

**9769**

*Sala Primera. Sentencia 82/2002, de 22 de abril de 2002. Recurso de amparo 5369/97. Promovido por don Manuel Ruiz Claros y otro frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que revocó su absolución de un delito de contrabando de tabaco, y ordenó nuevo juicio.*

*Supuesta vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones y a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho); intervención telefónica proporcionada, motivada y controlada (STC 14/2001); ausencia de razonamiento explícito sobre el cumplimiento de los requisitos legales para la entrada y registro en lugar cerrado que no es domicilio.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, don Fernando Garrido Falla, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio y don Roberto García-Calvo y Montiel, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5369/97, promovido por don Manuel Ruiz Claros y don Francisco Vivar Andrade, representados por el Procurador de los Tribunales don Victorio Venturini Medina y asistidos por el Letrado don Manuel José Guerrero Galán, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de noviembre de 1997. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 22 de diciembre de 1997, don Victorio Venturini Medina, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Manuel Ruiz Claros y don Francisco Vivar Andrade, interpuso demanda de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de noviembre de 1997, que revocó la Sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 8 de Málaga de 1 de octubre de 1997 y ordenó se dictara un nuevo pronunciamiento, aceptando la licitad de las pruebas declarada en la misma.

2. Los hechos y circunstancias procesales relevantes para la resolución del presente amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) En el Juzgado de Instrucción núm. 8 de Málaga se incoaron diligencias previas núm. 5380/96 por presunto delito de contrabando a raíz de las investigaciones realizadas por la Jefatura Provincial de Málaga del Servicio de Vigilancia Aduanera y la solicitud de intervención telefónica cursada por este Servicio de 4 de septiembre de 1996. Dicha solicitud es del siguiente tenor literal:

«En esta Jefatura Provincial se vienen llevando a cabo investigaciones sobre los conocidos contrabandistas de tabaco Manuel Ruiz Claros, con DNI 25028054 ..., y sobre Francisco Andrade, con DNI

24803316 ... ambos con antecedentes en este Servicio y domiciliados en Málaga capital.

Se deriva de estas investigaciones que en la actualidad ambos contrabandistas están asociados y están recibiendo partidas de tabaco de unas cien cajas (cada caja contiene quinientas cajetillas) de sus proveedores, que son de la provincia de Málaga y de otras provincias limítrofes, para su posterior distribución en partidas más pequeñas.

Para realizar sus contratos, tanto para la compra del mencionado tabaco como para su posterior distribución, vienen utilizando, Manuel Ruiz Claros el TMA n.º 908 65 16 88 y Francisco Vivar Andrade, el TMA n.º 908 65 16 34.

Con el fin de continuar las investigaciones sería fundamental poder intervenir los mencionados teléfonos móviles, por lo que se solicita a V.I., si lo estima oportuno. La intervención de los referidos teléfonos, que de concederla sería llevada a cabo por funcionarios de esta Jefatura Provincial, dando puntual cuenta de los resultados de dichas investigaciones a este Juzgado.

Igualmente sería de interés para la investigación la relación de llamadas y titulares efectuadas por dichos teléfonos móviles durante el tiempo que durase la intervención, por lo que le solicito, si lo estima oportuno, autorice a la Compañía Telefónica a facilitar a este Servicio dicha relación de llamadas.»

b) El Juzgado de Instrucción núm. 8 de Málaga en Auto de 4 de septiembre de 1996 denegó la solicitud de intervención telefónica de los teléfonos móviles solicitada «teniendo en cuenta la entidad del hecho y la proporcionalidad del mismo con el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y dado que en el escrito presentado no se justifica suficientemente los indicios de participación en los hechos de las personas titulares de los teléfonos». No obstante, se acordó acceder a la solicitud de instar de la Compañía Telefónica la relación de llamadas realizadas durante el mes de agosto, «diligencia ésta que servirá de inicio y que podrá conducir a obtener otras pruebas o indicios que permitan, si acaso, la intervención telefónica u otras medidas convenientes».

c) El 16 de septiembre de 1996 el Servicio de Vigilancia Aduanera solicitó la intervención de los teléfonos de los domicilios de los recurrentes de amparo adjuntando escrito de ampliación de la investigación realizada sobre las presuntas actividades de contrabando de tabaco de los mismos. En dicho escrito se detalla:

«Por funcionarios de esta Jefatura Provincial se han venido llevando a cabo investigaciones sobre los presuntos contrabandistas de tabaco Manuel Ruiz Claros ... y sobre Francisco Vivar Andrade ... y que actualmente se encuentran asociados para la compra y posterior distribución del tabaco de contrabando.

Durante el pasado mes de Agosto esta organización ha distribuido entre sus clientes más de quinientas cajas de tabaco de contrabando, cuyo valor oficial de mercado ascendería a la cantidad de setenta y cinco millones de pesetas.

El *modus operandi* de dicha organización es el siguiente:

Contactan o se reúnen con sus proveedores de tabaco que son los siguientes, Juan Campaña Gómez (contrabandista de tabaco a gran escala de la localidad de Córdoba y con numerosos antece-

dentes por delito de esta misma naturaleza) Domingo (igualmente de la localidad de Córdoba y proveedor habitual que les suele suministrar tabaco por cantidades superiores a las cincuenta cajas de tabaco y que en la actualidad viene utilizando el T.M.A. 908 363179). Manolo de Campanillas (en la actualidad el principal proveedor de tabaco de esta organización que suele introducir doscientas cajas de tabaco de contrabando por semana y de las cuales la mitad de la mercancía se las vende directamente a la organización que se viene investigando).

Con cada uno de estos proveedores se funciona de una forma diferente, con Juan Campaña una vez que quedan de acuerdo en la cantidad y precio de la mercancía (tabaco) quedan en un lugar determinado y Manuel Ruiz Claros y Francisco Vivar Andrade acuden en una furgoneta para traerse el tabaco (en la actualidad no se conoce la matrícula de la furgoneta en la que van a por el tabaco). Con Domingo una vez acordado la cantidad de tabaco a comprar y el precio del mismo, Domingo con sus propios vehículos (que pudieran ser bien una furgoneta grande o un camión) les trae el tabaco hasta los almacenes que dispone esta organización para guardar el tabaco y posteriormente distribuirlos entre sus clientes. Con Manuel de Campanillas actúan de la siguiente forma, Manuel de Campanilla trae el tabaco de contrabando de cien cajas en cien cajas en un camión matrícula S-6904-L, descargando la mercancía en un almacén que tiene Manolo de Campanillas y del que se conoce la carretera por donde va el vehículo que posteriormente saca el tabaco del almacén. El pasado mes de Agosto se estuvo controlando al vehículo Renault 19 de color rojo matrícula MA-3652-BW (vehículo de alquiler) que era el coche en el que sacaban de nueve en nueve cajas de tabaco, el tabaco que se encontraba en el almacén de Manolo de Campanillas para llevárselo a la organización que se está investigando a su almacén que se encuentra en una cochera de los aparcamientos de varios bloques que se encuentra en c/ Goya de Málaga. En uno de los controles que se ... hacia al vehículo antes reseñado, el conductor del mismo se percató de la presencia de los funcionarios y llegó a arrojar tres cajas de tabaco del vehículo.

La organización de Manuel Ruiz Claros y Francisco Vivar Andrade aparte del almacén que poseen en c/ Goya tienen otros almacenes del que actualmente se desconocen donde pudieran estar.

Una vez el tabaco en manos de esta organización [sic] los distribuye entre sus clientes siempre en cantidades inferiores al millón de pesetas para evitar si son cogidos que sea delito de contrabando y pasa a ser una mera infracción de contrabando.

Algunos de los vehículos utilizados por esta organización para distribuir el tabaco entre sus clientes son, un Fiat Regata de color azul matrícula MA-1950-AN, un Fiat Croma de color gris oscuro matrícula MA-6657-AL.»

d) El Juzgado de Instrucción acordó la intervención telefónica de los teléfonos solicitados en Auto de 16 de septiembre de 1996, cuyo contenido es el siguiente:

«Hechos. Único: que por el Servicio de Vigilancia Aduanera de Málaga se solicita la intervención de los teléfonos fijos 2.325.40.15 y 2.32.35.16, el primero a nombre de Dolores Cortes Flores y usado por su esposo Manuel Ruiz Claros y el último a

nombre de Pilar Gonzalez Perez y usado por su esposo Francisco Vivar Andrade, por tener indicios de que están incursos en delito de contrabando, ampliando anterior solicitud y explicando las investigaciones llevadas a cabo.

Razonamientos jurídicos. Único: A la vista del informe ampliando la anterior solicitud y las investigaciones llevadas a cabo por el Servicio de Vigilancia Aduanera, se estima pertinente, como medio de investigación del delito y al existir indicios de que la intervención de los teléfonos de tipo fijo aludidos puede servir para la comprobación del ilícito penal, procede acceder a la misma, por el tiempo de un mes a tenor de lo prevenido en el art. 579 L.E.Cr.

Vistas las normas del Titulo VIII, Libro II, de la L.E.Cr.»

e) El 20 de septiembre de 1996 el Servicio de Vigilancia Aduanera solicitó nuevamente la intervención de los teléfonos móviles números 908651688 y 908651634 utilizados por los investigados, argumentado que, por las intervenciones telefónicas acordadas, se comprueba que reciben muchas llamadas de personas, pero que al no estar en su domicilio, quienes cogen el teléfono les remiten a sus teléfonos móviles, razón por la cual se considera necesaria la intervención de los móviles y que la compañía Sistema de Móviles S.A. facilite al Servicio de Vigilancia Aduanera la relación de llamadas y titulares de los teléfonos marcados mientras dure la intervención. El Juzgado de Instrucción accedió a las dos peticiones solicitadas en Auto de 20 de septiembre de 1996, con remisión expresa al escrito del Servicio de Vigilancia Aduanera.

«En relación a las Diligencias Previas número 5380/96 de ese Juzgado de Instrucción, por las cuales se vienen llevando a cabo investigaciones sobre la organización de contrabandistas compuesta por los vecinos de Málaga Manuel Ruiz Claros y Francisco Vivar Andrade.

Desde el día 18.9.96 se tienen intervenido los teléfonos fijos núm. 2.32.35.16 instalado en c/ Betaida núm. 2-1-c.º (utilizado por Francisco Vivar Andrade) y el teléfono 2.35.40.15 instalado en c/ Almogia núm. 1 1-A (utilizado por Manuel Ruiz Claros), por dichas intervenciones se puede comprobar claramente que la actividad que vienen desarrollando ambos vecinos de Málaga es la de contrabando de tabaco; e igualmente se puede comprobar que en la mayoría de los casos estas personas no suelen estar en sus domicilio y las personas que llaman a que realicen sus contactos con Manuel Ruiz Claros y Francisco Vivar Andrade a los teléfonos móviles que ambos vienen utilizando.

Por todo lo expuesto y como se explica en el informe remitido a ese Juzgado el pasado día 16.9.96, para poder continuar con las investigaciones sería necesario poder intervenir los teléfonos móviles que ambos vienen utilizando, el 908 651688 (utilizado por Manuel Ruiz Claros) y el 908 651634 (utilizado por Francisco Vivar Andrade); y es que por lo que se solicita a V.I., por si lo estima oportuno, la intervención de los dos teléfonos móviles antes reseñados, que de concederla sería llevado a cabo por funcionarios de esta Jefatura Provincial, dando puntual cuenta de los resultados de las investigaciones a ese Juzgado.

Igualmente sería de interés para las investigaciones que V.I. autorice a Sistemas Móviles S.A.

a que facilite a este Servicio la relación de llamadas y titulares de los teléfonos marcados mientras dura-se la intervención de dichos T.M.A.

Actualmente y según las conversaciones que mantienen por los teléfonos intervenidos están tratando de comprar una cantidad de tabaco (no han reseñado la cantidad por los teléfonos) y posiblemente en la provincia de Córdoba.»

«Hechos. Primero: Que en el escrito que antecede, del Servicio de Vigilancia Aduanera se interesa la intervención de los T.M.A. número 908 651688 y 908 651634, utilizados, respectivamente, por Manuel Ruiz Claros y Francisco Vivar Andrades, para los efectos relacionados con la investigación ordenada sobre la existencia de un posible delito contrabando.

Razonamientos jurídicos. Primero.—Se estima pertinente, a los fines de la investigación del delito objeto de las presentes actuaciones, acceder a lo pedido y decretar la intervención del teléfono aludido por el plazo de un mes, a tenor de lo que previenen los preceptos legales del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»

f) En escrito de 15 de octubre de 1996, el Servicio de Vigilancia Aduanera solicitó la prórroga de los cuatro teléfonos intervenidos, así como autorización para que la compañía Sistemas de Móviles S.A. facilitase la relación de llamadas y titulares de los teléfonos marcadas a través de los móviles intervenidos, durante el tiempo de su intervención. A dicha solicitud se adjunta informe detallado de cinco páginas —folios 19 a 23—, en el que se exponen las informaciones más relevantes sobre las actividades de contrabando de tabaco obtenidas a través de las investigaciones y de las intervenciones telefónicas, con especificación del número de las cintas y los pasos de las mismas. El citado informe finaliza con una estimación aproximada del volumen de las operaciones realizadas y de la posibilidad de recibir en días próximos cuarenta cajas de tabaco ofrecidas por una persona, conocido contrabandista y del que se sospecha es distribuidor de los investigados. Se adjunta asimismo la transcripción de las conversaciones más relevantes de las cintas grabadas —folios 24 a 71—. El Juzgado de Instrucción accedió a dichas peticiones en Auto de 15 de septiembre de 1996, con remisión expresa al escrito del Servicio de Vigilancia Aduanera.

g) Según consta en el atestado y en la relación de hechos probados de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Málaga de 1 de octubre de 1997, hacia las 23:30 horas del día 28 de octubre de 1996 don Manuel Ruiz Claros se dirigió junto con don Francisco Vivar Andrades, a bordo del vehículo marca Fiat Regata matrícula B-6118-BJ, a la calle Alcalde Díaz Zafra de Málaga a la puerta del garaje existente en los bajos del bloque 39, edificio don Salvador, bloque A. En este lugar, se bajó uno de ellos y abrió la puerta del mismo, introduciéndose ambos en el garaje y saliendo nuevamente cerrando la puerta. En dicho vehículo fueron interceptados a escasa distancia del lugar por Agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera, que tenían montado un servicio de seguimiento y vigilancia sobre los acusados, incautándose 2.000 cajetillas de tabaco Winston americano y 1.000 cajetillas de la marca Marlboro que se encontraron en el turismo y que carecían de las precintas reglamentarias acreditativas de su legal importación en España, de cualquier otra marca que justifique su legal tenencia y de las que deben llevar los cigarrillos fabricados y recibidos en el ámbito comunitario. Posteriormente, los funcionarios regresaron al garaje con los acusados y al no encontrar nada se marcharon al garaje

de la casa de Manuel Ruiz Claros, donde tampoco encontraron nada, y desde allí a las dependencias de la Agencia Tributaria. Tales Agentes volvieron una vez más, en compañía de los acusados, al garaje de la calle Alcalde Díaz Zafra, y al llegar encontraron a otros Agentes del Servicio que se habían quedado realizando la inspección, que habían abierto la puerta metálica corredera del trastero número 21, en el que habían encontrado 5.500 cajetillas de tabaco rubio americano, sin que contaran para ello con el consentimiento de los acusados, ni tampoco con mandamiento judicial que autorizara tal registro. Las cajetillas encontradas carecían también de las precintas y marcas necesarias para su legal tenencia en España. El trastero en el que se encontraron las cajetillas lo poseía Manuel Ruiz Claros en régimen de alquiler y estaba ubicado en el garaje citado al que sólo podían acceder las personas titulares de las plazas de garaje.

h) El Juzgado de lo Penal núm. 8 de Málaga, en Sentencia de 1 de octubre de 1997, absolvio a los acusados y hoy recurrentes de amparo del delito de contrabando de los arts. 2.1.d y 2.3.b de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de los que habían sido acusados, acogiendo la tesis de las defensas relativa a la inexistencia de prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia. De un lado, se sostiene que los Autos de autorización y prórroga de las intervenciones telefónicas no estarían motivados al no haberse ponderado la proporcionalidad y el carácter imprescindible de la medida, así como que las mismas no se habrían realizado con un control judicial efectivo, pues las cintas y sus transcripciones se habrían entregado en el Juzgado el 31 de octubre de 1996, después de haberse dictado la prórroga. De otro, se argumenta que el trastero en el que se encontraron las cajetillas es un lugar cerrado, de modo que, de acuerdo con los arts. 546, 547 y concordantes LECrim., su entrada y registro requiere el oportuno mandamiento judicial o consentimiento de su titular. Ante la falta de cualquiera de ambos títulos habilitantes el Juzgado considera nulo el registro y entiende que carece de forma absoluta de validez como prueba, de conformidad con el art. 11 LOPJ.

i) El Abogado del Estado recurrió la Sentencia en apelación alegando que no concurrían los motivos de nulidad de la prueba acogidos en la misma. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, en Sentencia de 28 de noviembre de 1997, estimó parcialmente el recurso de apelación del Abogado del Estado, declarando la nulidad de la Sentencia recurrida y ordenando se dictara un nuevo pronunciamiento «sin necesidad de la celebración de nuevo juicio y aceptando la licitud de las pruebas». El fundamento de esta resolución reside, en primer término, con abundante cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la suficiencia de la motivación de las resoluciones judiciales que autorizaron las intervenciones y sus prórrogas, en su integración con las solicitudes a las que se remiten, y en la irrelevancia de las irregularidades cometidas en la ejecución de la medida, como la falta de entrega de las cintas originales o la extemporaneidad de su remisión. De otra parte, la resolución se asienta en la licitud de la entrada y registro en el trastero núm. 21 del garaje citado, pues, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, los trasteros de las viviendas no constituyen parte de las mismas o espacios destinados a la habitación de las personas, «por lo que no puede extenderse a ellos la protección constitucional ni por ende serles de aplicación las normas procesales reguladoras de las garantías que han de observarse en la práctica de las diligencias de entrada y registro en el domicilio de los particulares». Por ello, estima parcialmente el recurso y en aras de garantizar el derecho a la doble instancia, ordena la retroacción al Juzgado de lo Penal.

j) El recurso de amparo se interpuso contra esta Sentencia. Con posterioridad, el Juzgado de lo Penal, en cumplimiento de lo ordenado, dictó la Sentencia de 25 de junio de 1999 en la que condenó a los recurrentes como autores del delito de contrabando. A don Manuel Ruiz Claros, apreciando la circunstancia agravante de reincidencia, le condenó a la pena de un año y diez meses de prisión, y a don Francisco Vivar Andrades a la pena de seis meses de prisión, así como a ambos a la multa de ocho millones setecientas mil pesetas, y a indemnizar conjuntamente al Estado en setenta y siete millones setecientas mil ochocientas dos pesetas, importe del valor de la cuota tributaria dejada de ingresar. Sentencia confirmada por la de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de noviembre de 1999, no impugnada, como tampoco aquella condenatoria primera, en amparo.

3. Los demandantes de amparo alegan la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE), del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

a) La lesión del derecho al secreto de las comunicaciones se sustenta, de un lado, en la falta de proporcionalidad de la medida, pues el sacrificio del derecho sólo resultaría justificado para la averiguación de delitos graves y el delito investigado, contrabando, no podría considerarse grave, ni en atención a la pena prevista al mismo —prisión de seis meses a tres años—, conforme a la cual ha de considerarse menos grave —art. 33 CP—, ni en atención a la alarma social que genera, que es escasa, ni, por último, desde un punto de vista criminológico o social. En el mismo orden de consideraciones se sostiene que la medida no era imprescindible, ya que la investigación realizada por el Servicio de Vigilancia Aduanera habría aportado el conocimiento de todas las circunstancias del delito —con independencia de que se niegue su veracidad.

De otra parte, se razona la falta de motivación de los Autos de autorización y prórroga de las intervenciones telefónicas, tanto de los teléfonos fijos como móviles, por ser Autos genéricos, estereotipados y sin razonamientos referidos al caso concreto.

Finalmente, se argumenta la falta de control judicial de la medida, pues la transcripción de las cintas no es literal, ni en su integridad, ya que se seleccionaron los pasajes, y, por cuanto las cintas originales no se entregaron al Juzgado, parcialmente, hasta el 31 de octubre de 1996, y hasta el 20 de noviembre de 1996; en todo caso, dicha entrega se efectuó con posterioridad al momento en que se dictaron los Autos de 20 de septiembre y de 15 de octubre de 1996, de manera que el Juez de Instrucción no tuvo en cuenta las cintas al valorar la conveniencia de continuar la intervención telefónica.

b) La lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación con el registro realizado en el trastero citado en los antecedentes, se habría producido al infringir las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 545 y ss.) que regulan los registros no sólo de los domicilios, sino de lugares cerrados no constitutivos de domicilio que se consideran edificios o lugares públicos (art. 547.3) y preceptúan la necesidad de que los mismos se realicen con autorización judicial (art. 546) y en presencia de los procesados y del Secretario judicial (art. 569). Se cita jurisprudencia del Tribunal Supremo que señala que, aunque a los efectos de la protección de art. 18.2 CE, el trastero de una casa no es un domicilio,

sin embargo, como se deduce de los arts. 547.3, 569 en relación con los arts. 567 y 568 LECrim, la ley sí exige que el registro se realice en presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente, de modo que su ausencia determina una infracción procesal. Dichas infracciones procesales determinarían la nulidad de la prueba practicada en aplicación de los arts. 11.1 y 238.3 LOPJ.

Como derivación de lo anterior se habría ocasionado la lesión del derecho a la presunción de inocencia al impedirse a los interesados, privados de libertad, presentar el registro y no darles ocasión para nombrar representante, afectándose su facultad de contradicción y menoscabándose sus posibilidades de defensa; por consiguiente, la ilicitud de la diligencia determina que su resultado no pueda ser utilizado como prueba de cargo.

También se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en cuanto al derecho a una resolución motivada y fundada, al no aplicarse las citadas normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que este derecho se conculta cuando la decisión sea arbitraria o irrazonable. En el caso se sostiene que la resolución no puede considerarse fundada en Derecho por cuanto ignorar totalmente las normas aplicables al caso «supone una aplicación de la legalidad arbitraria».

4. En escrito de 16 de febrero de 1998, la representación legal de don Manuel Ruiz Claros interesó la suspensión de la ejecución de la Sentencia recurrida en amparo. A 15 de febrero de 2000 se tiene por recibido escrito de la misma representación reiterando la petición de suspensión y adjuntando la Sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 8 de Málaga de 25 de junio de 1999 y providencia de 2 de febrero de 2000 del mismo Juzgado acordando el cumplimiento de la pena impuesta a don Manuel Ruiz Claros y remisión de la misma al Ministerio Fiscal para que informe sobre la suspensión condicional de la condena impuesta a don Francisco Vivar Andrades.

5. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Primera de 11 de septiembre de 2000, se acordó, de conformidad con el art. 88 LOTC, requerir a la Audiencia Provincial de Málaga y al Juzgado de lo Penal núm. 8 de la misma ciudad para que, en el plazo de diez días, remitieran respectivamente testimonio del rollo de Sala núm. 956/97 y procedimiento abreviado núm. 238/97.

6. Por providencia de 29 de octubre de 2001, la Sección Segunda, tras recibir las actuaciones el 28 de octubre de 2000, acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir al Juzgado de lo Penal núm. 8 de Málaga para que en el plazo de diez días se emplazare a quienes fueron parte en el procedimiento abreviado núm. 238/97, con excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el presente proceso de amparo. Se acordó igualmente abrir pieza separada de suspensión.

7. Por Auto de la Sala Primera de 27 de noviembre de 2001, se acordó la suspensión de la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de noviembre de 1997 en el rollo núm. 956/97 y de las resoluciones dictadas en ejecución de la misma, Sentencia de 25 de junio de 1999 del Juzgado de lo Penal núm. 8 y Sentencia de 5 de noviembre de 1999 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de

Málaga, exclusivamente en lo que se refiere a las penas privativas de libertad impuestas a los demandantes de amparo.

8. En diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Primera de 5 de diciembre de 2001 se tuvo por personado y parte al Abogado del Estado en la representación ostentada y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se acordó dar vista de las actuaciones a las partes personadas, por plazo común de veinte días, para que en dicho plazo efectuaren las alegaciones que estimaren pertinentes sobre la demanda de amparo.

9. En escrito de 11 de enero de 2002, el Abogado del Estado en interés de la Administración General del Estado efectuó las alegaciones interesando la desestimación de la demanda de amparo. Comienza el escrito argumentando que, aunque se aceptara la fundamentación de la demanda, no se podría acoger la petición relativa a que se declarase ajustada a Derecho la Sentencia absolutoria del Juzgado, por cuanto dicho pronunciamiento excedería de las competencias de este Tribunal y con el mismo se privaría al Estado del derecho al recurso.

a) En relación con las lesiones relativas a los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, se sostiene que, si bien es cierto que la STC 171/1999, afirma que un garaje y trastero constituye domicilio, sin embargo, dicha declaración no se atempera con la doctrina de otras resoluciones (SSTC 69/1999 y 283/2000). Además, se advierte que el trastero se abrió con un llavero que los propios actores facilitaron (folio 88) y que, en todo caso, ni la demanda de amparo está fundamentada en la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, no debiendo reconstruirse ni alterar de oficio la causa de pedir, ni se invocó dicha infracción en la vía judicial previa.

De otra parte, se razona que no puede reprocharse a la Sentencia de la Sala de apelación la violación del derecho a la presunción de inocencia, pues, para que dicha lesión pudiera entenderse actual y efectivamente ocurrida, sería menester una Sentencia penal condenatoria y la Sentencia recurrida carece de dicha naturaleza.

En cuanto a las infracciones de la legalidad procesal en el registro denunciadas su examen quedaría fuera de la jurisdicción constitucional de amparo y aunque se aceptara dialécticamente su relevancia en el marco del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) el amparo sería prematuro, pues tampoco se actualizaría su lesión hasta que se dictara una Sentencia condenatoria.

b) En cuanto a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), aduce el Abogado del Estado, de un lado, en lo que se refiere a la falta de proporcionalidad de la medida dado que el delito de contrabando no sería un delito grave, que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (SSTC 229/2000, FJ 2; 14/2001, FJ 3; 202/201, FJ 3), la gravedad del delito no se determina sólo en atención a la pena, sino al bien jurídico protegido, a la relevancia social de la actividad, así como al elemento de que sean organizaciones complejas las que se dedican a la misma. De modo que en atención a estos criterios habría de considerarse el delito de contrabando como grave.

Respecto de la proporcionalidad de los Autos de intervención telefónica, sostiene el Abogado del Estado que, si bien en un primer momento se denegó la medida por entenderse que los datos aportados por el Servicio de Vigilancia Aduanera no eran suficientes, éste aportó un informe complementario detallado —el 16 de sep-

tiembre de 1996— en el se contienen datos suficientes sobre los indicios de la participación en el delito de los titulares de los teléfonos, remitiéndose el Auto de autorización del Juzgado a dicho informe. Se afirma, además, que la finalidad de la intervención telefónica era conocer el momento futuro en que podrían aprehenderse a los recurrentes géneros de contrabando, de modo que carece de sentido que los esfuerzos del Servicio de Vigilancia Aduanera en proporcionar datos sobre la actividad delictiva «puedan ser empleados como argumentos para denegar esa medida» de intervención telefónica. En el mismo orden de consideraciones se razona que el Auto de 20 de septiembre de 1996, en el que se amplia la intervención a los teléfonos móviles, asume como necesidad de la medida la justificación alegada por el Servicio de Vigilancia Aduanera en el sentido de que los investigados no estaban en sus domicilios y por ello se remitía a quienes llamaban a los teléfonos móviles de éstos.

Finalmente en cuanto a la falta de motivación de los Autos se sostiene que, siendo constitucionalmente posible la integración de los mismos con la solicitud e informes del Servicio de Vigilancia Aduanera (SSTC 299/2000, FJ 4; 202/2001, FJ 5), conjuntamente considerados recogen todos los requisitos constitucionales de la motivación en punto a la expresión de indicios objetivos de criminalidad, identidad de los investigados, determinación de números de teléfono intervenidos, plazo y modo de llevar a cabo la intervención. Igualmente entiende que el Auto de prórroga se adoptó teniendo en cuenta los datos obtenidos por la intervención previa, pues el Servicio de Vigilancia Aduanera presentó al Juzgado la transcripción de las cintas en sus aspectos más relevantes, y nadie ha sostenido que dicha transcripción puesta a disposición judicial contuviera errores destacables, alteraciones u omisiones importantes, de modo que, con ello se satisfacen las exigencias constitucionales respecto de la prórroga (STC 202/2001, FJ 6).

En cuanto al control judicial de la medida, y al margen de que no constituyen vulneración autónoma del derecho al secreto de las comunicaciones (STC 202/2001, FJ 7), sólo es constitucionalmente exigible, como ya se ha dicho, que el juez conozca los resultados de la misma, por lo que la exigencia se habría cumplido dado que el Servicio de Vigilancia Aduanera facilitó al Juzgado la transcripción ya referida, además de que al día siguiente de la detención de los acusados —31 de octubre— entregó un grupo de cintas y, veinte días después —20 de noviembre—, otro grupo de cintas.

Finalmente, se aduce que resulta digno de ser resaltado que tras dictarse la Sentencia condenatoria el 25 de junio de 1999, los demandantes de amparo no alegaron infracción alguna del art. 18.3 CE en relación con el derecho a la presunción de inocencia, por lo que dicha falta de invocación, si bien no podría ser ponderada como falta de invocación previa (art. 44.1.c LOTC), si podría valorarse como aquiescencia sobrevenida sobre la constitucionalidad de la intervención telefónica.

c) En otrosí a dicho escrito de alegaciones solicitó el Abogado del Estado, de conformidad con el art. 89.1 LOTC, la práctica de la prueba consistente en documental pública en que los Secretarios de las Salas del Tribunal certificaran si de los libros y archivos de su Secretaría, obra recurso de amparo de los demandantes contra las Sentencias de 25 de junio de 1999, del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Málaga, y de 5 de noviembre de 1999, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga. Asimismo, de haberse interpuesto tal amparo, se solicita también certificación de haber sido admitido o inadmitido, acompañándose testimonio correspondiente de la resolución y demanda de amparo para ser unidos a los autos del presente amparo.

10. En escrito registrado en este Tribunal el 17 de enero de 2002, el Ministerio Fiscal en trámite de alegaciones interesó que se declarase prematura la demanda de amparo y, en su defecto, la desestimación de la demanda.

a) En cuanto al objeto de la demanda, reitera el Fiscal afirmaciones realizadas en el escrito de alegaciones efectuado en relación con la suspensión de la ejecución, señalando que el amparo no se refiere a Sentencia condenatoria alguna, sino a la Sentencia de 28 de noviembre de 1997 que declaró nula la Sentencia de instancia y ordenó dictar otra aceptando la licitud de las pruebas. Entiende que, por consiguiente, no resulta posible examinar enjuiciamiento condenatorio alguno alcanzado por valoración de pruebas determinadas, sino, en todo caso, analizar la decisión puntual (sobre la licitud y validez de dos pruebas) realizada por el Tribunal de apelación. En este contexto, sostiene que, si bien es cierto que «la Audiencia Provincial ha dicho su ‘última palabra’ en lo que respecta a la licitud de las escuchas telefónicas y que, en este sentido y por lo que respecta a este punto, la vía judicial puede entenderse agotada» y que, incluso, «ocurre lo mismo por lo que hace a la entrada y registro en el trastero del garaje donde se encontró la mayor parte de las cajetillas», no es menos cierto que cuando se interpuso la demanda de amparo el Juez de lo Penal no se había pronunciado y no se podía saber si dicha resolución sería condenatoria o absolutoria. Por ello considera el Fiscal que la demanda fue prematura, que debió esperar a que resolviera el Juez y el Tribunal de apelación, y, en consecuencia, que la demanda debe ser inadmitida de acuerdo con el art. 44.1 a) y c) LOTC. Salvando las distancias, sostiene que el caso sería similar a los supuestos en que como cuestiones previas en el procedimiento abreviado, el Juez decidiera declarar lícitas pruebas que la parte considera que no lo son, aunque es verdad que en ese caso la resolución se consideraría interlocutoria porque todavía podía repararse por las vías del proceso y de los recursos, mientras que en el presente recurso de amparo no ocurre lo mismo. El supuesto es similar en la medida en que todavía no se habría producido una valoración de conjunto de la prueba, para saber si podía establecerse o no una conexión de antijuridicidad con otras pruebas, por ejemplo con el tabaco hallado en el coche.

b) Para el caso de que no se considere este motivo de inadmisión, razona el Fiscal la inexistencia de vulneración de los derechos alegados. Así, respecto del derecho a la presunción de inocencia, por cuanto los recurrentes no fueron condenados en la Sentencia impugnada. En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la Sentencia de apelación, al justificar la licitud de la entrada y registro en el trastero, entiende que no afectando la alegación al derecho a la inviolabilidad del domicilio, no invocado en la demanda, el motivo ha de reconducirse a una cuestión de legalidad ordinaria; y, de otra parte, sostiene que la Sentencia impugnada contiene suficientes razonamientos como para que no pueda considerarse incursa en error patente, o arbitrariedad, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva.

Con base y cita literal extensa de la STC 14/2001, sostiene el Fiscal la inexistencia de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, por cuanto, de un lado, las intervenciones serían proporcionadas, atendiendo a las noticias facilitadas por el Servicio de Vigilancia Aduanera, y, de otro, los Autos que acordaron las escuchas y su prórroga contuvieron motivación bastante, teniendo en cuenta la remisión que efectúan a la solicitud de dicho Servicio. Finalmente, habría existido

suficiente control judicial de la medida teniendo en cuenta la recepción de las cintas originales al concluir la intervención junto a la transcripción adverada por el Secretario judicial y los fragmentos que durante el desarrollo de las escuchas fueron remitidos al Juez para que pudiera conceder las prórrogas.

11. Por providencia de 25 de febrero de 2002, la Sala Primera acordó denegar la petición de prueba interesada por el Abogado del Estado, al no estimarla necesaria.

12. Por providencia 18 de abril de 2002 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 22 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La presente demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de noviembre de 1997, a la que los recurrentes imputan que ha lesionado sus derechos al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Como ha quedado expuesto en los antecedentes, dicha Sentencia anuló la Sentencia absolutoria de los recurrentes de amparo, que había sido dictada por el Juzgado de lo Penal, al estimar parcialmente el recurso interpuesto por el Abogado del Estado. Asimismo, ordenó la retroacción de actuaciones para que dicho Juzgado de lo Penal dictara nueva resolución valorando las pruebas que previamente había considerado ilícitas, puesto que, según la Sentencia de la Audiencia Provincial, dichas pruebas no estaban aquejadas de ilicitud. En cumplimiento de lo ordenado, el Juzgado de lo Penal dictó Sentencia condenatoria el 25 de junio de 1999, confirmada por la Audiencia Provincial en Sentencia de 5 de noviembre de 1999. Objeto del presente amparo es, no obstante, tan sólo la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de noviembre de 1997 y las vulneraciones de derechos fundamentales que sean imputables a ella de forma directa e inmediata (art. 44.1.b LOTC).

2. Con carácter previo al examen de las vulneraciones expuestas procede atender a las alegaciones del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal en orden a considerar la posible concurrencia de defectos de admisibilidad en la demanda de amparo en su conjunto o respecto de alguna de sus pretensiones.

En primer término, conviene advertir que, como señalan ambas partes y deriva de su mera lectura, en la demanda de amparo no se invoca el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). No se trata sólo de que formalmente los demandantes de amparo no invoquen este derecho, sino de que expresamente los recurrentes parten de la interpretación acogida por el Tribunal Supremo de que el trastero y el garaje no constituyen domicilio a los efectos de la protección constitucional del art. 18.2 CE y aceptan esta interpretación.

Coincidén ambas partes también en entender que la pretensión relativa a la lesión del derecho a la presunción de inocencia ha de considerarse prematura, dado que la demanda no se dirige frente a una Sentencia condenatoria. En este extremo, hemos de coincidir también con el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, pues, en virtud del contenido del derecho a la presunción de inocencia constitucionalmente protegido (art. 24.2 CE) como derecho a no ser condenado si no es en virtud de pruebas obtenidas con todas las garantías que puedan

considerarse constitucionalmente legítimas acreditativas de forma sólida y razonable de los hechos y de la intervención en los mismos del acusado (por todas, STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3; 239/1999, de 20 de diciembre, FJ 4; 149/2001, de 27 de junio, FJ 6), ciertamente sólo es posible atribuir su lesión de forma directa e inmediata a una Sentencia condenatoria (art. 44.1.b LOTC). Por consiguiente, dado que el recurso de amparo no se interpone frente a una Sentencia que tenga tal carácter, la eventual lesión del derecho a la presunción de inocencia debe quedar imprejuzgada.

Diferente es la cuestión relativa a si las pretensiones de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con las presuntas irregularidades cometidas en el registro del trastero y a la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones reúnen los requisitos de admisibilidad de nuestra Ley Orgánica. Así, respecto del registro, sostiene el Abogado del Estado que el amparo en este punto sería prematuro, pues, aunque se aceptara su relevancia en el marco del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), no se podría considerar actualizada su lesión hasta que se dictara una Sentencia condenatoria. En relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, sin embargo, el argumento del Abogado del Estado no se basa en el carácter prematuro de la demanda, sino en el aquietamiento de los demandantes de amparo, habida cuenta de que no volvieron a alegar esta vulneración contra la Sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal y confirmada por la Audiencia Provincial, ni han interpuesto nuevo recurso de amparo contra estas resoluciones. Por su parte, el Ministerio Fiscal, si bien sostiene que ha de considerarse agotada la vía judicial previa en lo que se refiere a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a las irregularidades eventualmente cometidas durante el registro, sin embargo, considera que la demanda ha de ser inadmitida por prematuridad puesto que la Audiencia Provincial no habría dicho su «última palabra» sobre dichas cuestiones, en la medida en que no se impugna ninguna valoración de pruebas realizada y dado que en el momento de interponerse la demanda no se podía saber si las posteriores resoluciones serían absuadoras o condenatorias.

Pues bien, ni la alegación de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones ni tampoco la del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión pueden considerarse prematuras, pues, sobre la cuestión relativa a la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones, ya ha dicho su «última palabra» la Audiencia Provincial. Las vulneraciones de los derechos sustantivos al secreto de las comunicaciones o, en su caso, al derecho a la inviolabilidad del domicilio han de considerarse perfeccionadas, a los efectos de la interposición del recurso de amparo, en la resolución que pone fin a la vía judicial penal, con independencia de que la misma no sea una Sentencia condenatoria (STC 149/2001, de 27 de junio, FJ 3). Consecuencia de ello es que, una vez dictadas las posteriores resoluciones judiciales tras la retroacción de actuaciones ordenada por la Audiencia Provincial de Málaga, el examen de dichas vulneraciones por este Tribunal, en su caso en el marco de la demanda de amparo contra estas resoluciones, que según se ha dejado constancia en los antecedentes no se interpuso, sólo podría efectuarse con función instrumental, en la medida en que ello fuera necesario para analizar la lesión del derecho a la presunción de inocencia, en caso de ser alegada (STC 149/2001, FJ 3). Por esta razón no puede entenderse que los demandantes de amparo se hayan aquietado ante esta vulneración, al no haber reiterado su alegación frente a las resoluciones dictadas con posterioridad a la que es objeto del presente amparo.

Tampoco puede considerarse prematura la pretensión relativa a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho que no sea arbitraria, irrazonable o fruto de un error patente, pretensión bajo la que se impugnan las eventuales irregularidades cometidas en el registro del trastero; porque, de un lado, ciertamente, la lesión relativa a la falta de motivación de la resolución judicial, tanto en sí misma considerada como en relación con el objeto sobre el que se proyecta la eventual ilicitud del registro, habría quedado perfeccionada en la resolución aquí recurrida sin que la misma pudiera analizarse en un eventual recurso de amparo frente a las posteriores Sentencias condenatorias dictadas al amparo de la retroacción de actuaciones ordenada; y, de otro, como declaramos en la STC 149/2001, FJ 3, «la revocación de una Sentencia penal absolutoria que habilita la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento constituye en sí misma gravamen suficiente a los efectos de interponer el recurso de amparo, con independencia de los efectivos perjuicios adicionales que un nuevo juicio penal pueda llevar aparejados».

En conclusión, y en atención a lo expuesto, debemos analizar las alegaciones referidas al derecho al secreto de las comunicaciones y al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

3. Sostienen los recurrentes que la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) se ha producido como consecuencia de la falta de proporcionalidad de la medida, de la ausencia de motivación de los Autos de autorización judicial y de la falta de control judicial de las intervenciones telefónicas. Para el examen de esta pretensión hemos de comenzar por recordar que, de conformidad con nuestra jurisprudencia, la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente legítima cuando está legalmente prevista con suficiente precisión, autorizada por la Autoridad judicial en el curso de un proceso mediante una decisión suficientemente motivada y se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad; es decir, cuando su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece en los casos en que 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 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 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; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 14/2001, de 29 de enero, FJ 2; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 2, entre las últimas); de modo que la comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de efectuarse analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción (SSTC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8; y 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2).

También incide en la legitimidad de la medida y, por tanto, en el derecho al secreto de las comunicaciones, 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 los usuarios de los teléfonos 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, de 5 de abril, FJ 7).

4. Los recurrentes basan la ausencia de proporcionalidad de la medida en dos motivos: en primer término, que el delito investigado, contrabando, no puede considerarse grave dada la pena con la que se comina —de seis meses a tres años—; en segundo lugar, que, si se dan por ciertos los datos aportados por el Servicio de Vigilancia Aduanera, la intervención telefónica sería innecesaria, ya que dicho Servicio tendría todos los datos necesarios sobre la comisión del delito.

Sobre la proporcionalidad de las intervenciones telefónicas acordadas para la investigación del delito de contrabando ya nos hemos pronunciado en el sentido de que, de un lado, la gravedad del delito no se determina exclusivamente por la pena con la que el mismo se sanciona, sino también en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social de los hechos. De modo que, aunque, conforme al nuevo Código Penal, la pena para este delito sea considerada menos grave, sin embargo, «no cabe sostener que, cuando el contrabando de tabaco se realiza a gran escala a través de una organización, ... merece un reproche social muy escaso, dada la incidencia de tal actividad, no sólo sobre los intereses recaudatorios de la Hacienda Pública, sino también sobre la finalidad extrafiscal inherente a la imposición específica sobre consumos, justificada en el caso del tabaco por los costes sociales, sanitarios en concreto, que genera por tratarse de un producto perjudicial para la salud (Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales). El legislador democrático ... ha plasmado esa relevancia social que presenta el contrabando de tabaco, mayor que la que se dice en la demanda de amparo, al proclamar que "el impacto social, económico y recaudatorio del comercio legítimo de labores de tabaco obliga a intensificar la reacción jurídica frente a ese delito" (Exposición de Motivos Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando). Pero es que a la hora de ponderar la relevancia social de los hechos y su gravedad, el elemento de que sean organizaciones complejas las que se dedican a su comisión es, sin duda, un factor de suma importancia a atender, por la potencial eficacia de dichas organizaciones en su embate contra los intereses sociales y públicos garantizados por la legalidad que atacan» (STC 299/2001, de 11 de diciembre, FJ 2; reiterado en SSTC 14/2001, de 29 de enero, FJ 3; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 3).

Por consiguiente, y en aplicación de la doctrina expuesta, también en este caso, en el que existe una organización de considerables dimensiones dedicada al contrabando de tabaco y dada la relevancia de los intereses que con este delito se intentan proteger, hemos de considerar proporcionada la medida en lo que se refiere a la comprobación de su fin constitucionalmente legítimo, cual es la investigación de un delito grave.

Tampoco puede acogerse el segundo argumento de los recurrentes referido a la falta de proporcionalidad de la medida, pues, de un lado, las solicitudes de intervención telefónica se sustentaron en su necesidad para «continuar la investigación», y, de otro, los Autos apelan a su carácter necesario para comprobar el delito; de modo que, ciertamente, como sostiene el Abogado del Estado, no puede considerarse irrazonable que, a pesar de que la autoridad solicitante tuviera datos sobre la comisión del delito, la intervención telefónica fuera nece-

saria para averiguar el momento de entrega o posesión de grandes cantidades de tabaco. Así, el informe complementario del Servicio de Vigilancia Aduanera adjuntado a la solicitud de prórroga finaliza con una estimación sobre la posibilidad de que los investigados recibieran en los próximos días cuarenta cajas de tabaco. A tal efecto se ha de tener en cuenta que las infracciones en materia de contrabando sólo constituyen delito si el valor del objeto de contrabando supera la cuantía de un millón de pesetas —seis mil euros— [art. 2.3 d) Ley 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando], de modo que de ello derivaba la trascendencia de proseguir la investigación para obtener información sobre el momento puntual de entrega de grandes cantidades.

Hemos de rechazar, desde esta perspectiva, la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones.

5. Aducen los recurrentes, en un segundo orden argumental, la falta de motivación de los Autos de autorización y prórroga de las intervenciones telefónicas, por considerar que dichas resoluciones son genéricas, estereotipadas y no contienen razonamientos referidos al caso concreto. Esta queja tampoco puede ser estimada, pues aunque lo deseable sería que la resolución judicial expresara directamente todos los elementos que son necesarios para considerar fundamentada la medida (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4), sin embargo este Tribunal viene admitiendo que una resolución judicial puede considerarse motivada si, integrada con la solicitud de la autoridad a la que se remite, «contiene todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva» (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 7; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4). Estos elementos se refieren al presupuesto habilitante, esto es, a la posible existencia de un delito y a la conexión con tal delito de los titulares o usuarios de los teléfonos, de modo que deben exteriorizarse los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y de su comisión por las personas investigadas, así como los datos relativos al delito investigado, a los números de los teléfonos intervenidos, a quienes llevarán a cabo la intervención, y a su duración (por todas SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; y 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8).

En el caso, la queja de los recurrentes se refiere claramente a las resoluciones judiciales aisladamente consideradas, de manera que, teniendo en cuenta que, como ha quedado expuesto en los antecedentes, todas ellas se remiten expresamente a las respectivas solicitudes del Servicio de Vigilancia Aduanera y a los informes incorporados por dicho Servicio, resulta posible su integración con los mismos. Mediante dicha integración se obtienen todos los datos que, de conformidad con nuestra jurisprudencia, resultan exigibles: el delito investigado (contrabando), la investigación previa y los datos obtenidos a través de ella sobre las actividades de los sospechosos, los datos de los teléfonos y sus titulares, el tiempo de duración de la medida (un mes), las personas que la llevarían a cabo (funcionarios de la Jefatura Provincial del Servicio de Vigilancia Aduanera).

La queja relativa a la falta de motivación de los Autos se imputa también al Auto de prórroga de la intervención telefónica, y, aunque en relación con la falta de control judicial de la medida, se sostiene que ese Auto fue acordado sin que el Juez hubiera tenido en cuenta los resultados de la intervención previa. Tampoco esta queja pue-

de prosperar, pues, si bien es cierto que hemos declarado que la autorización de prórroga de la medida debe tener en cuenta los resultados obtenidos previamente (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 11; y 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8), no puede negarse, en este caso, que el Juzgado no haya tenido en cuenta dichos resultados. Como resulta de las actuaciones y ha quedado expuesto en los antecedentes, el Servicio de Vigilancia Aduanera complementó la solicitud de prórroga con un detallado informe —folios 19 a 23— en el que se exponen las informaciones más relevantes obtenidas sobre las actividades de contrabando, así como la transcripción de las conversaciones más significativas de las cintas grabadas —folios 24 a 71—. A dicho informe y transcripción se remite el Auto de 15 de octubre de 1996. Todo ello prueba de modo suficiente que el Juez tuvo en cuenta los datos obtenidos en el primer período de intervención; de modo que a tal fin no resulta necesario, como pretenden los recurrentes, que se entreguen las cintas en ese momento por la autoridad que lleve a cabo la medida, pues el Juez puede tener puntual información de los resultados de la intervención telefónica a través de los informes de quien la lleva a cabo.

6. Alegan, por último, los recurrentes la falta de control judicial de la medida, sustentando dicha queja básicamente en que las cintas se entregaron al Juzgado con posterioridad a ser autorizada la prórroga de las intervenciones telefónicas y en que la transcripción de las cintas no fue literal ni íntegra, habiendo seleccionado el Servicio de Vigilancia Aduanera los pasajes transcritos. En relación con esta queja hemos de precisar que la falta de control judicial de la medida puede ocasionar la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) si no se fijan períodos para dar cuenta al Juez de los resultados de la intervención, o, en caso de su incumplimiento, o si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y del cese de la intervención o no conoce los resultados de la investigación (por todas SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 7). Sin embargo, no afectan a este derecho, sino al derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), las irregularidades en el control judicial cometidas con posterioridad a las intervenciones practicadas, pues dichas irregularidades no tienen lugar durante el acto limitativo del derecho, sino en el momento de incorporación de sus resultados al proceso. Así, todo lo relativo 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 su defectuosa incorporación a las actuaciones no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir las grabaciones o su transcripción en prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia (por todas, SSTC 121/1998, de 15 de junio, FJ 5; 49/1999, de 5 de abril, FFJJ 12 y 13; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 7).

De conformidad con dicha doctrina y teniendo en cuenta que sólo podemos pronunciarnos sobre la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones, hemos de reiterar que, a efectos de la existencia de control judicial de la medida durante la ejecución del acto limitativo, resulta suficiente el realizado; pues, como hemos señalado se fijaron plazos para la intervención y el Juez tuvo conocimiento de sus resultados a través de los informes y transcripción parcial de las cintas.

El resto de los defectos alegados, relativos a las transcripciones de las cintas no pueden ser examinados en

la presente demanda, pues en cuanto constitutivos, en su caso, de una vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, sólo pueden imputarse a una Sentencia que eventualmente valorase las mismas como prueba, y, como ya ha quedado dicho, no es este el caso de la resolución impugnada en este amparo.

7. Resta únicamente por examinar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) que los recurrentes cifran en la lesión del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, en tanto que, en su opinión, la Audiencia Provincial «ha ignorado totalmente las normas aplicables al caso» y ello «supone una aplicación de la legalidad arbitraria». En particular, sostienen que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no regula sólo la entrada y registro en domicilio, sino también en lugares cerrados no constitutivos de domicilio que se consideran edificios o lugares públicos (art. 547.3), normas que exigen que esa entrada y registro se realice con autorización judicial (art. 546) y en presencia de los procesados y del Secretario judicial (art. 569). Se cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo a este propósito, que sostiene que, aunque a los efectos de la protección del art. 18.2 CE el trastero de una casa no es un domicilio, sin embargo, a los de su registro, como se deduce de los arts. 547.3, 569 en relación con los arts. 567 y 568 LECrim, se precisa su realización en presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente, de modo que su ausencia determina una infracción procesal. En opinión de los recurrentes, la infracción de las normas procesales citadas provoca la nulidad de la prueba practicada en aplicación de los arts. 11.1 y 238.3 LOPJ.

Precisada así la pretensión, conviene recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva «integra en su contenido, además del derecho a la defensa y a la ejecución de las resoluciones judiciales, el derecho al acceso a la jurisdicción y, en su caso, a los recursos, para obtener una resolución sobre el fondo de la pretensión planteada, que sin embargo puede ser de inadmisión si concurren las causas legalmente previstas para ello. En todo caso, la respuesta debe ser motivada, razonada y congruente. Por el contrario, este derecho constitucional no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales; pero en este caso serían esos derechos los vulnerados, y no el art. 24.1 CE. El recurso de amparo no es, pues, un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del Ordenamiento jurídico al caso: si lo fuera el Tribunal Constitucional se convertiría en un órgano de casación o de apelación universal y quedaría desvirtuada la naturaleza propia del proceso constitucional de amparo (por todas, SSTC 148/1994, FJ 4; 309/1994, FJ 2 )» (STC 214/1999, de 29 de noviembre).

Además, hemos sostenido con reiteración, por lo que la cita de nuestras Sentencias se hace innecesaria, que para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente. Ahora bien, «en rigor, cuando lo que se debate es ..., la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos típicos del art. 24.1 CE o a otros derechos fundamentales, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para

cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento. En estos casos, ciertamente excepcionales, la aparente contradicción con la mentada premisa no existe, puesto que, como queda dicho, la falta de motivación y de razonamiento constituye uno de los contenidos típicos del art. 24.1 CE. Es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad debe tenerse por inexistente; pero también es cierto que este Tribunal incurría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquéllas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas» (STC 214/1999, FJ 5)

El carácter restrictivo del canon constitucional aplicado en estos casos, cuyo sentido y finalidad, convendrá reiterarlo, reside en conjurar los riesgos de que, mediante la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, este Tribunal se convierta en un órgano de casación universal y, por tanto, en la necesidad de preservar la función de estricta protección de los derechos fundamentales que este Tribunal Constitucional tiene encomendada, explica que hayamos declarado la lesión de esta garantía en escasas ocasiones en procesos constitucionales de amparo en los que la controversia se refería únicamente a la selección, interpretación y aplicación de la legalidad infraconstitucional (SSTC 22/1994, de 27 de enero; 126/1994, de 25 de abril; 112/1996, de 24 de junio; 214/1999, de 29 de noviembre; 226/2000, de 2 de octubre; 256/2000, de 30 de octubre; 261/2000, de 30 de octubre; y 151/2001, de 2 de julio).

De otra parte, en la medida en que los recurrentes ciñen su queja a considerar que el defecto en que incurre la resolución impugnada, y en virtud del cual ha de entenderse que la motivación de la misma no constituye una fundamentación en Derecho, es la arbitrariedad, hemos de señalar también que «esta tacha extrema de arbitrariedad ... supone que la resolución judicial impugnada no es expresión de la Administración de Justicia sino mera apariencia de la misma (STC 148/1994), lo que implica 'negación radical de la tutela judicial' (STC 54/1997, FJ 3), sin que nada de ello pueda confundirse con el error en la interpretación y aplicación del Derecho. Existe arbitrariedad, en este sentido, cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulta fruto del mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo 'irracional o absurdo' (STC 244/1994, FJ 2)» (STC 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7).

8. Pues bien, la aplicación de esta doctrina al caso analizado conduce asimismo a la desestimación de la vulneración alegada. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, la resolución impugnada de la Audiencia Provincial de Málaga sostiene que no puede compartirse la decisión del Juzgado de lo Penal en lo atinente a la «nulidad de la diligencia de entrada y registro practicada en el trastero ... pues es doctrina reiterada del Tribunal Supremo ... que los trasteros de las viviendas no constituyen parte de las mismas o espacios destinados a la habitación de las personas, por lo que no puede extenderse a ellos la protección constitucional ni por ende serles de aplicación las normas procesales reguladoras de las garantías que han de observarse en

la práctica de las diligencias de entrada y registro en el domicilio de los particulares» (fundamento de Derecho 1).

En el párrafo transcritto se comprueba la existencia de argumentación y que la misma contiene un razonamiento que no resulta ajeno a la lógica, pues, ni parte de premisas falsas, ni ilógicas, ni de las mismas extrae una consecuencia que no derive de ellas. Pues, ciertamente, el Tribunal Supremo sostiene que el trastero y el garaje no son domicilio, y, si se parte de dicha premisa, a estos lugares no le son aplicables ni la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio, ni las normas procesales que regulan garantías relativas a la entrada y registro en el domicilio de particulares.

Tampoco la resolución impugnada puede considerarse arbitraria. En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no sólo regula las entradas y registros en los domicilios, sino también en edificios y lugares públicos, considerando tales «cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio de un particular con arreglo a lo dispuesto en el artículo 554» (art. 547.3 LECrim) en orden a la observancia de los requisitos exigidos en sus arts. 546 y 569: autorización judicial (art. 546 LECrim) y presencia del interesado y del Secretario judicial (art. 569 LECrim). Estas normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establecen garantías de carácter legal y no constitucional, aunque en algunos casos puedan considerarse conectadas con la protección del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), no fueron tomadas en consideración expresamente por la Audiencia Provincial en el caso concreto, a pesar de que los absueltos apelaban a su aplicación para considerar nulo el registro del trastero en el que se halló parte del tabaco aprehendido, y a pesar de que la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Málaga de 1 de octubre de 1997 también recurrió a su aplicación en su fundamento jurídico séptimo en los siguientes términos: «Pues bien, debiendo ser reputado tal trastero como un lugar cerrado, es evidente, de acuerdo con los artículos 546, 547 y concordantes de la LECrim, que para su entrada y registro es preceptivo el oportuno mandamiento judicial, ... a falta de consentimiento del titular o titulares. Si se ha realizado, pues, sin contar con ninguno de esos dos títulos habilitantes, preciso es concluir declarando la nulidad del mismo y, consecuentemente, su carencia absoluta de validez como prueba, según el art. 11.1 de la LOPJ».

Ahora bien, aunque el sometimiento de los jueces al imperio de la ley en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.3 CE) y las exigencias constitucionales de fundamentación en Derecho de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE) deberían haber conducido a que el órgano judicial ponderara expresamente la licitud del registro no sólo en atención al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), sino también desde la óptica de los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la licitud del registro de lugares cerrados, no puede afirmarse que la ausencia de razonamiento explícito sobre la aplicación o inaplicación de dichos preceptos legales implique una absoluta falta de motivación ni defecto tan desmedido como la arbitrariedad, pues la resolución impugnada no cae en el mero voluntarismo judicial que la prohibición constitucional de incurrir en motivación arbitraria intenta evitar.

## FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

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

Dada en Madrid, a veintidós de abril de dos mil dos.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Fernando Garrido Falla.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Firmado y rubricado.

**9770**

*Sala Primera. Sentencia 83/2002, de 22 de abril de 2002. Recurso de amparo 182/98. Promovido por don Alberto de Alcocer Torra frente a la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, estimando el recurso de casación, desestimó su demanda por las fotografías publicadas en la revista «Diez Minutos» en las que aparece con una señora.*

*Vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen: publicación de fotografías privadas obtenidas sin consentimiento de los interesados (STC 139/2001), y que atañen a sus relaciones afectivas, ajenas a su notoriedad profesional.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, don Fernando Garrido Falla, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio y don Roberto García-Calvo y Montiel, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 182/98, promovido por don Alberto de Alcocer Torra, representado por el Procurador de los Tribunales don Román Velasco Fernández y asistido por el Abogado don Francisco García-Mon Marañés, contra la Sentencia de 17 de diciembre de 1997 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por la que se declara haber lugar al recurso de casación núm. 30/94 promovido contra la Sentencia dictada por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de septiembre de 1993, que confirmó en apelación la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid de 9 de septiembre de 1991, en autos de juicio incidental de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Han intervenido el Ministerio Fiscal y la compañía mercantil Editorial Gráficas Espejo, S.A. (actualmente Hachette Filipacchi, S.A.), representada por el Procurador de los Tribunales don Javier Vázquez Hernández, y con asistencia letrada de don Julio Iturriaga de Pablo. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo García Manzano, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 14 de enero de 1998, el Procurador de los Tribunales don Román Velasco Fernández, en nombre y represen-

tación de don Alberto de Alcocer Torra, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia a la que se hace referencia en el encabezamiento, alegando vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE).

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) El solicitante de amparo formuló demanda incidental de juicio de protección de los derechos fundamentales, al amparo de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, contra don Jesús López Campos, director de la revista «Diez Minutos», contra Editorial Gráficas Espejo, S.A., y contra don Luis Gozalo, por considerar que la publicación de unas fotografías en la portada y en el interior de aquella revista (págs. 16 y 17), en su núm. 2.061, de 22 de febrero de 1991, y en el núm. 2.064 (pág. 61), constituyeron una intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen.

La demanda fue estimada por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid de 9 de septiembre de 1991, al considerar que el actor había sufrido una intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen con la publicación de dichas fotografías, condenando a los demandados a pasar por tal declaración; a publicar el fallo, anunciándolo en la portada, en el siguiente número de la revista a la fecha de firmeza de la resolución; a la destrucción o inutilización de los clichés, planchas de imprenta o soporte de cualquier clase que contengan las fotografías de autos; y a indemnizar conjunta y solidariamente al demandante en la suma de veinte millones de pesetas más los intereses legales.

En su fundamento jurídico segundo, la Sentencia razona: «De las pruebas propuestas y practicadas en los autos ha quedado acreditado que con ocasión de encontrarse el Sr. Alcocer, junto con doña Margarita Hernández y otros amigos en una playa pública, el primeramente citado entregó a uno de esos amigos, el Sr. Sobrino una cámara fotográfica de su propiedad, con la cual éste, a instancias de aquél fotografió juntos y en situación de afectividad a los dos primeramente citados, devolviendo acto seguido el Sr. Sobrino la cámara a su propietario el actor. Con posterioridad, en el número 2.061 de fecha 22 de febrero de 1991, la revista «Diez Minutos», dirigida por el demandado Sr. López Campos y editada por la codemandada Editorial Gráficas Espejo S.A., publicó en portada y en el interior esas fotografías, con el titular «Tras el escándalo Alberto Cortina-Marta Chávarri ahora gran exclusiva. Las fotos definitivas de Alberto Alcocer-Margarita Hernández», las que igualmente se utilizaron para la confección de un póster publicitario de la mencionada revista que fue exhibido en numerosos puntos de venta con finalidad propagandística de la revista, no de ese número concreto. Nuevamente en el número 2.064 de la citada publicación, se publicó nuevamente una de las fotografías como apoyo gráfico de un determinado reportaje. Tales instantáneas fueron vendidas a la editora por el codemandado D. Luis Gonzalo, que las adquirió no consta cómo, abonándole la empresa aproximadamente, cuatro millones de pesetas por las mismas.»

Entiende el Juzgado que el supuesto de hecho encaja en el art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puesto que a cualquier observador objetivo le es palpable que es totalmente privado hallarse en cualquier lugar apartado, en compañía de unos amigos, uno de los cuales hace una fotografía con la propia cámara del fotografiado, al que se devuelve y conserva, salvo que se quiera privar