

4074 *Sala Segunda. Sentencia 14/2001, de 29 de enero de 2001. Recurso de amparo 873/97. Promovido por don Marcolino Augusto Fernández y don Rafael Valdés Junquera, frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo y de un Juzgado de lo Penal, que les condenaron por un delito de contrabando de tabaco.*

Supuesta vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones, a un proceso con garantías, a la presunción de inocencia, a la inviolabilidad del domicilio, a la igualdad en la aplicación de la ley y a un juez imparcial: intervención telefónica proporcionada, motivada y controlada; condena fundada en pruebas lícitas, a pesar del silencio de los acusados durante el juicio oral; registros domiciliarios autorizados por resolución judicial motivada y desconectados de una intervención telefónica declarada nula; denegación de la rebaja de la pena, y Sala que había conocido y estimado un primer recurso de apelación contra una sentencia de instancia absolutoria.

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. 873/97, promovido por don Marcolino Augusto Fernández y don Rafael Valdés Junquera, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Juliá Corujo y asistidos por el Letrado don Ricardo Álvarez-Buylla Fernández, contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo el 29 de enero de 1997, en el rollo de apelación núm. 25/97, en causa seguida por delito de contrabando. Han intervenido el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Julio Diego González Campos, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 3 de marzo de 1997, la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Julia Corujo, en nombre y representación de don Marcolino Augusto Fernández y don Raúl Valdés Junquera, y bajo la dirección letrada de don Ricardo Álvarez-Buylla Fernández, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia a la que se ha hecho referencia en el encabezamiento.

2. Los hechos más relevantes que se desprenden de la demanda y de las resoluciones impugnadas son, en síntesis, los siguientes:

a) A partir del 16 de octubre de 1992, el Servicio de Vigilancia Aduanera de Gijón solicitó en varias ocasiones la intervención de diversos teléfonos en relación con la venta de tabaco de contrabando en bares y kioscos de la localidad, inicialmente respecto al teléfono del recurrente señor Augusto Fernández y después respecto

del teléfono del después coacusado señor Morán Álvarez. El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Gijón otorgó las correspondientes autorizaciones (por Autos de 19 de octubre y 4 de diciembre de 1992, respectivamente) y sus respectivas prórrogas.

b) El día 6 de febrero de 1993 fue detenido don Raúl Valdés Junquera, cuando salía de un hórreo alquilado, porque transportaba en su coche 3.000 cajetillas de tabaco rubio estadounidense, habiéndose localizado en el referido hórreo otras 10.000 cajetillas de la misma procedencia. El 9 de febrero de 1993, y a solicitud del Servicio de Vigilancia Aduanera, el Juzgado autorizó la entrada y registro en el domicilio del señor Augusto Fernández, donde se localizaron también distintas labores de tabaco.

c) Incoado el correspondiente procedimiento abreviado y celebrado el acto del juicio oral, éste fue anulado por Auto del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Gijón, con el fin de ofrecer el procedimiento al Abogado del Estado.

d) En la audiencia preliminar de la nueva celebración del acto del juicio oral se alegó por la defensa la vulneración de derechos fundamentales. Por Auto de 5 de mayo de 1995, el Juzgado de lo Penal acordó decretar la nulidad de la prueba de las intervenciones telefónicas, de los registros efectuados y de las declaraciones prestadas por los acusados. Por Sentencia de 1 de diciembre de 1995, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Gijón absolvió a los ahora recurrentes junto a otro acusado del delito de contrabando. Esta decisión se fundamenta, de manera extensa y detallada, en la nulidad de las intervenciones telefónicas (por falta de motivación y de control judicial de las mismas), que en aplicación de la doctrina de los «frutos del árbol prohibido» (art. 11.1 LOPJ), determina la nulidad de los registros llevados a cabo posteriormente, así como de las declaraciones de los tres imputados, lo que da lugar a la ausencia de actividad probatoria de cargo y, en definitiva, a la absolución.

e) Interpuesto recurso de apelación por el Abogado del Estado, la Audiencia Provincial de Oviedo lo estimó por Sentencia de 12 de marzo de 1996, declarando la nulidad de la Sentencia de instancia y de la resolución por la que se declaró la nulidad de la prueba de intervención telefónica, ordenando que se proceda a la nueva celebración del juicio oral con práctica de todas las pruebas propuestas y admitidas, ante otro Magistrado Juez de lo Penal, para que resuelva definitivamente con libertad de criterio.

f) Tras la celebración de un nuevo juicio oral (el tercero) ante un Juez de lo Penal distinto del que había dictado la Sentencia de instancia absolutoria, se dictó nueva Sentencia con fecha 9 de octubre de 1996, en el que se condenó a los recurrentes de amparo como autores de un delito de contrabando a las siguientes penas: a don Marcolino Augusto Fernández, dos años de prisión con accesorias legales y multa de 7.395.980 de pesetas, con seis meses de arresto sustitutorio para caso de impago; y a don Raúl Valdés Junquera, a un año y seis meses de prisión con accesorias legales y multa de 3.697.990 de pesetas, con tres meses de arresto sustitutorio en caso de impago, indemnización a la Hacienda Pública y costas procesales.

Esta decisión se fundamenta en la validez del Auto de 19 de octubre de 1992, que autorizó la intervención telefónica, y en la nulidad de las autorizaciones judiciales otorgadas a partir de la providencia de 5 de noviembre de 1992. Se considera asimismo válida la diligencia de entrada y registro en el domicilio de don Marcolino Augusto Fernández. Y reputa válidas, por estar desconectadas de las declaradas ilícitas, las declaraciones sumariales del coacusado don Antonio Morán Álvarez y de don Marcolino Augusto Fernández.

g) Los condenados interpusieron recurso de apelación que fue resuelto por la misma Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, en Sentencia de 29 de enero de 1997, que confirmó la anterior Sentencia de instancia y desestimó el recurso.

3. Denuncian los recurrentes las vulneraciones siguientes: del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE); del derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE); y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Las cuatro primeras alegaciones se encuentran interconectadas, ya que todas ellas hacen referencia a las pruebas de cargo. La demanda hace hincapié en que, aunque alguna de estas pruebas incurren por sí mismas en vulneraciones específicas de derechos (así la diligencia de entrada y registro domiciliario), las intervenciones telefónicas son ilícitas y ello acarrea la ilicitud de todos los demás medios probatorios, que tienen conexión causal con las referidas intervenciones. Las dos últimas alegaciones manifiestan autonomía respecto de las anteriores.

En cuanto a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en las intervenciones telefónicas, se señala que la Sentencia de instancia condenatoria declaró ilícitas las autorizaciones de intervención telefónica a partir de la providencia de 5 de noviembre de 1992, lo que implica que no son válidas las interceptaciones de la cabina telefónica y del teléfono del coacusado don Antonio Morán Álvarez. Pero sí otorgó validez al Auto de intervención de 19 de octubre de 1992, que permitió el control del teléfono de don Marcolino Augusto Fernández. Sin embargo, la demanda estima que este Auto infringe varios de los requisitos exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a las intervenciones telefónicas, y en particular los requisitos de proporcionalidad (a juicio de los recurrentes dicho requisito no se cumple porque la pena del delito de contrabando de géneros estancados no es muy elevada -de seis meses a tres años- y por el escaso reproche social que existe en relación con la conducta de contrabando de tabaco); falta de control judicial (una vez concluido el período de autorización no se entregaron al Juez las cintas en las que se grabaron las conversaciones telefónicas, y no fue el Instructor sino el Secretario judicial quien procedió a su audición y mucho después del referido período, en el mes de febrero de 1993, después de haber tomado declaración a los detenidos), y ausencia de motivación (el Auto de 19 de octubre de 1992 es un modelo impreso contenido en el programa informático del Juzgado, pues es idéntico a los posteriores), que no indica la conducta que motiva la solicitud de interceptación, ni las personas con las que se relaciona el Sr. Augusto Fernández en la venta del tabaco, ni quién es el conocido contrabandista de Valladolid que le provee de tabaco, ni los Agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera que llevan a cabo la investigación. Tampoco cabe admitir una posible motivación por referencia al oficio policial, porque la doctrina del Tribunal Constitucional ha considerado inaceptable esta posibilidad (STC 181/1995), ya que supondría delegar la decisión acerca de la autorización en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En cuanto a la denunciada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con el derecho a la presunción de inocencia respecto a las declaraciones de los acusados, se alega que las dos Sentencias impugnadas consideran que las declaraciones de los recurrentes de amparo y de otro coimputado están

desconectadas de las intervenciones telefónicas declaradas ilícitas y, por ello, tienen valor probatorio de la culpabilidad de los acusados. Sin embargo, según la demanda, no se cumplen las condiciones externas y objetivas exigidas por la STC 86/1995 para la validez de tales confesiones. A esta conclusión se llegaría por una pluralidad de circunstancias: en primer lugar, los acusados no escucharon las grabaciones, bien ninguna de las que les afectaban (caso del recurrente don Raúl Valdés Junquera), bien sólo alguna de ellas pero no todas (caso del otro recurrente don Marcolino Augusto Fernández y del coimputado don Antonio Morán Álvarez). En segundo lugar, a don Raúl Valdés Junquera no se le notificó la existencia de la intervención de las comunicaciones, una vez que éstas hubieron cesado, con lo que se impidió una efectiva contradicción; y en cuanto a los otros dos acusados (Sres. Augusto Fernández y Morán Álvarez) sólo se les informó indirectamente. En tercer lugar, el secreto de las actuaciones no se decretó desde la incoación de las diligencias previas, sino una vez que había terminado la investigación del Servicio de Vigilancia Aduanera, así como que el Ministerio Fiscal quedó al margen de todo el período de la instrucción. Y por último, se infringe el párrafo segundo del art. 118 LECrim que exige la inmediata comunicación al presuntamente inculcado desde la existencia de cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito.

Respecto de la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, se indica que la diligencia de entrada y registro en el domicilio del recurrente don Marcolino Augusto Fernández es nula, tanto por derivarse de las intervenciones telefónicas que según la demanda son ilícitas, como por vulnerar autónomamente el art. 18.2 CE. Esta vulneración autónoma se fundamenta en que el Auto de 9 de febrero de 1993, por el que se autoriza la entrada y registro, incumple los requisitos de motivación y proporcionalidad. Pues el Auto es un formulario posteriormente rellenado, que no contiene los datos o indicios que motivan el mandamiento. La motivación por remisión tampoco cabe, porque el oficio de la Servicio de Vigilancia Aduanera no expresa tales indicios y porque tal remisión implicaría una referencia a los indicios contenidos en las autorizaciones judiciales de intervención telefónica, que según los recurrentes son nulas.

En cuanto a la presunción de inocencia, se indica que de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se deriva la ilicitud de las restantes pruebas en virtud del art. 11.1 LOPJ, y en particular del registro en el hórreo y en el vehículo de don Raúl Valdés Junquera. Es, asimismo, ilícita la aprehensión de las cajetillas de tabaco y, a consecuencia de esta ilicitud, no es posible determinar si el tabaco era extracomunitario, lo que es necesario para la tipicidad de los hechos. De todo ello se deriva que no existe actividad probatoria de cargo que fundamente la condena.

Se alega a continuación que existiría también una vulneración del art. 14 CE. La Sentencia de apelación no rebajó la pena en un grado, lo que le permitía el art. 2.3 de la Ley Orgánica 7/1982, relativa al contrabando, «atención a las circunstancias del hecho y del culpable». Sin embargo, la misma Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, en su Sentencia de 13 de abril de 1994 (se aporta copia de la misma, aunque no en versión original) acordó conceder la rebaja en grado sobre la base del principio de proporcionalidad, en atención a la ausencia de circunstancias agravantes, al tabaco como género objeto del contrabando y al escaso reproche social de esta conducta. Todos esos criterios concurren asimismo en el presente caso. Además, en aquella resolución la mercancía alcanzó un valor de

46.000.000 de pesetas, mientras que en el presente supuesto no llega a los 4.000.000 de pesetas.

Por último, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y, en particular, de la imparcialidad objetiva del Juzgador, se habría producido por cuanto la inicial Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Gijón de 1 de diciembre de 1995 fue anulada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que ordenó que se celebrase un nuevo juicio ante un Magistrado Juez de lo Penal distinto de aquél que había dictado la decisión anulada. Sin embargo, el Tribunal que resuelve la apelación contra la Sentencia de instancia finalmente condenatoria es el mismo que había conocido la apelación anterior, es decir, la misma Sección Tercera de la referida Audiencia Provincial, compuesta por los mismos Magistrados y siendo Ponente el mismo Magistrado. De esta manera se vulnera la garantía de la imparcialidad objetiva del juzgador, pues en aquella ocasión se consideraron válidas las pruebas practicadas y por ello se anuló la Sentencia apelada.

Por todo ello, se solicita la concesión del amparo y que se declare la nulidad de las Sentencias impugnadas, así como la absolución o, en su caso, se acuerde la rebaja en un grado de la pena impuesta. Por otro lado, se solicita la suspensión de la ejecución del fallo condenatorio.

4. Por providencia de 18 de mayo de 1998, la Sección Tercera de este Tribunal acordó conceder a los recurrentes y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que pudieran formular las alegaciones que estimaran pertinentes, en relación con la carencia de contenido constitucional de la demanda [art. 50.1 c) LOTC].

5. Formuladas las alegaciones pertinentes, la Sección acordó, mediante providencia de 3 de julio de 1998, admitir a trámite la demanda y solicitar de los órganos judiciales la remisión de copia adverada de las actuaciones. Asimismo, se solicitó del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Gijón el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento.

6. Mediante escrito de 7 de julio de 1998, el Abogado del Estado solicita ser tenido por personado y parte en el proceso de amparo.

7. Mediante escrito registrado el 26 de agosto de 1998, don Antonio Morán Álvarez interpone recurso de amparo contra las mismas resoluciones combatidas en el presente recurso de amparo, ratificando y adhiriéndose al recurso ya presentado por los recurrentes. Por providencia de 14 de septiembre de 1998, la Sección acordó darle un plazo para que compareciera con representación procesal, tanto si pretendía interponer recurso de amparo como si quería comparecer para formular alegaciones sobre el recurso ya interpuesto.

8. Por providencia de 22 de octubre de 1998, la Sección, no habiendo hecho manifestación alguna don Antonio Morán Álvarez, acordó tenerle por decaído en su derecho a personarse en las presentes actuaciones y dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente, al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal por un plazo común de veinte días, para que formularan alegaciones.

9. Mediante escrito, registrado el 13 de noviembre de 1998, la Procuradora señora Juliá Corujo evacua el trámite conferido dando por reproducidas las alegaciones ya vertidas en la demanda de amparo e insistiendo en la petición de amparo.

10. El Abogado del Estado formula sus alegaciones en escrito registrado el 20 de noviembre de 1998, oponiéndose a la concesión de amparo por considerar que no existe vulneración alguna de los derechos denunciados.

11. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional evacúa el trámite conferido, mediante escrito registrado el 26 de noviembre de 1998. En él solicita la estimación parcial del recurso por haberse vulnerado los derechos de los recurrentes a un proceso con todas las garantías y a la inviolabilidad del domicilio de don Marcolino Augusto Fernández.

Señala al respecto, en síntesis y en primer lugar que, por lo que se refiere al derecho al secreto de las comunicaciones, el único punto subsistente tras la anulación de las prórrogas acordadas por providencia es el de los Autos iniciales que, en consecuencia, limitaron sus efectos al tiempo inicialmente concedido. Entiende el Fiscal que los Autos que acordaron dichas intervenciones, según se desprende de la transcripción efectuada en la Sentencia de instancia, están suficientemente motivados, teniendo en cuenta el prolijo informe del Servicio de Vigilancia Aduanera que sirvió de base para su concesión (folios 173 y 174 respecto al teléfono de don Marcolino, 189 respecto de don Antonio Morán), sin que resulte admisible, a efectos de determinar la regla de proporcionalidad de los sacrificios, la referencia que hacen los demandantes a las penas procedentes por el delito de contrabando. Establecida la existencia de fundamentación y de proporcionalidad, la cuestión del control ulterior es abordada por la Sentencia de instancia, que considera probado, con base a la testifical practicada en el juicio oral y dada la falta de documentación en las actuaciones, que las cintas y la transcripción de su contenido se entregaron a la autoridad judicial semanalmente, cuestión cuya apreciación corresponde a los órganos judiciales.

Los demandantes de amparo refieren sus quejas de infracción del derecho al secreto de las comunicaciones no sólo a las resoluciones judiciales, sino a la propia Ley en que éstas se amparan; pero el recurso de amparo es un instrumento de protección de los derechos fundamentales frente a actos u omisiones, o disposiciones de rango inferior a la Ley, de los poderes públicos, de modo que el mismo no permite una impugnación directa de aquélla, que sólo podrá ser objeto, en su caso, del recurso o cuestión de inconstitucionalidad, de acuerdo con los arts. 53.1, 161.1 a) y 163 de nuestra Constitución.

Prosigue el Fiscal, señalando que, afirmado que la resolución judicial no anulada —Auto inicial de intervención telefónica— era no sólo motivada, aunque en parte por remisión al oficio del Servicio de Vigilancia Aduanera, sino que ponderó los intereses en conflicto, y que existió un control de las cintas —de modo que la falta de una previa documentación de cada acto de entrega no constituye sino un simple defecto formal, ya que en el juicio se acreditó la entrega semanal de aquéllas—, únicamente cabría estimar la violación del derecho al secreto de las comunicaciones si se entiende que la misma deriva directamente de las previsiones —o más bien de su falta— legales según lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 30 de julio de 1998 (caso Valenzuela C. España). En este punto considera el Fiscal que la jurisprudencia, tanto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo como de este Tribunal, han supuesto la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de las exigencias que, para las intervenciones telefónicas, supone el art. 8.2 CEDH, con las notas de publicidad, especificación de gravedad de delitos, etc., que ha plasmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso de que el Tribunal no lo estime así y declare que tales precisiones no es suficiente que se plasmen por la jurisprudencia, sino que han de recogerse expresamente en la legislación vigente, procederá otorgar el amparo por este motivo, y, en consecuencia, elevar al Pleno cuestión de inconstitucionalidad del art. 579

LECrim., en tanto en cuanto su escueta regulación resulta contraria al art. 18.3 CE.

Más adelante, señala el Fiscal ante el Tribunal Constitucional que la primera alegación relativa al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia se refiere esencialmente al hecho de que no se diera inmediata audiencia de todas las cintas aportadas a los imputados, se declarara el secreto sumarial con posterioridad a dichas declaraciones y se produjera un retraso en el traslado de la imputación. En este apartado, dice, hemos de circunscribirnos al derecho a un proceso con todas las garantías: partiendo de la base de que las actuaciones sumariales no constituyen en principio pruebas, sino simples medios de preparación del juicio oral, salvo los casos excepcionales de pruebas preconstituidas con todas las garantías legales, el simple hecho de que en dicha fase no se diera a los imputados audiencia completa de las cintas carece de entidad, puesto que tuvieron ocasión de conocerlas e impugnarlas, tanto desde la perspectiva jurídica —lo que hicieron con éxito, al menos parcial— como incluso fáctica, solicitando en su caso la oportuna pericia, respecto de las conversaciones mantenidas en el período de intervención cuya validez se mantuvo por los órganos judiciales; y lo mismo ha de decirse respecto de la declaración de secreto de las actuaciones, ya que la misma pudo constituir una irregularidad procesal, pero en ningún caso ha determinado indefensión alguna para los recurrentes, que han tenido ocasión de impugnar las practicadas en dicho período.

Ahora bien, prosigue el Fiscal, por lo que se refiere a las declaraciones sumariales, debe tenerse en cuenta que los acusados ejercieron en el juicio su derecho a no declarar, y que ninguna gestión o petición se hizo de lectura de aquéllas, sino que, según consta en el acta, las partes acusadoras se limitaron a pedir, y así se acordó, la inclusión de las preguntas que se les hicieron, aunque Raúl Valdés contestó a su defensor, reconociendo que era el titular arrendatario del hórreo. Únicamente puede apreciarse, en consecuencia, violación del derecho a un proceso con todas las garantías desde la exclusiva perspectiva de que se tuvieron en cuenta declaraciones sumariales que no fueron traídas en forma contradictoria al juicio oral y que, en consecuencia, no debieron ser tenidas en cuenta por el Juzgado de instancia.

Respecto de la inviolabilidad del domicilio, esta cuestión es abordada en el fundamento de Derecho segundo de la Sentencia de instancia, que trata de los dos registros efectuados: a) por lo que se refiere al practicado en el hórreo, cuya falta de autorización judicial queda justificada esencialmente porque «no existe el menor vestigio en autos, de que el precitado hórreo, constituía morada del aludido acusado» (Raúl Valdés), y por el hecho de que dicho registro se hizo a presencia de aquél, que ninguna queja expuso al respecto, ni en dicho acto ni con posterioridad, y únicamente en el acto del juicio oral negó ser suya una firma obrante en el acta. Por tanto, al no constituir una morada, ni permanente, ni eventual, del interesado, no era preciso el previo mandamiento judicial, que queda reservado al domicilio, en el sentido amplio de morada, de acuerdo con el art. 18.3 CE. Por lo que respecta al tabaco intervenido en el maletero del turismo propiedad de don Raúl Valdés Junquera, el mismo tampoco constituye domicilio a efectos de la citada norma constitucional, y, en consecuencia, tampoco era preciso el mandamiento judicial; b) en cuanto al realizado en el domicilio de don Marcolino Augusto Fernández, existió autorización judicial mediante Auto motivado, pero éste resulta excesivamente sucinto, no cumpliendo con las exigencias constitucionales: se limita

a apreciar la propia competencia del instructor, autoriza la entrada y registro tanto de día como de noche, pese a tratarse de la morada de aquél, y está absolutamente ausente de ponderación alguna de los intereses en conflicto la inviolabilidad del domicilio e interés en el resultado de una investigación criminal: debe, en consecuencia, afirmarse que hubo vulneración del art. 18.2 CE desde la propia perspectiva del mismo Auto, por lo que resulta indiferente que el registro se practicara a presencia del cónyuge del posteriormente condenado y con intervención del Secretario judicial. En consecuencia, ningún valor ha de darse a los objetos hallados en dicho domicilio.

En cuanto a la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, los demandantes de amparo formulan dos alegaciones, la primera enlazada con la denunciada vulneración de ciertas garantías procesales, y la segunda anudada a la ilicitud de las intervenciones telefónicas. Aún admitiendo las vulneraciones constitucionales indicadas —es decir, a un proceso con todas las garantías, y a la inviolabilidad del domicilio en el caso de Marcolino— ello no significa que no haya existido prueba de cargo suficiente, e independiente de aquéllas, para desvirtuar la presunción de inocencia: como tales pruebas independientes deben mencionarse las intervenciones de tabaco en poder de Juan Carlos García Díez el 25 de enero de 1993, la realizada en el hórreo de Raúl Valdés Junquera, y las declaraciones testificales prestadas en el juicio, en los apartados referidos a tales hechos. Por tanto, entiende el Fiscal que no ha habido violación del derecho a la presunción de inocencia de los ahora recurrentes en amparo. Respecto de las intervenciones de tabaco indicadas, las propias Sentencias las declaran independientes de cualquier diligencia que pueda ser considerada nula por violación de derechos fundamentales. En el presente caso, al igual que en el resuelto en la STC 81/1998, «no puede estimarse que sea irrazonable o arbitrario», por lo que no cabe apreciar en este punto violación del derecho a un proceso con todas las garantías ni, en consecuencia, a la presunción de inocencia.

Los demandantes alegan, asimismo, la violación del art. 14 CE -que califican de igualdad ante la Ley, aunque sería más bien en su aplicación porque la Audiencia Provincial no hizo uso de la facultad de degradar la pena establecida en el art. 2.3 de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, de Contrabando, para lo que citan como términos de comparación la Sentencia dictada por la misma Sección de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 13 de abril de 1994, de la que aportan, no un testimonio, sino una transcripción de los fundamentos de Derecho publicada en una revista jurídica. Este motivo, dice el Fiscal, no puede prosperar: en primer término, porque lo que preveía dicha norma era una facultad atribuida a los órganos judiciales que, atendido el caso concreto, podían hacer uso de ella o no, y, en segundo lugar porque, en todo caso, la Sentencia de apelación dedica el fundamento de Derecho cuarto a explicar las razones por las que, en el presente supuesto, considera no procedente el uso de esta facultad. Lo que prohíbe el art. 14 CE no es tanto un trato desigual, como que dicha desigualdad no resulte fundada.

Finalmente, y en cuanto a la denunciada violación del derecho a un Juez imparcial, porque la Sala que resolvió la segunda apelación es la misma, con idéntica composición, que la que había anulado la Sentencia dictada inicialmente en primera instancia, lo cierto es que la Sala da una explicación razonada y fundada para desestimar esta pretensión, articulada en la apelación, y a la que dedica el fundamento de Derecho primero.

Aparte de que no se formuló recusación en tiempo y forma, la Audiencia tuvo en cuenta que el Juez de lo Penal había celebrado el juicio, y con un criterio garantista no exigido por este Tribunal (AATC 202/1994 y 132/1996) consideró procedente la sustitución de aquél; por el contrario, la primera apelación había tenido como objeto exclusivo no la valoración de las pruebas, sino la merma del derecho de defensa de las acusaciones al anticipar la anulación de determinadas pruebas y apreciar una directa vinculación de todas las demás, por lo que consideraba que no tenía formado un juicio previo acerca de su resultado, ya que realmente no llegó a tener pleno conocimiento de la instrucción realizada.

Por todo lo expuesto, el Fiscal interesa se dicte Sentencia que estime parcialmente el presente recurso de amparo y, en consecuencia, declare que se ha vulnerado el derecho de los imputados a un proceso con todas las garantías, en tanto en cuanto se tuvieron en cuenta declaraciones sumariales que no fueron traídas en forma contradictoria al juicio oral y que, en consecuencia, no debieron ser tenidas en cuenta por el Juzgador de instancia; y que se ha producido vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de don Marcolino Augusto Fernández, ya que el Auto acordando la entrada y registro en aquél carece de la necesaria fundamentación y ponderación.

12. Por providencia de 25 de enero de 2001, se señaló para la deliberación, votación y fallo de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso de amparo son las resoluciones judiciales dictadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Gijón y por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que les condenaron como autores de un delito de contrabando de tabaco, a las que se imputa la vulneración de ciertos derechos fundamentales: en concreto, al secreto de las comunicaciones, a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia, a la inviolabilidad del domicilio y a la igualdad. Tales vulneraciones tienen como presupuesto la pretendida ilicitud de las intervenciones telefónicas acordadas de don Marcolino Augusto Fernández. Además, existiría vulneración del derecho a la imparcialidad objetiva del Juzgador.

2. Comenzando el análisis por la denunciada vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones ha de señalarse que la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente legítima si está legalmente prevista con suficiente precisión, si está autorizada por la autoridad judicial en el curso de un proceso mediante una decisión suficientemente motivada y si se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece cuando se adopta para la prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FFJJ 1 y 2; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 2, y 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2, entre las últimas).

Sobre el principio de proporcionalidad, y en el ámbito de las escuchas telefónicas, como se recordaba en la STC 126/2000, FJ 6, nuestra doctrina (últimamente SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 5; 121/1998, de 15 de junio, FJ 5; 151/1998, de 13 de julio; 49/1999, de 5 de abril, FFJJ 7 y 8; 166/1999, FJ 2; 171/1999, FJ 5, y 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 3) y las

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos Klass, Sentencia de 6 septiembre de 1978; Malone, Sentencia de 2 de agosto de 1984; Kuslin y Huvig, Sentencia de 24 de abril de 1990; Haldford, Sentencia de 25 de marzo de 1998; Klopp, Sentencia de 25 de marzo de 1998; y Valenzuela, Sentencia de 30 de julio de 1998), mantienen que una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede entenderse constitucionalmente legítima, desde la perspectiva de este derecho fundamental, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad (STC 49/1999, FJ 7). Es decir, si, como antes se ha dicho, la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como —entre otros—, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves, y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos (ATC 344/1990, de 1 de octubre; SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 54/1996, de 26 de marzo, FFJJ 7 y 8; 123/1997, de 1 de julio, FJ 4; 49/1999, FJ 8 y 166/1999, FJ 5) La comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de construirse analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción (SSTC 126/2000, FJ 8, y 299/2000, FJ 2).

A todo ello hay que añadir que también incide en la legitimidad de la medida la falta de expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención —datos objetivos que hagan pensar en la posible existencia de delito grave, conexión de las personas con los hechos— como de la necesidad y adecuación de la medida —razones y finalidad perseguida— (STC 54/1996, FJ 8). El presupuesto habilitante es, como hemos afirmado reiteradamente, un *prius* lógico «pues, de una parte, mal puede estimarse realizado ese juicio, en el momento de adopción de la medida, si no se manifiesta, al menos, que concurre efectivamente el presupuesto que la legitima. Y, de otra, sólo a través de esa expresión, podrá comprobarse ulteriormente la idoneidad y necesidad (en definitiva, la razonabilidad) de la medida limitativa del derecho fundamental (SSTC 37/1989, 3/1992, 12/1994, 13/1994, 52/1995, 128/1995, 181/1995 y 34/1996)» (STC 49/1999, FJ 7).

3. Pues bien, en aplicación de la doctrina expuesta, no cabe entender que se haya producido vulneración alguna del art. 18.3 CE. En la demanda, dentro de la queja sobre la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, se cuestiona, en primer lugar, la proporcionalidad de la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas por la escasa entidad del delito para cuya investigación se acordó la misma. A juicio de los recurrentes, la intervención no es respetuosa con el principio de proporcionalidad al tratarse de un ilícito conminado con una pena no muy elevada (de 6 meses a 3 años de prisión) y con un escaso reproche social.

Como ya señaló este Tribunal (STC 299/2000, FJ 2), resolviendo una alegación idéntica, no puede sostenerse que en el momento en que el órgano judicial adoptó la medida los hechos investigados de contrabando de tabaco fueran constitutivos de un delito leve o menos grave en atención a la pena prevista, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 27 CP (texto refundido de 1973), entonces vigente, la pena de prisión menor prevista en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, modificadora de la legislación en materia de contrabando, junto con la de multa de tanto al duplo del valor de los géneros aprehendidos, estaba calificada como pena grave, por lo que no puede descartarse que,

en atención a la pena, los hechos investigados no pudieran ser calificados de infracción grave.

Por otra parte, la gravedad de los hechos no ha de determinarse únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, sino que también han de tenerse en cuenta el bien jurídico protegido y la relevancia social de la actividad. En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, el legislador democrático ha plasmado esa relevancia social al proclamar que «El impacto social, económico y recaudatorio del comercio ilegítimo de labores de tabaco obliga a intensificar la reacción jurídica frente a este ilícito». En definitiva, no puede cabalmente decirse que, en este caso, no haya sido observado el requisito de la proporcionalidad.

4. Los demandantes de amparo también entienden que ha existido un deficiente control judicial en la incorporación a la investigación de las escuchas. Sin embargo, hemos dicho (últimamente en las SSTC 121/1998, FJ 5; 166/1999, FJ 2; 236/1999, FJ 4, y 126/2000, FJ 9), que no constituyen una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas en el control judicial a posteriori del resultado de la intervención telefónica, pues no tienen lugar durante la ejecución del acto limitativo de derechos, sino en la incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales. En definitiva, todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 121/1998, FJ 5; 151/1998, FJ 4, y 49/1999, FFJJ 12 y 13).

En todo caso, el control judicial puede resultar ausente o deficiente en caso de falta de fijación judicial de los períodos en que debe darse cuenta al Juez de los resultados de la restricción, así como en caso de su incumplimiento por la Policía; igualmente, queda afectada la constitucionalidad de la medida si, por otras razones, 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 (SSTC 49/1999, FJ 5; 166/1999, FJ 3, y 299/2000, FJ 7).

En el presente caso, la cuestión del control ulterior es abordada por la Sentencia de instancia, que considera probado, con base en la testifical practicada en el juicio oral y dada la falta de documentación en las actuaciones, que las cintas y la transcripción de su contenido se entregaron a la autoridad judicial semanalmente («los agentes comparecieron semanalmente a dar cuenta al Juez Instructor, presentándole las cintas y la transcripción de su contenido, para el debido conocimiento del curso de la investigación por la autoridad judicial»), cuestión cuya apreciación corresponde a los órganos judiciales. En todo caso, cabe observar que los folios 6 a 81 de las actuaciones están constituidos por relaciones de llamadas, con expresión de fechas, horas, número de cinta, extensión en la misma, y un resumen de su contenido, y que, evidentemente, hemos de circunscribirnos a los controles efectuados exclusivamente en el primer período de observación, que es el único al que conceden validez las Sentencias recurridas.

5. Por último, en lo que respecta a las quejas sobre la vulneración del derecho al secreto de las comunica-

ciones, denuncian los recurrentes que el Auto de 19 de octubre de 1992, por el que se autorizó la intervención telefónica a don Marcolino Augusto Fernández, está carente de motivación (es un modelo impreso, no indica la conducta que motiva la solicitud policial, ni las personas con las que se relaciona el Sr. Augusto Fernández, etc.).

Es claro que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar, como tiene declarado este Tribunal Constitucional, las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución (SSTC 49/1996, FJ 3, y 236/1999, FJ 3). Así pues, también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo (STC 171/1999, FJ 8). En efecto, el juicio sobre la legitimidad constitucional de la medida exige verificar si la decisión judicial apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público, pues «la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida —la averiguación de un delito— y el sujeto afectado por ésta —aquél de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o puede hallarse relacionado con él— es un prius lógico del juicio de proporcionalidad» (STC 49/1999, FJ 8, doctrina que reiteran las SSTC 166/1999, FJ 8; 171/1999, FJ 8, y 299/2000, FJ 4).

La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas, que no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que «precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido» (STC 49/1999, FJ 8). Esas sospechas han de fundarse en «datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave», o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 —caso Klass— y de 5 de junio de 1992 —caso Lüdi) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim, en «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3)

(SSTC 49/1999, FJ 8; 166/1999, FJ 8; 171/1999, FJ 8, y 299/2000, FJ 4).

Se trata, en consecuencia, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez y se tomaron en consideración por éste elementos de convicción que constituyan algo más que meras suposiciones o conjeturas de la existencia del delito o de su posible comisión y de que las conversaciones que se mantuvieran a través de la línea telefónica indicada eran medio útil de averiguación del delito. En consecuencia, la mención de datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de su comisión o por quienes con ella se relacionaban y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 49/1999, FJ 8; 166/1999, FJ 8, y 171/1999, FJ 8). Será necesario establecer, por lo tanto, para determinar si se ha vulnerado o no el secreto de las comunicaciones, la relación entre el delito investigado y los usuarios de los teléfonos intervenidos, individualizar los datos que hayan llevado a centrar las sospechas en ellos y analizar, finalmente, si éstos tenían algún fundamento objetivo que justificara la adopción de la medida limitativa.

Pues bien, en contra de lo que se afirma en la demanda, el Auto del Juzgado de Instrucción de Gijón núm. 2, por el que se autoriza la intervención telefónica, cumple los requisitos establecidos por la doctrina de ese Tribunal y especialmente por la STC 54/1996, de 26 de marzo. Esta decisión reconoció la violación del derecho fundamental por una resolución judicial que no determinaba «ni las personas afectadas», «ni el hecho punible investigado», «ni ... las razones que determinaron la adopción de tal medida», «ni tampoco cuál era la finalidad perseguida con [el] mandamiento judicial» (FJ 8). Pero no ocurre otro tanto en el presente caso: basta reparar en que el Auto autorizando la intervención telefónica se adopta tras dos informes del Servicio de Vigilancia Aduanera en los que, para justificar dicha intervención, se indica la existencia de un importante contrabando de tabaco, la participación como organizador del mismo de don Marcolino Augusto Fernández e incluso la cuantía estimada del ilícito tráfico, indicios que están presentes en la resolución judicial, al integrarse en ésta los datos facilitados por el referido Servicio. De suerte que, en virtud de esta integración, se conocían el hecho punible investigado y su gravedad así como las personas afectadas, que son las razones que justifican la medida (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4, y 139/1999, de 22 de julio, FJ 2).

Descartada, pues, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, ninguna vulneración se ha producido del derecho a un proceso con todas las garantías, al no valorarse en el juicio prueba alguna obtenida con violación de derechos fundamentales y, en consecuencia, no existe la conexión de antijuridicidad entre el derecho fundamental dicho y las pruebas en las que los órganos judiciales han fundamentado la condena de los actores.

6. Ello nos introduce en la alegación de los actores, consistente en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por ser nulas el resto de las pruebas practicadas, por su conexión con las intervenciones telefónicas declaradas ilícitas. En este caso, nos encontramos con la vulneración del art. 24.2 CE y con un problema de valoración de prueba.

La Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Gijón, de 9 de octubre de 1996, dedica un amplio apartado

a examinar las pruebas que no tienen conexión con las intervenciones telefónicas anuladas, afirmando que tienen un valor probatorio indiscutible las siguientes: la declaración del coacusado don Antonio Morán Álvarez (que es especialmente prolija y concreta en relación con el modo de operar en la ejecución del delito), las manifestaciones del acusado don Raúl Valdés Junquera, las declaraciones de don Marcolino Augusto, las conversaciones telefónicas bien intervenidas del mismo, sus anotaciones en libretas y papeles y las declaraciones testimoniales de don José Manuel Sánchez Blanco, ratificadas en la vista oral. En relación con las declaraciones de los acusados la Sentencia del Juzgado de lo Penal examina su posible conexión con las pruebas viciadas, pero, teniendo en cuenta la doctrina de la STC 86/1995, de 6 de junio, llega a la conclusión de la validez de las pruebas. En este sentido se puede traer también a este caso el criterio sentado en la STC 81/1998, de 2 de abril. En esta resolución se afirma que no corresponde al Tribunal Constitucional valorar la existencia de conexión entre pruebas realizadas por el órgano jurisdiccional, por cuanto es a éste al que, en principio, le corresponde valorar en general el material probatorio. En aquella ocasión el Tribunal sentenciador llegó a la conclusión de que no existía conexión entre la prueba viciada y la derivada porque existían otros indicios y pruebas que hubieran permitido llegar a averiguar los hechos enjuiciados del mismo modo y este Tribunal Constitucional consideró que tal modo de resolver la cuestión no fue irrazonable o arbitrario.

Esta doctrina es plenamente aplicable al presente caso, pues, desde el inicial informe del Servicio de Vigilancia Aduanera, anterior a todas las escuchas, hasta el juicio oral, se acumularon un gran número de datos, consecuencia de pruebas cuya eficacia no está en duda (actuaciones de los Agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera, primeras escuchas, etc.) de modo que, prescindiendo de las intervenciones telefónicas declaradas nulas e incluso de las pruebas de ellas directamente derivadas, se podría haber llegado también a probar los hechos enjuiciados, desvirtuando constitucionalmente la presunción de inocencia.

7. Llegados a este punto conviene salir al paso de la conclusión a que llega el Ministerio Fiscal, en el sentido de negar valor probatorio a las declaraciones del acusado don Antonio Morán Álvarez durante la instrucción al negarse en la vista oral a contestar a las preguntas de la acusación y ser dadas «por reproducidas», según señala.

Es verdad que este Tribunal tiene señalado que la posibilidad de considerar como prueba las diligencias sumariales o preparatorias está supeditada a que se reproduzcan en el juicio oral, o se ratifiquen en su contenido sus autores, o se dé a las partes la posibilidad efectiva de contradecirlas en dicho acto, no bastando la simple fórmula de «reproducidas» del uso forense y sin más atención sobre ellas, ni aun con el asentimiento del acusado, porque no hay que olvidar que tanto por el principio acusatorio de nuestro sistema procesal penal, como por imperativo constitucional, es al acusador, público o privado, a quien corresponde aportar las pruebas de cargo o inculpativas, es decir, no es el acusado quien tiene que acreditar su inocencia, sino la acusación su culpabilidad (SSTC 150/1987, de 1 de octubre, 161/1990, de 19 de octubre, 140/1991, de 20 de junio, 32/1995, de 6 de febrero). La STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, señaló que no puede negarse toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, siempre que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones

que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Esta doctrina fue reiterada y perfilada en las SSTC 22/1988, de 18 de febrero, 25/1988, de 23 de febrero, 82/1988, de 28 de abril, 137/1988, de 7 de julio, 98/1990, de 24 de mayo, 80/1991, de 15 de abril, 336/1993, de 15 de noviembre, 51/1995, de 23 de febrero, 200/1996, de 3 de diciembre, 40/1997, de 27 de febrero, 153/1997, de 29 de septiembre, 41/1998, de 24 de febrero, y 115/1998, de 1 de junio, en las que se catalogan los requisitos para la validez probatoria de las diligencias sumariales: debe tratarse de actuaciones, en principio, no reproducibles en el juicio oral, intervenidas por la autoridad judicial, con garantía de contradicción y repetidas como prueba en el juicio oral mediante la lectura efectiva de los documentos que acreditan su contenido.

En el presente caso, ninguna alegación formulan al respecto los recurrentes. En ningún momento se quejan en la demanda de tal tacha procesal, como tampoco lo hicieron al formular los recursos de apelación. Por el contrario, la Sentencia del Juzgado de lo Penal dedica especial atención a la cuestión en su extenso fundamento jurídico segundo. Allí señala que, respecto del ulterior silencio en la vista oral del acusado don Antonio Morán Álvarez, «el hecho de guardar silencio no contestando a ninguna pregunta de las formuladas por las acusaciones, no cabe equipararlo a una retractación, mas si así se considerase, ello no supone que necesariamente los órganos judiciales tengan que prescindir de toda la prueba sumarial, que no carece de valor, al haberse practicado con asistencia de Letrado. Es doctrina del Tribunal Constitucional, la de que el Tribunal puede valorar libremente unas y otras declaraciones (fase sumarial y plenario), ponderando proximidad a los hechos, espontaneidad y sinceridad comparativas, y optar por la que en su convicción considere más fiable (SSTC 4 de octubre de 1985; 16 de diciembre de 1985; 17 de junio de 1986; 28 de abril de 1988; 30 de noviembre de 1989 y 19 de octubre de 1990), lo que, en el caso de autos, lleva a atribuir mayor verosimilitud a lo manifestado en fase de instrucción, no contradicho en la vista oral».

Tal y como se recoge en la transcripción del acta del juicio oral, firmada y averada por el Secretario Judicial, tanto don Marcolino Augusto Fernández, como don Raúl Valdés Junquera y don Antonio Morán Álvarez, se negaron a contestar a las preguntas que les formularon el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ahora bien, en los tres casos se les pregunta concretamente, entre otras cosas, si se ratifican en sus declaraciones anteriores ante los Agentes de Policía y en el Juzgado (las de folios 81 a 85, respecto a don Marcolino Augusto; folios 60, 109 y 110, respecto a don Raúl Valdés; y folios 119, 120, 125 a 125, respecto a don Antonio Morán). De esa negativa a contestar a las diversas preguntas que se les formulan, y que aparecen reflejadas detalladamente en el acta, acogiéndose al derecho a no declarar, no cabe, sin más, concluir en que no ha existido contradicción.

El contenido de los folios especificados por la acusación era evidente y conocido por los acusados y sus defensas, por lo que el silencio mantenido no puede ser apreciado como una retractación que, en todo caso, también puede ser valorada, como hizo el Juez de lo Penal. Además, el resto de las preguntas incidía directamente sobre los hechos en los que existían otras pruebas de la participación de los acusados. Por otra parte, las declaraciones de los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera, contestando en la vista oral a las preguntas de las acusaciones y las defensas, corroboran la misma.

8. Hemos de ocuparnos ahora de la denunciada vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

Nuestra doctrina ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva. Recientemente, en las SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, y 136/2000, de 29 de mayo, FJ 4, hemos señalado los requisitos esenciales: esa motivación, para ser suficiente, debe aportar los elementos que permitan posteriormente realizar el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 18/1999, de 22 de febrero). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo de entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) (SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 290/1994, FJ 3; ATC 30/1998, de 28 de enero, FJ 4).

A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente ha de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial que puede ser origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una *notitia criminis* alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión: se trata de la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido; la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos: su necesidad para alcanzar el fin perseguido; y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos, pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos sobre sus límites. Esto es, un juicio de proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 239/1999, FJ 5, y 136/2000, FJ 4).

Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida —la investigación del delito— con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10, y 8/2000, de 17 de enero, FJ 4).

9. Pues bien, en el presente caso, la entrada y registro en el domicilio de don Marcolino Augusto fueron

autorizados por Auto de 9 de febrero de 1993, realizándose el mismo día. Dicho Auto, dictado en el desarrollo de un procedimiento sumarial de investigación, contiene una motivación en la que se determina el titular del domicilio, su situación y el objeto de la entrada y registro. Se trata de don Marcolino Augusto, cuyo domicilio está en la calle Ernesto Winter, 7-2, y se trata de «localizar documentos y efectos relacionados con el contrabando de tabaco». Además de esta motivación, se dan otras circunstancias que no parecen dejar lugar a dudas sobre la justificación del registro. Así, éste se produce, a solicitud del Servicio de Vigilancia Aduanera, cuando la investigación está ya avanzada, de modo que es perfectamente posible comprobar con el examen de las actuaciones judiciales en qué medida la entrada en el domicilio del principal imputado es importante para conseguir documentos que faciliten la investigación y los efectos del delito, y se trata del domicilio de quien aparece como principal organizador de la comisión del delito. Además, se ejecutó a presencia del Secretario Judicial, que levantó la correspondiente acta, y de la mujer de don Marcolino Augusto, con lo que durante la actuación se pudo resolver cualquier cuestión relacionada con el objeto de la entrada y registro.

Por tanto, descartada la falta de motivación debe excluirse también la alegación sobre la nulidad de la prueba por proceder de otra declarada nula, pues, como se ha dicho, se trata del domicilio del máximo responsable del delito investigado y, lógicamente, su práctica es absolutamente razonable y previsible desde el momento de la investigación en que se conocía la identidad y domicilio de don Marcolino Augusto. Y tampoco puede prosperar la alegación sobre la proporcionalidad de la medida, pues, al igual que en relación con las escuchas, el interés público en la persecución y descubrimiento del delito objeto del procedimiento judicial parece más importante que la mínima perturbación sufrida en la intimidad del investigado, si bien, acaso pudiera echarse en falta una mayor expresión de las circunstancias que pudieran sustentar la conexión entre la causa justificativa de la medida y la medida misma, por la que el Juez explicitara los elementos para una ulterior ponderación, como garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE, y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, y 136/2000).

10. Los recurrentes han alegado también la pretendida nulidad de las pruebas obtenidas tras ser interceptado y registrado el vehículo que conducía don Raúl Valdés Junquera y practicarse a continuación un registro en el hórreo del que éste era arrendatario, por entender que el derive de las conversaciones telefónicas cuya nulidad ha sido declarada por la Sentencia del Juzgado de lo penal núm. 2 de Gijón. Pruebas que los recurrentes consideran que eran esenciales para la calificación del delito, dado que en ambos casos la aprehensión de las cajetillas de tabaco es la que justifica, según dicha resolución, la existencia de un delito de contrabando.

No obstante, esta alegación no puede ser acogida. Ciertamente, en una conversación telefónica del mismo día de los hechos, el 6 de febrero de 1993, entre don Marcolino Augusto Fernández y don Rafael Valdés Junquera, se alude a la entrega de tres cajas de tabaco, cuando las intervenciones de tales conversaciones fueron declaradas nulas desde el día 5 de noviembre de 1992. Pero este hecho, sin embargo, no es concluyente. Basta reparar, en efecto, en que antes de producirse los aludidos registros, el Servicio de Vigilancia Aduanera de Gijón que los practicó conocía por declaraciones de otras personas dónde se producía habitual-

mente la entrega del tabaco por parte de don Raúl Valdés Fernández, así como la utilización para dicho tráfico del hórreo arrendado por éste, como se expresa en la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Gijón. Y, de otra parte, como consecuencia del registro practicado en el domicilio de don Marcolino Augusto Fernández, se encontraron diversas anotaciones de éste relativas a compras, ventas y pagos de tabaco. De suerte que no cabe entender que las que los recurrentes califican como viciadas por proceder de pruebas nulas hayan derivado necesariamente de las segundas, como razonadamente se expone en la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Gijón, a quien corresponde apreciar, al valorar el conjunto de las pruebas practicadas, la existencia o no de una conexión entre unas y otras (STC 81/1998).

11. Por otra parte, se pretende la nulidad de la Sentencia dictada en apelación porque no rebajó en un grado la pena (art. 2.3 de la Ley de Contrabando de 1982), por entenderse vulnerado el principio de igualdad ante la Ley, lesión que, como también señala el Ministerio Fiscal, sería más bien en su aplicación.

En relación con esta alegación existe un motivo de inadmisión derivado de que no se denunció la violación del principio de igualdad hasta el presente recurso, ya que en la vía jurisdiccional previa se fundó la solicitud de la rebaja de la pena en los principios de proporcionalidad y equidad. Así resulta, tanto del escrito del recurso de apelación como de la propia Sentencia de la Audiencia Provincial. Con base en ello, y siguiendo la doctrina de este Tribunal, la falta de alegación en vía jurisdiccional de la vulneración del derecho fundamental que se hace valer en el amparo ha de dar lugar a la inadmisión por tal motivo. El requisito de la previa invocación no constituye un mero formalismo (SSTC 11/1982, de 29 de marzo, FJ 1; 203/1987, de 18 de diciembre, FJ 1; 238/1991, de 12 de diciembre, FJ 2), sino que responde a la finalidad de otorgar a los órganos judiciales la posibilidad de restablecer el derecho fundamental conculcado. Se trata, en suma, de un requisito al servicio de la subsidiariedad del amparo constitucional (SSTC 164/1989, de 16 de octubre, FJ 2; 176/1991, de 19 de septiembre, FJ 2) y cuya exigencia se ha verificado siempre en términos lo suficientemente flexibles como para tenerlo por satisfecho a poco que se haga evidente que el órgano judicial ha examinado la cuestión de constitucionalidad que finalmente se suscita ante nosotros o, al menos, ha tenido la ocasión de hacerlo como consecuencia de las indicaciones que con ese objeto le haya hecho quien finalmente se convierte en demandante de amparo (STC 80/1999, de 26 de abril, FJ 1), lo que no ha ocurrido en el presente caso.

De todas formas, la aplicación de la rebaja de la pena prevista en la Ley Orgánica de Contrabando es una cuestión de mera legalidad que corresponde decidir al Juzgador, de modo que su inaplicación sólo puede ser revisada en vía de amparo cuando la negación no esté fundada o su fundamentación sea absurda, ilógica o irrazonable. En el presente caso, la denegación se acordó en la Sentencia de la Audiencia Provincial de una manera suficientemente fundada. Allí se dice que ha quedado acreditada la gravedad de la conducta y que ésta no se debe «contraer a las relacionadas con las mercancías incautadas sino que, como reza aquella resultancia fáctica, se venía dedicando a la adquisición ... de importantes cantidades de tabaco de procedencia extranjera ...», no considerando la Sala el argumento con que se quiere traducir la quiebra del principio de equidad como despreciado por nuestro legislador [*sic*] cuando el respeto que merecen las posibilidades punitivas prevenidas

en nuestro ordenamiento jurídico se alza sobre la base del principio de legalidad». Por lo tanto, la inaplicación de la rebaja se ajusta a la legalidad penal. Ni tampoco se dan los requisitos exigidos por este Tribunal para que se estime la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley. En efecto, en este caso no se ha intentado justificar siquiera que se trate de supuestos o casos sustancialmente análogos, pues, simplemente se cita una Sentencia sobre un caso cuyo único punto en común con el supuesto aquí enjuiciado es el delito castigado, pero nada se dice de otras circunstancias que se tuvieron en cuenta para denegar la rebaja de la pena. Tampoco se cumple el requisito de que la solución o decisión última que se aparte de la doctrina anterior carezca de explicación razonada al respecto, pues la Sentencia de la Audiencia Provincial razona suficientemente el criterio que aplica. Sin que pueda olvidarse que, como no se alegó la supuesta discriminación en su momento, la Audiencia Provincial no pudo justificar específicamente ese supuesto cambio de criterio.

12. La última de las alegaciones de la demanda de amparo va referida a la pretendida vulneración del principio de imparcialidad objetiva del Juzgador por haber conocido el recurso de apelación el mismo órgano jurisdiccional (compuesto por las mismas personas) que conoció del recurso planteado por el Abogado del Estado contra la primera Sentencia absolutoria, lo que dio lugar a la celebración de un nuevo juicio oral en el que se practicaron todas las pruebas propuestas y admitidas, dictándose finalmente la Sentencia de 9 de octubre de 1996, condenatoria de los recurrentes, que fue definitivamente confirmada por el mismo órgano jurisdiccional.

Esta alegación tampoco puede prosperar, pues parte de una interpretación excesiva del principio de imparcialidad objetiva. En efecto, lo que realmente se alega es que, al igual que este Tribunal ha afirmado que el instructor de una causa no puede dictar su Sentencia, en el presente caso la Sala que resolvió el primer recurso de apelación no puede hacer lo mismo con el segundo. Pero es evidente que la doctrina dictada para el primer caso no es trasladable al presente. Como se estableció en la STC 145/1988, de 12 de julio, FJ 5, la falta de imparcialidad que justifica esta doctrina se encuentra en la naturaleza especial de los actos de instrucción que se «llevan a cabo en contacto directo con el acusado», y «al margen de un proceso público» y «del procedimiento predominantemente oral». Esto es, en que haya existido una relación directa entre el instructor y el objeto del proceso susceptible de crearle un prejuicio a favor o en contra del acusado que pueda influir en su decisión posterior (SSTC 106/1989, de 8 de junio, FJ 4; 113/1992, de 14 de septiembre, FJ 5; 136/1992, de 13 de octubre, FJ 2; 157/1993, de 6 de mayo, FJ 2; 32/1994, de 31 de enero, FJ 2; 138/1994, de 9 de mayo, FJ 8, y 299/1994, de 14 de noviembre, FJ 3, entre otras).

Pues bien, a la luz de dicha doctrina no cabe estimar que la actuación de la Sala sentenciadora del primer recurso de apelación pueda equipararse a la del Juez instructor, pues, como en la segunda Sentencia de la Audiencia Provincial se afirma, no se llevó a cabo ni siquiera una actuación valorativa de la prueba, sino que con base en consideraciones jurídicas procesales y sustantivas se llegó a declarar la nulidad de la primera Sentencia y a acordar la celebración de un nuevo juicio oral con práctica de todas las pruebas propuestas y admitidas, ante otro Magistrado de lo Penal, para que éste resolviera con libertad de criterio. Fue este Magistrado, pues quien procedió a la valoración de la prueba y no

la Sala al resolver el recurso de apelación, que estuvo centrado en determinar si ciertas pruebas eran o no constitucionalmente legítimas. De suerte que en ningún momento llevó a cabo una actuación investigadora ni inquisitiva (STC 136/1992, de 13 de octubre, FJ 2), que son las que pueden afectar a la imparcialidad del Juzgador. En consecuencia, tampoco cabe estimar esta última alegación de los demandantes.

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 veintinueve de enero de dos mil uno.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Tomas S. Vives Antón.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Firmado y rubricado.

4075 *Sala Segunda. Sentencia 15/2001, de 29 de enero de 2001. Recurso de amparo 2433/97. Promovido por don Baltasar Lobato Gallardo frente a los Autos de la Audiencia Provincial de Sevilla y de un Juzgado de Instrucción que denegaron su personación en unas diligencias previas seguidas por prevaricación.*

Alegada vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: Inadmisión del recurso de amparo por extemporáneo, al haber solicitado una nulidad de actuaciones manifiestamente improcedentes.

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. 2433/97, promovido por don Baltasar Lobato Gallardo, representado por el Procurador de los Tribunales don Luciano Rosch Nadal y asistido por el Letrado don Ángel Zamora Carranza, contra Auto del Juez de Instrucción núm. 18 de los de Sevilla de 7 de febrero de 1997, dictado en diligencias previas 4587/95, y contra otro de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de abril de 1997 que resolvió el recurso de queja interpuesto contra el anterior. Han intervenido don José Manuel Gai-teiro Rey, doña Margarita Pérez Martín y don Francisco Alba Riesco, representados por la Procuradora de los