|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 139/2001 |
| Fecha | de 4 de junio de 2001 |
| Sala | Sección Tercera |
| Magistrados | Don Carles Viver Pi-Sunyer, don Julio D. González Campos y don Vicente Conde Martín de Hijas. |
| Núm. de registro | 3449-1998 |
| Asunto | Recurso de amparo 3449/98 |
| Fallo | En virtud de todo lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión de la demanda de amparo formulada por don Manuel Clavero Arrebola y don Manuel Clavero Medina y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en el Juzgado de guardia de Madrid el 23 de julio de 1998, el Procurador don Manuel Ortiz de Apodaca García, en nombre y representación de don Manuel Clavero Arrebola y de don Manuel Clavero Medina, interpuso recurso de amparo constitucional contra la Sentencia núm. 239 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, de 5 de junio de 1998, que estima parcialmente el recurso de apelación formulado contra la dictada con núm. 102 por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de la misma ciudad el 3 de marzo de 1998, en procedimiento abreviado 475/97 seguido por delito contra la propiedad industrial.

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

a) El 11 de julio de 1995 las entidades SPORLOISIRSS.A. y BASIS.A., concesionarias de las marcas Chemise Lacoste y Lacoste, formularon denuncia por delito contra la propiedad industrial (art. 534 CP de 1973) contra los ahora recurrentes de amparo, en la que les atribuían la posesión de numerosas prendas de vestir aparentemente pertenecientes a reconocidas marcas, con perfecto conocimiento de su inautenticidad, con el objetivo de revenderlas a diversos establecimientos comerciales, así como su venta en un establecimiento del Sr. Clavero Arrebola. En la denuncia se hacía constar el teléfono de contacto del Sr. Clavero Medina.

b) En la misma fecha la Sección de Delincuencia Económica solicitó mediante un escrito la intervención del referido teléfono, solicitud que se amplió a otro número telefónico el día siguiente.

c) Mediante sendos Autos dictados el 12 de julio de 1995, el Juzgado en funciones de guardia autorizó la intervención telefónica solicitada.

d) En el turno de intervenciones previo al juicio oral (art. 793.2 LECrim.), la defensa de los acusados solicitó como cuestión previa la nulidad radical de las intervenciones telefónicas y demás diligencias derivadas de ellas por infracción de las exigencias de proporcionalidad y motivación de los Autos que las autorizaron.

e) La Sentencia del Juzgado de lo Penal absolvió a los recurrentes del delito imputado por considerar que las intervenciones telefónicas habían vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, por falta de motivación de los Autos que las autorizaron y por no haber observado la exigencia de subsidiariedad o necesidad de la medida. En consecuencia, declara tales medios de prueba nulos e insubsanables, así como las diligencias derivadas de tales intervenciones, como el registro y el hallazgo de prendas de vestir en el curso del mismo y como las declaraciones testificales de los Policías que practicaron la intervención. Añade que estas diligencias se derivan de aquellas intervenciones, ya que el registro se practicó a consecuencia de la intervención telefónica, lo que ha sido admitido por los Policías intervinientes.

f) Formulado recurso de apelación por los acusadores particulares SPORLOI-SIRS, S.A. y BASI, S.A. y por el Ministerio Fiscal, la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga lo estimó parcialmente, declarando la nulidad de la Sentencia de instancia, "que habrá de dictarse de nuevo, sin necesidad de celebración de nuevo juicio y aceptando la licitud de las pruebas a que se refiere esta resolución, con declaración de oficio de las costas de esta alzada". Considera que los Autos que autorizaron las intervenciones telefónicas cumplen las exigencias de motivación y proporcionalidad. Y, por otra parte, aunque reconoce que en el recurso de apelación el Tribunal ad quem tiene plenas facultades para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de derecho, entiende que para garantizar el derecho a un doble instancia es preciso que el Juzgado de lo Penal se pronuncie sobre la cuestión de fondo.

3. La demanda de amparo solicita alternativamente bien la declaración de nulidad de la Sentencia de apelación, bien que se ordene la celebración de un nuevo juicio por el Juzgado de lo Penal. Solicita asimismo la suspensión de la resolución impugnada. Alega las siguientes vulneraciones de derechos:

a) Del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE): En primer lugar, se considera incumplido el requisito de proporcionalidad, necesario para la legitimidad de la autorización judicial de intervención de las comunicaciones. Esta medida judicial sólo puede ser dictada cuando se trata de la averiguación de una infracción grave (SSTEDH, asuntos Klass y Malone; y STC 14 de enero de 1994), y sin embargo en este caso se trataba de un presunto delito de infracción de los derechos de propiedad industrial, que en el art. 534 del CP de 1973 llevaba aparejada únicamente una pena de arresto mayor (un mes y un día a seis meses) y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas, habiendo solicitado las acusaciones las penas de un mes (por el Ministerio Fiscal) y tres meses (las acusaciones particulares) de privación de libertad. Todo ello pone de relieve la escasa entidad del delito imputado, lo que no permite la restricción de un derecho fundamental.

En segundo lugar, se pone de relieve la falta de motivación de los Autos que autorizaron la intervención telefónica. La doctrina del Tribunal Constitucional no admite en estos supuestos la motivación por remisión, aunque realmente ni siquiera existe una remisión a las solicitudes de la Sección de Delincuencia Económica, sino que simplemente aquellas resoluciones mencionan que se ha recibido un escrito del grupo citado por el que se solicita la intervención telefónica.

En tercer lugar, se destaca que la nulidad de las intervenciones telefónicas lleva aparejada la nulidad de las restantes pruebas que tienen causa directa o indirecta en aquella prueba, como consecuencia de la denominada teoría de los frutos del árbol envenenado, que ha sido admitida tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ATS de 18 de junio de 1992, caso "Naseiro") como por la doctrina del Tribunal Constitucional. La aprehensión de las mercaderías se deriva claramente de la intervención telefónica, según admiten los dos Inspectores que declararon en el juicio oral.

b) Del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): Este derecho resulta conculcado en un doble sentido. Por un lado, se vulnera el derecho a una Sentencia congruente y fundada en Derecho que resuelva el fondo del asunto. Esta vulneración se produce porque la Sentencia de apelación no entra en el fondo del asunto, sino que ordena al Juez a quo que dicte una nueva Sentencia sin celebrar nueva vista y aceptando la licitud de las pruebas. Sin embargo, el art. 796.2 de la LECrim. sólo autoriza la retrotracción de actuaciones en la apelación cuando se trate de un quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento. Pero este no es el caso.

Por otro lado, se produce una vulneración del derecho a un Juez imparcial. La Audiencia Provincial obliga al Juzgado de lo Penal a que valore una prueba que en su día él consideró nula, lo que le hace ya parcial. Además se le sustrae la facultad de valorar todas las pruebas aportadas, atentando posiblemente a su independencia.

Mediante otrosí la demanda de amparo solicitaba la suspensión de la ejecución de la condena.

4. Tras la subsanación por parte de la representación de los recurrentes de diversos defectos de conformidad con el art. 50.5 LOTC, la Sección Tercera de este Tribunal, mediante providencia de 14 de febrero de 2000, acordó, de conformidad con el art. 50.3 LOTC, conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales que procediesen, las alegaciones que estimaran pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda, en virtud del art. 50.1 c) de la misma Ley.

5. La representación de los recurrentes cumplió el trámite mediante la presentación de su escrito de alegaciones registrado el 6 de marzo de 2000 en el Juzgado de guardia de Madrid, en el que básicamente reiteraba las alegaciones ya expresadas en la demanda de amparo.

6. Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó un escrito el 13 de marzo de 2000 en el que interesaba a la Sala que se requirieran los Autos que autorizaban las intervenciones telefónicas, así como los escritos de la Sección de Delincuencia Económica en los que se solicitaban tales intervenciones; todo ello por ser necesario para examinar la posible carencia de contenido constitucional de la demanda.

7. Tras la recepción de dichos documentos, mediante una diligencia de ordenación de la Secretaria de Justicia de 11 de mayo de 2000, se acordó entregar copia de los mismos a la parte demandante de amparo y al Ministerio Fiscal para que, en un nuevo plazo común de diez días, formularan, con las aportaciones documentales que procediesen, las alegaciones que estimaran pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda, en virtud del art. 50.1 c) LOTC.

8. El 31 de mayo de 2000 la representación de los recurrentes reiteró su escrito de alegaciones presentado anteriormente en el Juzgado de guardia de Madrid el 6 de marzo de 2000, en el que afirmaba el contenido constitucional de la demanda de amparo.

9. Mediante escrito registrado el 1 de junio de 2000, el Fiscal formuló sus alegaciones correspondientes al trámite del art. 50.3 LOTC, en el que solicitaba que se dictara Auto de inadmisión de la demanda de amparo por falta de contenido constitucional y por falta de agotamiento de la vía judicial previa.

a) Tras resumir los hechos y las alegaciones del recurrente, el Fiscal recuerda la doctrina de este Tribunal sobre la constitucionalidad de las medidas que restringen el derecho a las comunicaciones. Así, la STC 171/1999, FJ 5, menciona los siguientes requisitos: legalidad formal y material; autorización judicial en el marco de un proceso; estricta observancia del principio de proporcionalidad; ejecución de conformidad con los límites temporales y materiales de la autorización judicial; y control judicial.

Por otra parte, la STC 92/2000 recuerda la doctrina de que es admisible la motivación por referencia. Asimismo, para determinar la proporcionalidad de la medida no basta con tener en cuenta la gravedad de la pena, sino ante todo la especial gravedad o significación social del delito objeto de investigación penal.

En el presente caso, para el Fiscal concurre la exteriorización de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención, esto es, la existencia de una investigación y la conexión de las personas cuya intervención telefónica se interesa con los delitos investigados. También se aportan los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad, atendiendo a los fines legítimos de la intervención y a las circunstancias concurrentes en el caso, por cuanto se justifica la necesidad de la medida respecto de la investigación (estar a la espera de una inminente recepción de mercancía falsificada por los investigados). No se alude siquiera a la posibilidad de llevar a cabo la misma por medio de medidas menos graves, dado el ilícito de que se trataba. Según criterio del representante del Ministerio Público, la idoneidad de la medida solicitada queda patentizada por la circunstancia de que pocos días después de acordada la intervención, y mucho antes de que hubiera transcurrido el plazo de un mes para el que se otorgó, se produjo una intervención policial de incautación de prendas falsificadas.

Por otra parte, la proporcionalidad de la medida en cuanto a la gravedad de la infracción delictiva aparece expresamente analizada en la resolución cuestionada. Por lo que se refiere a esta queja, el Fiscal concluye que existía la gravedad, así como la garantía en la autorización y en la realización, por lo que la infracción en su contexto permitía determinar que el objetivo legítimo de la investigación merecía el sacrificio del derecho fundamental.

b) La segunda queja alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La parte, dice el Fiscal, señala como base fáctica de tal vulneración el fallo de la sentencia cuestionada en el aspecto de que declara la nulidad de la sentencia de instancia, ordenando el dictado de una nueva, sin necesidad de la celebración de nuevo juicio y aceptando la licitud de las pruebas a que se refiere la resolución.

La vulneración se produce en un doble sentido de un lado del derecho a tener una sentencia congruente y fundada en derecho que resuelve al fondo del asunto, al no haberse resuelto en la misma las cuestiones objeto del debate, esto es no haberse dictado una segunda sentencia sobre el fondo del asunto y de otro lado vulneración al Juez imparcial por ordenar al juez penal que dicte sentencia sin tener en cuenta una prueba con lo que se limita al Juez su derecho a valorar el acervo probatorio y atentar posiblemente contra la independencia del mismo.

Respecto a la vulneración a la tutela judicial efectiva entiende la parte que el art. 796 LECrim. sólo permite la solución adoptada en la hipótesis de quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento y no en el presente caso, en que ello no ha sucedido, y al sustraerle al Juez de instancia el derecho a valorar las pruebas se atenta posiblemente a su independencia.

Según el Fiscal, el motivo, o el doble motivo, aparece huérfano de toda fundamentación lo que ya bastaría para su inadmisión, respecto a la vulneración de la tutela judicial efectiva la parte no plantea sino una discrepancia con la interpretación de las normas procesales habidas, sosteniendo la impertinencia de la declaración de nulidad y retroacción ordenada, pero es lo cierto que ello puede ser uno de los motivos que facultan el recurso de apelación y una de las soluciones legalmente previstas habiendo justificado la resolución cuestionada la solución adoptada "ha de darse paso de nuevo al juzgado de lo penal, al fin de que se pronuncie sobre ella, como lógica consecuencia de la existencia en este procedimiento de la doble instancia penal impuesta por el artículo 24.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España en instrumento de 11 de abril de 1977". Tal justificación, tendente a la salvaguarda de los derechos de los recurrentes en modo alguno puede tildarse de arbitraria, irrazonable, ni vulneradora de derechos de los mismos.

En cuanto a la vulneración del juez imparcial, sabido es que el mismo forma parte del derecho al proceso con todas las garantías tratando de evitar la parcialidad del criterio del Juzgador derivado de sus relaciones con las partes o de su previa participación con el proceso, materias completamente ajenas a los supuestos como el de autos en que un Tribunal Superior, en uso de sus facultades, corrige determinadas interpretaciones de un inferior.

La alegación de la parte no hace en suma sino poner de manifiesto el carácter prematuro del presente recurso por cuanto al momento de la interposición de la demanda el proceso sigue abierto, habiéndose acordado la nulidad de la sentencia dictada en primera instancia y la obligación del dictado de una nueva, cabiendo la posibilidad de cualquier pronunciamiento en la instancia, y en caso de serle adverso a la parte la posibilidad de impugnarlo mediante el pertinente recurso de apelación, lo que conlleva, la existencia de otra posible causa de inadmisión por falta de agotamiento de la vía judicial previa.

10. Mediante providencia de 10 de julio de 2000, la Sección Tercera de este Tribunal acordó, a la vista de las alegaciones del Ministerio Fiscal, conceder a la parte recurrente un nuevo plazo de diez días para que hiciera las alegaciones que estimara pertinentes sobre la posible concurrencia de la causa de inadmisión de la falta de agotamiento de la vía judicial previa, que no le fue puesta de manifiesto en la anterior resolución de 11 de mayo de 2000.

11. La representación de los recurrentes cumplió el trámite a través de un escrito registrado en el Juzgado de guardia de Madrid el 31 de julio de 2000. Recuerda que la Sentencia de la Audiencia Provincial declaró la nulidad de la Sentencia de instancia y, tras estimar ajustadas a Derecho las intervenciones telefónicas, retrotrae las actuaciones, ordenando que la nueva Sentencia que deberá dictar el Juzgado de lo Penal tendrá que pronunciarse sin celebración de una nueva vista oral y considerando lícitas las intervenciones telefónicas. Luego en realidad se cierra a la parte ahora recurrente en amparo toda posibilidad de debate sobre la prueba o de formular otro recurso ordinario en el que se impugne la prueba, ya que no cabe un nuevo juicio oral y ya que la Sentencia dictada por la Audiencia ya ha resuelto que dicha prueba era ajustada a Derecho. A los recurrentes sólo les quedaba la vía de interponer el recurso de amparo, y así lo hicieron.

Por último se insiste en el contenido constitucional de la demanda, respecto a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Acordada la apertura del trámite previsto en el art. 50.3 LOTC, el Ministerio Fiscal ha planteado la posibilidad de que en el presente caso concurra la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a) de la misma disposición, referida a la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judicial previa. Ante tal alegación, se le ha dado oportunidad a la parte recurrente para que se manifestara sobre la posible concurrencia de esta causa de inadmisión.

El requisito mencionado en el art. 44.1 a) de nuestra Ley Orgánica tiene por objeto y finalidad esencial preservar la naturaleza subsidiaria propia del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca per saltum, esto es, sin dar oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva, remediar la lesión que luego se invoca en el recurso de amparo (SSTC 8/1993, de 18 de enero, FJ 2; 174/1994, de 7 de junio, FJ 2). La necesidad de agotar la vía judicial procedente constituye un elemento esencial en el sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria, cuyo exacto cumplimiento resulta indispensable para preservar el ámbito que la Constitución reserva al Poder Judicial (art. 117 CE) y para no desnaturalizar la función jurisdiccional de este Tribunal como intérprete supremo de la Constitución, de acuerdo con el art. 1 LOTC (SSTC 112/1983, de 5 de diciembre, FJ 2; 196/1995, de 19 de diciembre, FJ 1; 139/1996, de 16 de septiembre, FJ 3; 284/2000, de 27 de noviembre, FJ 2).

En ocasiones anteriores ya hemos declarado que no existe un derecho a la inmediatez temporal en la reparación del derecho fundamental (STC 32/1994, de 31 de enero, FJ 5); que no es procedente invertir la ordenación procesal legalmente establecida, anteponiendo o intercalando en las mismas el recurso de amparo; y que si este Tribunal se pronunciara ahora, no sería imposible que la vía judicial concluyera con una decisión contradictoria con la resuelta en vía de amparo (AATC 60/1993, de 25 de febrero, FJ 3; 361/1993, de 13 de diciembre, FJ 3).

Como consecuencia de esta naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, éste sólo será oportuno, por regla general, una vez que haya recaído Sentencia de fondo que ponga fin al proceso en vía judicial (SSTC 94/1992, de 11 de junio, FJ 2; 205/1997, de 25 de noviembre, FJ 3 C; 18/1998, de 26 de enero, FJ 2; AATC 168/1995, de 5 de junio, FJ 2; 414/1997, de 15 de diciembre, FJ 1), cuando el proceso haya finalizado por haber recaído una resolución judicial firme y definitiva y no quepa acudir a instancia judicial alguna (SSTC 147/1994, de 12 de mayo, FJ 4; 174/1994, de 7 de junio, FJ 2; 63/1996, de 16 de abril, FJ 2; 34/1999, de 22 de marzo, FJ 1; 73/1999, de 26 de abril, FJ 2; 121/2000, de 10 de mayo, FJ 2) o cuando las vulneraciones denunciadas no puedan ser alegadas y reparadas durante el proceso judicial todavía pendiente (STC 196/1995, de 19 de diciembre, FJ 1), como puede ocurrir en los casos de resoluciones que acuerdan la prisión provisional (STC 247/1994, de 19 de septiembre, FJ 1, 73/1999, FJ 2; ATC 60/1993, FJ 3). Por ello, la STC 54/1999, de 12 de abril, FJ 3, señala que, en principio y como regla general, la vía de amparo sólo está abierta cuando la vía judicial ha finalizado, y añade que cuando el recurso de amparo se interpone contra resoluciones dictadas en un proceso penal en tramitación, las vulneraciones de derechos fundamentales pueden y deben ser planteadas ante la jurisdicción penal en las distintas fases y momentos procesales aún pendientes.

Desde otra perspectiva, aunque convergente con la anterior, cabe decir que el recurso de amparo sólo es viable cuando la vulneración del derecho fundamental se ha consumado de manera definitiva, sin posibilidad de subsanación, ya que dicho procedimiento constitucional no está previsto para lesiones hipotéticas. Como indica respecto a un procedimiento penal el ATC 60/1993, de 25 de febrero, FJ 2, sólo si se dictara Sentencia condenatoria se produciría un perjuicio o lesión real y efectiva en los derechos e intereses legítimos de los actores, y no meramente potencial o hipotético, que diera contenido a su pretensión de amparo, añadiendo que sólo a la vista del fallo decisorio y de la totalidad del proceso es posible apreciar adecuadamente en sede constitucional si se ha producido la vulneración del derecho fundamental.

2. En el presente caso se trata de un supuesto seguido ante la jurisdicción penal en el que en la instancia se absuelve por apreciar el Juzgado ilicitud constitucional de las pruebas, mientras que, por el contrario, en apelación la Audiencia las consideran lícitas y ordena retrotraer, para que sin necesidad de celebración de un nuevo juicio se dicte en instancia nueva Sentencia. Los recurrentes alegan la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), así como del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), tanto porque la Sentencia de apelación no se pronunció sobre el fondo del asunto, como porque se le obliga al Juez de lo Penal a ser parcial, forzándole a apreciar la legitimidad constitucional de unas pruebas que, en su día, había considerado nulas.

De los anteriores datos, se deduce sin esfuerzo que en el momento en el que fue presentada la demanda de amparo el Juzgado de lo Penal, al retomar nuevamente la instancia, no se había pronunciado todavía mediante Sentencia ni resolución definitiva. Si ésta fuera absolutoria, es obvio que no se habría producido una vulneración definitiva e insubsanable de los derechos fundamentales que se estiman lesionados. Y si fuera condenatoria, aun no se habrían agotado todos los recursos utilizables en la vía judicial.

En consecuencia, esta nueva reflexión sobre la admisibilidad de la demanda, nos lleva a la conclusión de que efectivamente el recurso se ha formulado de forma prematura, concurriendo por tanto la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a), ambos de la LOTC, lo que determina que no nos pronunciemos acerca de la eventual carencia de contenido constitucional del mismo, al objeto de que los órganos judiciales, si así se lo plantearan los ahora recurrentes de amparo, pudieran decidir lo pertinente sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales alegados.

ACUERDA

En virtud de todo lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión de la demanda de amparo formulada por don Manuel Clavero Arrebola y don Manuel Clavero Medina y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a cuatro de junio de dos mil uno.