

un desviamiento irrazonable, arbitrario o erróneo en relación con el contenido y alcance de los pronunciamientos que integran la parte dispositiva de la resolución ejecutada (SSTC 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 146/2002, de 15 de julio, FJ 3; 116/2003, de 16 de junio, FJ 3; 140/2003, de 14 de julio, FJ 6; 190/2004, de 2 de noviembre, FJ 3; 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4; 187/2005, de 4 de julio, FJ 2; y 209/2005, de 18 de julio, FJ 2).

4. En el caso que aquí se examina, como se ha expuesto más detenidamente en los antecedentes, el demandante fue condenado a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, cuatro mil pesetas de multa, con responsabilidad personal en caso de impago de dos días, así como al abono de las costas procesales, comenzando el 28 de junio de 2001 a cumplir la pena privativa de libertad, que debía quedar extinguida el día 21 de junio de 2004.

Estando la Sentencia en avanzada fase de ejecución, ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que dio una nueva redacción al art. 89.1 CP, y tras seguir los trámites oportunos, la Audiencia Provincial dictó Auto el 19 de noviembre de 2003 acordando la sustitución de la pena originaria por la de expulsión del territorio español, decisión que fundamentó, de un lado, en la consideración de que se cumplían los requisitos establecidos en el nuevo texto del citado art. 89.1 CP, pues el penado es una persona extranjera no residente legalmente en España castigado a pena privativa de libertad inferior a seis años; y, de otro lado, en la apreciación de que la norma contemplada, aun siendo posterior a los hechos objeto de la causa, es aplicable a los mismos por cuanto la anterior redacción del precepto reformado preveía también, aun cuando de forma facultativa para el Juez, aquella sustitución. Frente a esta resolución el demandante interpuso el correspondiente recurso de súplica, que fue desestimado por mantenerse las circunstancias que determinaron el acuerdo de expulsión, es decir, los requisitos establecidos en el art. 89 CP.

Pues bien, se aprecia claramente que el órgano judicial ha incumplido la regla de razonabilidad antes reseñada, puesto que el modo de ejecución que se pretende a través de las resoluciones recurridas y que denuncia el demandante altera sustancialmente los términos de la parte dispositiva de la Sentencia condenatoria, no resultando razonable la argumentación que para cohonestar su pronunciamiento esgrime el órgano judicial. Y ello porque, aun cuando es cierto, como se constató una vez hechas las comprobaciones oportunas, que concurrían los requisitos subjetivos para la aplicación de la norma en que aquellas resoluciones se fundamentan (esto es, que el recurrente no tenía permiso de residencia en España ni constaba petición alguna en tal sentido), sin embargo, como pone de manifiesto el Ministerio público, la interpretación efectuada por el órgano judicial, según la cual cabe aplicar en este supuesto, en fase de ejecución, la nueva normativa, resulta irrazonable básicamente por dos razones: de un lado porque el texto del art. 89.1 CP vigente al tiempo de dictarse la Sentencia condenatoria facultaba al órgano judicial para acordar la sustitución y, pese a ello, nadie la solicitó ni aquél la acordó pudiendo hacerlo; de otro porque la nueva redacción del art. 89.1 CP prevé la sustitución en Sentencia si la pena privativa de libertad es inferior a seis años, y únicamente en el caso de que la pena sea superior a seis años cabe acordar la expulsión del territorio nacional en fase de ejecución, lo que no sucede en el caso presente. A ello cabe añadir que la irrazonabilidad de la interpretación se hace aún más evidente si se tiene en cuenta que, de ejecutarse las reso-

luciones judiciales impugnadas, en puridad no estaríamos ante una verdadera y propia sustitución, sino que, dado lo avanzado del cumplimiento de la pena privativa de libertad por el penado, realmente se produciría una acumulación sucesiva de dicha pena y de la medida de expulsión, efecto que no se desprende en modo alguno del citado art. 89.1 CP, salvo, y solamente, como se acaba de indicar, que se trate de una pena privativa de libertad superior a seis años, lo que, ha de reiterarse, no acontece en el caso que aquí se examina.

Así las cosas resulta palmario que los Autos impugnados, con base en una argumentación manifiestamente irrazonable, añaden una nueva consecuencia jurídica que altera de modo esencial el contenido del fallo y la correspondiente ejecución de la Sentencia condenatoria en los términos allí plasmados, lesionando de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE. En consecuencia ha de otorgarse el amparo impetrado, sin que sea necesario entrar a examinar el resto de motivos expuestos en la demanda de amparo.

#### FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo interesado por don Lounes Khel-faoui y, en consecuencia:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.

2.º Restablecerlo en la integridad de su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los Autos de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 2003 y 27 de febrero de 2004, dictados en ejecutoria 76/01.

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

Dada en Madrid, a ocho de mayo de dos mil seis.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugení Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

**10183** *Sala Primera. Sentencia 146/2006, de 8 de mayo de 2006. Recurso de amparo 2172-2004. Promovido por don José Montoya Romero frente a las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Jaén que le condenaron por delito contra la salud pública.*

*Vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia: intervención telefónica autorizada y prologada mediante Autos mal motivados y no comunicados al Fiscal; condena fundada en pruebas ilícitas. Voto particular concurrente.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don

Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2172-2004, promovido por don José Montoya Romero, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Cortés Galán y asistido por el Abogado don Ramón Román Gómez, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 158/2004, de 13 de febrero, desestimatoria del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén 12/2002, de 22 de mayo, condenatoria por delito contra la salud pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 2 de abril de 2004, la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Cortés Galán interpone recurso de amparo en nombre de don José Montoya Romero contra las Sentencias mencionadas en el encabezamiento.

2. Los hechos relevantes para el examen de la pretensión de amparo son, sucintamente relatados, los siguientes:

a) El fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 12/2002, de 22 de mayo, condenó al hoy recurrente a las penas de cinco años de prisión y de 180.303 euros por la autoría de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud. El relato de hechos probados describía, en síntesis, que el otro acusado había sido detenido cuando bajaba de un autobús portando casi un kilo de cocaína para entregárselo al hoy recurrente.

El concierto del recurrente con el otro acusado para la compra de la droga se consideraba probado a partir de las conversaciones telefónicas entre ambos, «unidas a los testimonios de los Guardias Civiles que realizaron la vigilancia tanto telefónica como operativa». En concreto, los agentes comprobaron «al menos en dos ocasiones» que era el acusado hoy recurrente el que utilizaba el teléfono intervenido. «A ello se une que la voz escuchada en las grabaciones, en apreciación del Tribunal, aun no experto en la materia, ciertamente coincide con la del procesado. Y por último, la detención se produce en las cercanías de su domicilio. No puede calificarse todo ello como meras coincidencias, sino que constituyen los indicios suficientes que llevan a sentar la conclusión indubitada y cierta de que fue el referido procesado la persona que encargó la droga que iba a comprar a Diego Alonso».

b) Los Autos de intervención de comunicaciones que dieron lugar a las grabaciones mencionadas fueron dictados por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Andújar. El primero es de 12 de julio de 2000, y ordenaba la intervención del teléfono del recurrente y de su hermano por un mes. La petición policial afirmaba que los intervenidos «se dedican a gran escala al tráfico de drogas», sobre todo cocaína; que la repartían por Andújar y Jaén, y mencionaban una concreta sala de fiestas como uno de los centros de distribución. Se señalaba también que la familia a la que pertenecen tenía amedrentada a la población y que era comentario público que portaban armas de fuego.

El segundo Auto de intervención de comunicaciones, de 11 de agosto de 2000, prorrogaba la intervención respecto de uno de los teléfonos. En el informe policial se señalaba que «en ambos teléfonos se han grabado conversaciones en las que se podría afirmar que se realizan contactos relativos a actividades ilícitas», siquiera con lenguaje encubierto, y que un hermano del recurrente utilizaba vehículos de gran cilindrada, que se relacionaban, sin que desempeñara ninguna actividad laboral. Se enumeraban también otros vehículos de la familia, y entre ellos uno del recurrente.

Las primeras transcripciones y soportes de las conversaciones intervenidas se remitieron al Juzgado de Instrucción el día 17 de agosto de 2000.

c) Mediante Sentencia 158/2004, de 13 de febrero, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación que había interpuesto el recurrente. Respecto a las intervenciones telefónicas, la Sentencia de casación entendía que la motivación «fue suficiente y que la prórroga se debió a que del sentido de las escuchas, se desprendía, con suma claridad y precisión, los indicios o sospechas de que, a través de dicho teléfono, se estaban dando instrucciones para la comisión de un delito contra la salud pública. Existió, por tanto, proporcionalidad en la medida y el suficiente control judicial durante su ejecución, por lo que se cumple con las previsiones constitucionales». Respecto a la presunción de inocencia del recurrente, consideraba la Sentencia que había quedado suficientemente desvirtuada por los indicios expresados en la de instancia.

3. La pretensión de la demanda de amparo consiste en que se anulen tanto las intervenciones telefónicas practicadas en el procedimiento, como la Sentencia condenatoria y la de casación, debido a que las mismas han vulnerado los derechos fundamentales del recurrente a la intimidad (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Subsidiariamente, si se estimara el amparo únicamente por los defectos del procedimiento, se solicita la retroacción de actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la Sentencia de instancia.

En la primera queja de su demanda de amparo el recurrente invoca como vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones. Sustenta tal vulneración en que el primero de los Autos carecería de las garantías constitucionales mínimas: en su parecer, la justificación expuesta en los oficios policiales a los que se remite no aporta indicios suficientes para adoptar la intervención acordada, sino sólo sospechas y conjeturas de las que no se deduciría dato objetivo alguno en el que basar la proporcionalidad de la medida. No se menciona en absoluto en qué ha consistido la investigación policial; no se indica siquiera que los investigados tengan un alto nivel de vida o que se relacionen con lugares o personas vinculadas al tráfico de drogas. Es más: el Auto ni siquiera señala cuál es el delito investigado, limitándose a remitirse a «los presuntos hechos delictivos que se relacionan en el escrito de la Guardia Civil».

Sostiene además que la medida de intervención careció de control judicial en su desarrollo y cese, pues la prórroga se produjo sin entrega previa de cintas o transcripciones, por lo que el órgano judicial de instrucción no pudo evaluar la necesidad de continuar con aquella. Destaca finalmente que la intervención se produjo al margen del proceso penal, en el marco de unas meras diligencias indeterminadas; que la selección de las conversaciones fue realizada por la Guardia Civil «sin contradicción»; que

hasta mayo del año siguiente no se certificó judicialmente la correspondencia de la transcripción con las cintas; que no consta en los autos la escucha de éstas por parte del Juez; y que no se especificaba si las cintas entregadas eran originales y si eran todas las grabadas.

En la segunda de las quejas formuladas se invoca como vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente por la falta de motivación de los Autos de intervención de las comunicaciones en muy directa conexión con lo ya indicado en relación con el art. 18.3 CE. Y ya, las dos quejas restantes tienen por contenido el derecho a la presunción de inocencia. Se alega ante todo que no podía valorarse el contenido de las conversaciones interceptadas ni lo que de ellas derivó, que fue el hallazgo de la droga, las declaraciones de los acusados y las declaraciones de los agentes de la guardia civil, por lo que la condena carecería del sustento de prueba legal alguna. En último término, se aduce que, aun dando por válidas las escuchas, no habría prueba de cargo suficiente contra el recurrente, pues no se había acreditado que éste «mantuviera conversación telefónica con el otro procesado», portador de la droga. Alega además la representación del demandante que el otro acusado declaró que no conocía al Sr. Montoya; que no se ha encontrado droga alguna en poder del mismo; que su nombre no aparece en las transcripciones de las conversaciones; que de las mismas no se deriva tráfico alguno de drogas; que no consta que la línea intervenida fuera de su titularidad; y, en fin, que carece de bienes.

4. Mediante diligencia de ordenación de su Secretaría de Justicia de 8 de junio de 2004, la Sala Primera de este Tribunal recabó de la Audiencia Provincial de Jaén testimonio de la causa de la que se deriva el presente recurso de amparo.

5. Mediante providencia de 23 de noviembre de 2005, la Sección Primera acordó admitir a trámite la presente demanda de amparo y, conforme a lo previsto en el art. 51 LOTC, requerir del Tribunal Supremo testimonio del recurso de casación núm. 1643-2002. En la misma providencia se interesa de la Audiencia Provincial de Jaén el emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento que origina el presente recurso de amparo, y se acordó, conforme a la solicitud de la representación del recurrente, la formación de pieza para la tramitación del incidente de suspensión, en la que no ha recaído resolución.

6. Mediante diligencia de ordenación de su Secretaría de Justicia de 23 de enero de 2006, la Sala Primera acordó dar vista de las actuaciones del presente recurso de amparo a las partes y al Ministerio Fiscal, con concesión de un plazo de veinte días para la presentación de las alegaciones previstas en el artículo 52.1 LOTC

7. El Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones mediante escrito presentado el 15 de febrero de 2006, interesando que se otorgue el amparo solicitado, que se declare la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y que se anulen las Sentencias recurridas en lo referente a la condena del demandante.

Tras advertir que «los tres primeros motivos de amparo se reducen al primero, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones», y que «la Sentencia del Tribunal Supremo ni siquiera se refiere a los indicios que podía contener el oficio» de la Guardia Civil, argumenta que en tal oficio «no se indican las investigaciones realizadas ni las fuentes de esas afirmaciones, ni las pruebas o indicios de los que se obtienen esas conclusiones». Por

ello, en atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –que resume con cita de la STC 165/2005, de 20 de junio–, entiende el Fiscal que el Auto judicial examinado «no contiene una motivación suficiente, ni por sí mismo ni integrado con la solicitud policial». A esta vulneración debe añadirse la constituida por «la falta de notificación al Ministerio Fiscal de las resoluciones judiciales que autorizaron y prorrogaron las intervenciones telefónicas referidas, lo que ha impedido el control inicial de las medidas de intervención en sustitución del interesado por el garante de los derechos de los ciudadanos ex art. 124.1 CE».

Además de la infracción del art. 18.3 CE considera el Fiscal que no ha resultado desvirtuada la presunción de inocencia del recurrente. La razón de ello ha de encontrarse en la anulación de las pruebas obtenidas directamente a partir de las intervenciones telefónicas, incluidas las declaraciones de los agentes de la Guardia Civil que llevaron a cabo las escuchas en relación con el contenido de éstas (STC 184/2003, de 23 de octubre), pues la propia Sentencia de la Audiencia Provincial reconoce que tal contenido es el único material probatorio que hay en la causa.

8. El escrito de alegaciones de la representación del recurrente se registró en el Tribunal el día 23 de febrero de 2006. El mismo reitera la pretensión expuesta en la demanda y, para sustentarla, se limita, en esencia, a la transcripción de amplios fragmentos de dicho escrito inicial.

9. Mediante providencia de 4 de mayo de 2006, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 8 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Además de a una cuantiosa multa, el demandante de amparo fue condenado a una pena de cinco años de prisión como autor de un delito «contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud». Interpone el presente recurso porque considera que dicha condena es el fruto de la vulneración de sus derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Alega en concreto que la intervención de las comunicaciones telefónicas que está en el origen de la instrucción de la causa ni estaba motivada ni gozó del necesario control judicial. Considera además que esta vulneración comporta la de su derecho a la presunción de inocencia, pues la conducta que se le atribuye se derivaría directa o indirectamente de las conversaciones ilícitamente interceptadas. En cualquier caso, aun dando por válidas las intervenciones telefónicas practicadas, estima que el relato de hechos probados carece de sustento probatorio suficiente en lo que a él se refiere, lo que supondría una nueva conculcación de la presunción de su inocencia.

El Ministerio Fiscal se muestra de acuerdo con la argumentación esencial de la demanda e interesa por ello el otorgamiento del amparo. Considera que la intervención de las comunicaciones telefónicas careció de motivación suficiente conforme al estándar fijado por la jurisprudencia constitucional, y que, además, no tuvo el control que provee la notificación al Ministerio Fiscal. Esta infracción del artículo 18.3 CE comportaría la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues, a su entender, la propia Sentencia condenatoria establece que las escuchas practicadas constituyen el único material probatorio de cargo respecto al recurrente.



2. La primera de las quejas de amparo, atinente a la vulneración al derecho al secreto de las comunicaciones, tiene a su vez como primera alegación la relativa a la falta de motivación suficiente del Auto de intervención de las líneas telefónicas. Procede también que sea la primera cuestión que abordemos no sólo por razones cronológicas –se refiere a la primera de las resoluciones judiciales impugnadas–, sino por las de racionalidad jurídica que derivan en parte de ellas: la eventual estimación de esta cuestión condiciona la primera referente a la presunción de inocencia, de la que constituye su presupuesto, y puede condicionar el análisis de las demás cuestiones relativas a la vulneración del secreto de las comunicaciones, pues el Auto de prórroga de la intervención se apoya en los resultados de la ya practicada. Por lo demás, la queja de falta de tutela judicial efectiva por defecto de motivación no constituye sino una queja con el mismo objeto que la que nos disponemos a abordar, pero desde una perspectiva de control constitucional menos específica y menos incisiva que la del art. 18.3 CE.

Para dar o quitar razón al recurrente en su queja constitucional hemos de recordar tanto los términos del Auto impugnado [a]) como nuestra doctrina relativa a las exigencias mínimas de motivación de las decisiones judiciales de intervención de las comunicaciones [b)].

a) En el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Andújar de 12 de julio de 2000 se acuerda la intervención y escucha de los teléfonos móviles de dos hermanos del recurrente «con motivo de esclarecer los presuntos hechos delictivos que se relacionan en el escrito de la Guardia Civil», puesto que «existen fundados indicios de que mediante la intervención y escucha de los teléfonos móviles ... pueden descubrirse hechos y circunstancias de interés, sobre la comisión de un delito de solicitud intervención telefónica [sic], en que pudieran estar implicados los mismos». El escrito al que se refiere el Juzgado está firmado por el Sargento jefe del grupo de investigación fiscal antidroga (GIFA) el mismo 12 de julio, y refiere que los cinco miembros de la familia Montoya que menciona «se dedican, a gran escala, al tráfico de drogas. La sustancia con la que mayormente trafican es cocaína». Para operar, uno de los intervenidos en sus comunicaciones «parece reclamar grandes cantidades de cocaína. Una vez en su poder utiliza al resto de sus hermanos para realizar la actividad de tráfico. Por las investigaciones realizadas se conoce que esta droga la reparten entre los potenciales consumidores de Andújar (Jaén) y entre otros pequeños traficantes del mismo Jaén. Uno de estos centros de distribución» es una sala de fiestas, de la que se mencionan su nombre y su dirección. Los contactos para hacerse con la droga se hacen con los teléfonos cuya intervención se pide. «En las investigaciones previas se ha podido apreciar igualmente que esta familia tiene amedrentada a gran parte de la población. Esto es debido a la agresividad que estos han demostrado con algunos de sus compradores o vendedores. Es comentario público que los mismos portan armas de fuego».

b) La intervención judicial de las comunicaciones integra una limitación del derecho al secreto de las mismas prevista en el propio texto constitucional (art. 18.3 CE). Como en los demás supuestos de limitación de derechos fundamentales, constituye doctrina de este Tribunal la de que una medida de ese tipo debe sujetarse a parámetros de proporcionalidad en relación con la preservación de otros derechos o bienes constitucionales. Ha de tratarse así de una medida útil y necesaria para la protección de un bien constitucionalmente importante, que aquí equivale a la prosecución de una instrucción penal relevante: «la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo

puede considerarse constitucionalmente legítima cuando ... 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 investigación de la comisión de delitos calificables de graves y es idónea e imprescindible para la determinación de hechos relevantes para la misma (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2). 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)» y (STC 184/2003, de 23 de octubre; FJ 9). Faltará en todo caso el carácter necesario de la intervención cuando la misma constituya «la primera medida de investigación penal, pues el juicio de necesidad, esto es, el carácter imprescindible de la medida como parte esencial del juicio de proporcionalidad, requiere ponderar la eventual existencia de medios alternativos de investigación» (STC 184/2003, FJ 9).

Para conocer que tal ponderación ha presidido la decisión judicial limitativa del derecho y que la misma es constitucionalmente irreprochable es necesario que el Auto de intervención exprese la finalidad de la misma (la actividad delictiva que se investiga) y las razones por las que la escucha de las conversaciones se presenta como un medio idóneo y necesario de investigación. Se requiere por ello que la resolución judicial exprese los indicios existentes de que se ha cometido un delito, sin que resulte en consecuencia justificable desde la perspectiva constitucional no ya, como se ha señalado, que la intervención telefónica constituya el instrumento inicial de indagación, sino que se proceda a la misma por la mera sospecha de que el delito se ha cometido. Como destacábamos en la STC 49/1999, de 5 de abril, «el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos (caso *Klass*, § 51), o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional» (FJ 8). Así, la decisión judicial debe «exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que justifiquen la concurrencia del presupuesto habilitante de la intervención, como lo son la imputación de un delito grave, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios en la posible existencia, así como la conexión del usuario o de los usuarios de los teléfonos con los hechos. ... La precisión de los indicios es indispensable, como un *prius* lógico de los también obligados juicios sobre la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de la medida, pues su legitimidad constitucional exige que mediante la intervención de las comunicaciones telefónicas sea posible alcanzar el objetivo pretendido, que no exista una medida menos gravosa para su consecución y que el sacrificio del derecho fundamental reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes y derechos atendiendo la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre (STC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4)» (STC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 4).

Los indicios necesarios para la ponderación constitucional legitimadora de la medida limitativa «no son circunstancias meramente anímicas» (STC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 4) sino que requieren su apoyo 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 de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito

sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona» (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; también, entre otras, STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 4; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 26/2006, de 30 de enero, FJ 6). Precisábamos en la STC 299/2000 que «la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa» (FJ 5; también, SSTC 176/2002, de 18 de septiembre, FJ 3; 165/2005, de 20 de junio, FJ 5).

3. La aplicación de la doctrina jurisprudencial resumida en el apartado b) del fundamento jurídico anterior conduce derechamente a la descalificación constitucional de la motivación de la decisión de intervención telefónica que transcribíamos, en lo fundamental, en el apartado a), en cuanto que esta motivación se revela insuficiente desde la perspectiva del art. 18.3 CE.

Para llegar a esta conclusión no hemos tenido únicamente en cuenta lo que expresa el texto impugnado, sino también la información que aporta el oficio policial al que se remite. Ciertamente esta técnica de motivación por remisión la hemos considerado como constitucionalmente aceptable en diversas ocasiones (por todas, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 26/2006, de 30 de enero, FJ 6), pero en este caso faltan en aquél los datos objetivos indiciarios de que se podía haber cometido un delito y de que por ello quedaba justificada una investigación que comportara la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. La información que el oficio policial ofrece relativa al tráfico de drogas no deja de ser, en su abstracción, una descripción del delito que se pretendía investigar, pero no una fuente de conocimiento de una actividad delictiva concreta. Recuérdese que el informe se limitaba a referir que los investigados traficaban con cocaína en Andújar y en Jaén. Y si bien es cierto que se cita una sala de fiestas como «uno de los centros de distribución», también lo es que esta mención, en su genericidad, sigue siendo más una alusión a la actividad perseguida que la consignación de una concreta investigación policial que pudiera servir de fuente de prueba de la comisión de un concreto delito. Como ha sucedido en otros supuestos sometidos a nuestro juicio de amparo, no se constata en el Auto impugnado, siquiera por remisión al oficio policial, en qué han consistido las investigaciones policiales y cuáles son sus resultados concretos, por muy provisionales que puedan ser (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 10; 165/2005, de 20 de junio, FJ 5; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 3).

4. Tampoco podemos considerar como acorde con las garantías constitucionales la intervención de las comunicaciones telefónicas que se produce a partir del Auto de prórroga de las inicialmente acordadas. Y ello por tres razones interrelacionadas: porque también este Auto carece de la motivación imprescindible para la justificación de la medida, porque fue dictado sin que conste el control judicial previo de la intervención ya practicada y porque no fue notificado al Ministerio Fiscal.

a) El Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Andújar de 11 de agosto de 2000 prorroga la intervención de una de las líneas telefónicas «a la vista de lo expuesto» en el escrito de solicitud de la Guardia Civil. En el mismo se mencionan las intervenciones ya practicadas y se señala que «en ambos teléfonos se han grabado conversaciones en las que se podría afirmar que se realizan con-

tactos relativos a actividades ilícitas» y, en concreto, «al tráfico de sustancias estupefacientes», lo que se infiere del lenguaje encubierto que utilizan. Añade el oficio policial que uno de los investigados, «dirigente de la organización», «utiliza vehículos de gran cilindrada y hasta la fecha no se le ha visto desempeñando ninguna actividad laboral». Se relacionan tres vehículos y se menciona asimismo que tres hermanos suyos han sido vistos teniendo en su poder otros cinco vehículos.

Por distintos motivos a los expuestos respecto a la motivación del primero de los Autos, tampoco la fundamentación transcrita, expresada de nuevo en la resolución judicial por remisión al contenido de la solicitud policial, se revela suficiente para justificar la medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. No se trata ahora de la inexistencia de datos objetivos indiciarios, sino, por una parte, de la imposibilidad de valorarlos, a la vista de su origen espurio, y, por otra parte y con independencia de lo anterior, de su insuficiencia desde la perspectiva de la prórroga de una intervención ya acordada.

En efecto, por una parte, el sustrato fáctico básico del Auto de prórroga está constituido por los datos obtenidos en la intervención previa practicada, que hemos calificado ya de vulneradora del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, sin que el resto de la información que aporta la resolución, relativa a la posesión de vehículos de elevado precio y a la falta de ocupación laboral del investigado, tenga poder indiciario suficiente de su dedicación al tráfico de drogas. La exigencia de virtualidad del derecho fundamental y su propia preservación futura impide que pueda tomarse en consideración a los efectos de prorrogar la intervención la información obtenida mediante la conculcación del derecho. Lo hemos señalado expresamente en diversas ocasiones: «la declaración de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del primer Auto de autorización de la intervención telefónica tiene como consecuencia la vulneración del mismo derecho por las resoluciones posteriores que se adoptaron con fundamento en los datos conocidos directamente a través de la primera intervención telefónica» [STC 184/2003, de 24 de octubre, FJ 11 c); también, SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 6; 165/2005, de 20 de junio, FJ 6].

Por otra parte, y con independencia de lo anterior, debe subrayarse que la ponderación constitucional que debe preceder a la prórroga de una intervención de comunicaciones pasa necesariamente por la comprobación judicial de los resultados de la intervención cuya continuación se plantea cuando ésta se solicite basándose en dichos resultados. Tal cosa no ha sucedido en el presente caso, en el que la prórroga se acuerda el 11 de agosto de 2000, días antes de que se produzcan las primeras remisiones de las cintas que contenían las conversaciones intervenidas y de sus transcripciones por oficio de 17 de agosto de 2000 (la providencia en la que se tienen por recibidas es de 26 de agosto), sin que existan informes policiales relativos a la intervención previa. Como señalábamos en la STC 49/1996, de 26 de marzo, «el control judicial efectivo, en el desarrollo y cese de la medida, es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, dentro de los límites constitucionales. El Juez que la autorice debe, en primer término, conocer los resultados obtenidos con la intervención» (FJ 3), de modo que «la ausencia de control del resultado de la precedente intervención, cuando se está en el trance de autorizar en función de ese resultado una intervención nueva, supone que la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), trasciende a la fun-

cionalidad de ese resultado de investigación producido, en cuanto opera como presupuesto motivador de la nueva intervención. De este modo en la concatenación de las dos intervenciones, y en la medida en que el resultado de la primera de ellas se inserta en la motivación de la autorización de la segunda, el deficiente control de aquel resultado, viciado en sí mismo, actúa con un nuevo significado, como vicio de la motivación del segundo de los Autos» (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 7).

b) El defectuoso control judicial que revela la nueva autorización de la intervención sin haber recibido los resultados de la primera no sólo supone una ponderación judicial insuficiente de la prórroga, sino que es constitutivo en sí mismo de una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Como señalaba la STC 82/2002, de 22 de abril, «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)» (FJ 6).

c) También ha de considerarse como un defecto constitucional en el control de la intervención la falta de notificación de los Autos de intervención al Ministerio Fiscal, que impide «el control inicial de la medida (STC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 5) en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos (art. 124.1 CE)» (STC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5; también, SSTC 165/2005, de 20 de junio, FJ 7; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 5). En el presente supuesto, como pone de manifiesto el escrito de alegaciones del Fiscal ante el Tribunal Constitucional, a diferencia del Auto inicial de intervención, no contiene el Auto de prórroga orden de puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal ni consta por lo demás en las actuaciones que se produjera efectivamente tal conocimiento.

5. El recurrente no pretende únicamente que se declare la nulidad de los Autos que procedieron a las intervenciones telefónicas, pues solicita también que se anule la Sentencia que lo condena, ya que considera que sin el material probatorio constituido por las conversaciones derivadas de la intervención ilegítima queda sin sustento probatorio la conducta delictiva que se le atribuye. Considera, en suma, que la valoración de una prueba derivada de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones ha supuesto también la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia.

La queja exige que recordemos que no le compete a este Tribunal la valoración de las pruebas practicadas en un juicio penal, ni su mayor o menor incidencia en la conformación del relato de hechos probados, ni la relación que mantienen unas pruebas con otras. Tampoco cuando las mismas son las remanentes de la anulación por parte del propio Tribunal de otra u otras pruebas que procedían directamente de una vulneración de derechos fundamentales por él declarada. Por ello, en estos supuestos, entre los que se encuentra el que ahora nos ocupa, lo procedente es, en principio, retrotraer las actuaciones para que sea el órgano judicial de enjuiciamiento el que valore las consecuencias fácticas de las pruebas válidas existentes. Sólo si a la luz de la motivación de la resolución judicial condenatoria resulta patente que la prueba anulada fue irrelevante para la configuración del *factum*, o si lo que resulta evidente, por «la claridad meridiana de los datos», a la luz de tal motivación es que no se sostiene la culpabi-

lidad del recurrente, por ser la prueba anulada esencial o única, procederá, por elementales razones de economía procesal o de pronta protección de los derechos fundamentales, un fallo constitucional sin retroacción de actuaciones: declarativo únicamente de la vulneración del derecho fundamental sustantivo en el primer caso, o declarativo también de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y anulatorio de la Sentencia condenatoria, en el segundo (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4, 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15, 7/2004, de 9 de febrero, FJ 9, 259/2005, de 24 de octubre, FJ 7).

Esto último es lo que corresponde en el presente supuesto, a la vista del razonamiento probatorio de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén. En primer lugar, como destaca el Ministerio Fiscal, porque la propia Sentencia califica las escuchas telefónicas como «la prueba fundamental en la que se sustenta la acusación en relación con el procesado José Montoya Romero» (FD 3). En segundo lugar, porque su argumentación en torno a cómo se prueba la conducta del acusado es coherente con dicha afirmación. Tal argumentación no se dirige a presentar nuevos indicios de la implicación del acusado en la operación de tráfico de drogas enjuiciada, sino a apuntalar la prueba que cataloga de «fundamental» con pruebas que, en un segundo nivel, tratan de mostrar que era el acusado el interlocutor de las conversaciones intervenidas. A ello, a comprobar que era «la persona que utilizaba el teléfono», es a lo que se destinan «las operaciones de vigilancia y seguimiento» que menciona y la escucha inmediata de las grabaciones por parte del Tribunal.

Queda desde luego el testimonio de los agentes de la Guardia Civil que realizaron las escuchas telefónicas y el hecho de que el recurrente fuera detenido «en las cercanías» del domicilio del otro acusado, portador de la droga. Sin embargo, de la declaración de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones «deriva la prohibición de incorporar al proceso el contenido de las conversaciones grabadas mediante las declaraciones de los policías que llevaron a cabo las escuchas, pues con tales declaraciones lo que accede al proceso es, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita (por todas, SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 8; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 13; 165/2005, de 20 de junio, FJ 9)» (STC 259/2005, de 24 de octubre, FJ 7). Y resulta patente que el solo dato de la presencia del acusado en las proximidades del domicilio de quien posee droga carece de carácter mínimamente concluyente para sostener que era él el destinatario de dicha droga, que es la conducta que se le atribuye y por la que resultó condenado.

Procedente será, por consecuencia, el pronunciamiento establecido en el art. 53 a) LOTC.

#### FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don José Montoya Romero y, en su virtud:

1.º Reconocer sus derechos al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

2.º Anular los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Andújar (Jaén) de 12 de julio y de 11 de agosto de 2000 (diligencias indeterminadas 18-2000), de autorización y prórroga de intervenciones telefónicas.



3.º Anular parcialmente la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén 12/2002, de 22 de mayo, y la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 158/2004, de 13 de febrero, en lo que se refiere a la condena del recurrente.

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

Dada en Madrid, a ocho de mayo de dos mil seis.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

*Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio y al que se adhiere el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2172-2004*

Comparto el fallo al que se llega en la Sentencia mencionada —por ello este Voto es concurrente—, así como la fundamentación de la misma, salvo el contenido del fundamento jurídico 4 c), reiterando con ello, ahora, lo expuesto en el Voto particular que formulé a la STC 259/2005, de 24 de octubre.

La mayoría de mis compañeros ha estimado que la falta de notificación al Ministerio Fiscal de las resoluciones judiciales que autorizaron las intervenciones telefónicas integra también una lesión del derecho al secreto de las comunicaciones.

Pues bien, entiendo que esa exigencia de notificación al Fiscal y la conclusión de que la ausencia de tal notificación vulnera por sí misma el art. 18.3 CE carece de fundamento constitucional o legal. Dicho precepto es del siguiente tenor literal: «se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». Una resolución judicial a la que hemos exigido un conjunto de requisitos desde el punto de vista de su motivación para afirmar la legitimidad constitucional de la medida (fundamentalmente, explicitación de los indicios de la existencia de delito y de la conexión con el sujeto afectado por la medida, *prius* lógico del juicio de proporcionalidad que ha de realizar el órgano judicial), destacando también la necesidad de control judicial de la ejecución de aquella, todo ello para garantizar su corrección y proporcionalidad, lo que integra el contenido esencial del art. 18.3 CE (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 11).

Así configurada, la garantía judicial aparece como un mecanismo preventivo destinado a proteger el derecho, a través del control de la actuación policial por el órgano al que la Constitución otorga la función de garante de los derechos fundamentales, y en concreto del derecho al secreto de las comunicaciones: el Juez. Ni el art. 18.3 CE atribuye tal función de control al Ministerio Fiscal, ni de la interpretación sistemática de este precepto con el 124.1 CE se desprende dicha exigencia, ni siquiera contemplada en la regulación legal. Si la resolución judicial explicita adecuadamente los indicios de la existencia del delito y de la participación en éste de la persona afectada y la necesidad de la medida para la averiguación de aquél, con expresión de las garantías que han de observarse en la ejecución de la intervención telefónica, creo que se han cumplido todas las exigencias del art. 18.3 CE. Y no alcanzo a ver cómo una resolución judicial que cumpla en su contenido todo lo que reclama ese precepto, viene a vulnerarlo por el hecho de la falta de notificación al Fiscal.

A lo sumo, con la argumentación esgrimida para fundar la necesaria intervención del Ministerio Fiscal se

podría justificar la existencia de una eventual indefensión (constitucionalmente irrelevante en la medida en que se hubiera posibilitado al interesado, una vezalzada la medida, el conocimiento de la misma y su impugnación), pero no una vulneración autónoma del 18.3 CE.

Y en ese sentido, con pleno respeto a la opinión de nuestros compañeros, emitimos este Voto concurrente en Madrid, a ocho de mayo de dos mil seis.—Javier Delgado Barrio.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

**10184** *Sala Primera. Sentencia 147/2006, de 8 de mayo de 2006. Recurso de amparo 3708-2004. Promovido por don José Antonio González Morín frente a la inactividad de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en grado de apelación de litigio sobre devolución de informe médico.*

*Supuesta vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones: dilaciones en proceso fenecido (STC 146/2000).*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3708-2004, promovido por don José Antonio González Morín, actuando en su propio nombre y representación, contra la inactividad de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (rollo de apelación núm. 79-2003). Han intervenido el Letrado del Servicio Jurídico del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, en nombre y representación de dicha corporación local, y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el registro de este Tribunal el 9 de junio de 2004, don José Antonio González Morín interpuso recurso de amparo contra la inactividad de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede de Santa Cruz de Tenerife) en el rollo de apelación núm. 79-2003, denunciando la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo, relevantes para la resolución de este recurso, son los que se expresan a continuación:

a) El demandante, licenciado en Derecho y funcionario de la policía local, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por el Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna de su solicitud de devolución de determinado informe médico, alegando la lesión del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). El litigio, sustanciado por los trámites del procedimiento