, con ilustración de los hechos que se les imputaban, así como con mención expresa de los derechos que les asistían. Por consiguiente, no puede entenderse que el secreto del sumario haya imposibilitado el ejercicio del derecho de defensa de los demandantes de amparo.

7. Se argumenta en la demanda en relación con el recurrente don Francisco Javier Solé Vidal la vulneración de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declarar contra parientes, sobre la base de que no se le habría advertido de su derecho a no declarar contra parientes y de que la declaración efectuada en estas condiciones se utilizó como prueba de cargo contra su hermano don Juan Carlos Solé Vidal. Del examen de las actuaciones aparece que no son ciertas tales alegaciones pues consta expresamente no sólo que se le ilustró de su derecho a no declarar, sino también de su derecho a no declarar contra parientes de conformidad con el art. 416.1 LECrim (folio 200).

8. Consecuencia necesaria de todo lo anteriormente expuesto es la desestimación de la presunta vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues la condena de ambos recurrentes se sustentó en pruebas obtenidas con todas las garantías. En efecto, las condenas se fundamentaron (fundamento jurídico tercero de la Sentencia de la Audiencia Provincial) en las cintas que fueron oídas en el juicio oral y sometidas a contradicción específica de los recurrentes y los testigos, las declaraciones de los Guardias Civiles que efectuaron la vigilancia y seguimiento de los imputados, las declaraciones de los Guardias Civiles que efectuaron el registro y que informaron sobre lo hallado en el mismo, las declaraciones de otro testigo, y las declaraciones de los coimputados don Felipe Marín y don Francisco Javier Solé Vidal.

Se trata, por tanto, de un cúmulo de evidencias suficientes a los efectos de que este Tribunal pueda manifestar, en el ámbito de sus competencias, que se ha enervado de forma legítima la presunción de inocencia de los recurrentes en la medida en que no resultan arbitrarias, ilógicas o excesivamente abiertas las inferencias realizadas por los Tribunales para deducir que los recurrentes poseían la droga incautada en el registro para traficar con ella.

Por todo lo expuesto entiendo, y así lo manifiesto en este Voto particular, que debió desestimarse el recurso de amparo.

Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil.—Pablo Cachón Villar.—Firmado y rubricado.

**1150** *Sala Segunda. Sentencia 311/2000, de 18 de diciembre de 2000. Recurso de amparo 1158/98. Promovido por doña Encarnación Palomo Cayón, en su calidad de tutora de la incapacitada doña Encarnación Ballesteros Palomo, frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de Primera Instancia de Oviedo que inadmitieron sus demandas de medidas provisionales y de separación matrimonial. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia) y a la igualdad: legitimación de una madre, tutora de su hija incapacitada, para ejercer acciones de separación matrimonial y de medidas preliminares. Voto particular.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1158/98, interpuesto por doña Encarnación Palomo Cayón, en su calidad de tutora de la incapacitada doña Encarnación Ballesteros Palomo, representadas ambas por la Procuradora doña Pilar Iribarren Cavalle y defendidas por el Letrado don Eduardo Estrada Alonso, contra las Sentencias núms. 105 y 106 de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Sexta), de fecha 23 de febrero de 1998, recaídas en apelación de las dictadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de la misma ciudad, en autos de juicio de separación 580/96 y autos de medidas provisionales 581/96, respectivamente. Ha comparecido el Ministerio Fiscal y don José Luis Valencia Fernández, representado por el Procurador don Antonio María Álvarez Buylla Ballesteros y defendido por el Letrado don Francisco Javier Gracia Menéndez. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el día 17 de marzo de 1998, doña Encarnación Palomo Cayón, en su calidad de tutora de la incapaz doña Encarnación Ballesteros Palomo, interpuso recurso de amparo contra las Sentencias dictadas por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha ambas 23 de febrero de 1998, recaídas en apelación formulada contra las Sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo, en autos de juicio de separación núm. 580/96 y de medidas provisionales núm. 581/96, respectivamente. Alega la recurrente la lesión de los derechos de igualdad y tutela judicial efectiva sin indefensión que consagran los arts. 14 y 24.1 CE.

2. La demanda de amparo se basa, en síntesis, en los siguientes hechos:

a) La Sra. Ballesteros Palomo, casada pero separada de hecho del Sr. Valencia Fernández desde hacía años, sufrió un accidente con graves secuelas físicas y psíquicas. La Sra. Ballesteros Palomo fue declarada mediante Sentencia incapaz y fue nombrada tutora de la misma su madre, la ahora actora (aunque con la oposición del Sr. Valencia).

Tras graves enfrentamientos entre la madre, Sra. Palomo Cayón, y el Sr. Valencia por el uso que hacía éste de los bienes de la incapaz, la primera en calidad de tutora presentó escrito en solicitud de autorización judicial para formular demanda y medidas de separación o divorcio contra el esposo de la tutelada. Por Auto de 31 de octubre de 1996, el Juzgado núm. 6 de Oviedo autorizó a la Sra. Palomo Cayón a interponer la mencionada demanda. La Audiencia (Sección Cuarta) confirmó esta decisión mediante Auto de 4 de febrero de 1998.

Con apoyo en el Auto de 31 de octubre de 1996, doña Encarnación Palomo Cayón interpuso demanda de separación (autos 580/96), en nombre de la incapacitada, contra el Sr. Valencia, solicitando la adopción de medidas provisionales (autos 581/96). El Juzgado núm. 3 de Oviedo dictó Auto, de 2 de abril de 1997, declarando no haber lugar a la adopción de las medidas provisionales al entender que la Sra. Palomo Cayón no estaba legitimada para cursar tal pretensión, al constituir un acto personalísimo derivado de un derecho del mismo carácter. Frente a esta resolución, la ahora recurrente formuló oposición, lo que dio lugar a incidente tramitado en pieza separada en el que recayó Sentencia de 9 de julio de 1997, por la que fue desestimada la mencionada oposición y confirmado el Auto de 2 de abril de 1997.

Paralelamente, fue dictada Sentencia de separación, de 11 de julio de 1997, por la que se estimó la excepción procesal de falta de personalidad de la actora, alegada por el Sr. Valencia, toda vez que «nos encontramos ante el ejercicio de un derecho de carácter personalísimo en que únicamente ostentan legitimación procesal para ser parte los cónyuges».

b) Se interpusieron sendos recursos de apelación contra las dos últimas Sentencias mencionadas, que fueron respectivamente desestimados. Así, en los autos 580/96 recayó Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Sexta), de 23 de febrero de 1998, cuyo fallo se fundamenta del siguiente modo:

«... acudir al principio constitucional de igualdad para otorgar legitimación activa al incapaz, ya que igualmente la tendría en el lado pasivo de la relación procesal, caso de tener que soportar el ejercicio de la misma acción ejercitada por el otro cónyuge capaz, es objeción difícil de compartir si se parte de una premisa incuestionable, cual la de que no puede haber igualdad entre sujetos naturalmente desiguales, como lo son la persona capaz y otra incapaz, dado que dichos estados jurídicos configuran un conjunto radicalmente diferente de derechos y deberes, sobre todo en cuanto a las posibilidades de ejercicio (fundamento jurídico 2.º).

En consecuencia: A) Si ... el art. 81 CC alude exclusivamente a ambos cónyuges ... en su primer apartado, o uno de ellos frente al otro, en el segundo, son los únicos legitimados para solicitar su separación, bien entendido que cuando dicho legislador quiere excepcionar tal régimen de exclusividad así lo hace constar de manera expresa, como ocurre con el citado art. 74, al permitir que la acción de nulidad matrimonial pueda ser ejercitada, además, por cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella ...; y B) Por último, si además el Tribunal Supremo (STS 26-5-82) recuerda el carácter personalísimo de la acción de separación, hay que concluir en base a todo lo expuesto ... que no cabe la posi-