

## LEGISLADOR, DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCESO

(Comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril) (\*)

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

*SUMARIO:* 1. ALGUNOS AVANCES JURISPRUDENCIALES EN LA DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.—2. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y COMO DERECHO HUMANO: 2.1. *Planteamiento del problema.* 2.2. *La Jurisprudencia Valenzuela Contreras.* 2.3. *Los derechos fundamentales y los derechos humanos (el artículo 10.2 CE).* 2.4. *¿La jurisprudencia Valenzuela Contreras debió ser tomada plenamente en consideración por el Tribunal Constitucional?*—3. LA INCIDENCIA DE LA PRUEBA ILÍCITA Y DE LA PRUEBA REFLEJA EN EL PROCESO PENAL: 3.1. *Algunas consideraciones sobre la prueba ilícita y la prueba refleja.* 3.2. *Concurrencia y efectos de pruebas ilícitas y reflejas en el caso concreto.*

### 1. ALGUNOS AVANCES JURISPRUDENCIALES EN LA DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

La Sentencia TC 49/1999 trae causa de una serie de recursos de amparo que cuestionan la legitimidad constitucional de un conjunto de actuaciones policiales y procesales que cristalizaron, finalmente, en varias condenas penales. El origen último de estas condenas se remonta a 1986, cuando el Grupo de Investigación Fiscal y Antidroga de la Guardia Civil de Málaga, tras recibir ciertas confidencias sobre la presunta vinculación de dos personas, de origen marroquí y sin antecedentes penales, a una organización que introducía hachís procedente de Marruecos en nuestro país a través de la costa malagueña, solicita una autorización judicial para intervenir sus teléfonos particulares. Tales

---

(1) STC 49/1999, publicada en el *BOE* 100, de 27 de abril de 1999. La misma se acompaña de sendos Votos Particulares, firmados por los Magistrados Julio Diego González Campos (al que se adhiere Pablo García Manzano) y Pedro Cruz Villalón.

peticiones dieron lugar a unas Diligencias indeterminadas del Juzgado de Instrucción número 1 de Ceuta, que se nutrieron de dos autos que acordaron la intervención de las comunicaciones solicitadas, y de otros posteriores que las prorrogaron en el tiempo. Merced a los resultados de tales escuchas, la policía solicita asimismo una nueva intervención telefónica ante el Juzgado de Instrucción número 6 de Málaga, que se consiente en el marco de unas nuevas Diligencias indeterminadas en el último Juzgado citado. Fruto de esta última interceptación es el conocimiento de la llegada, en la noche del 19 al 20 de febrero de 1987, de una lancha cargada con hachís a una playa de Torremolinos, aunque finalmente esta operación es cancelada a causa del temporal y de la avería de uno de los motores de la embarcación, como ponen de manifiesto las propias escuchas telefónicas. El intento de introducir la droga se repite pocas noches después (en la noche del 23 al 24 de febrero), y aunque se logra realizar con todo éxito por parte de los presuntos delincuentes, la policía consigue detener a todos los implicados en la actuación delictiva. No solamente a los directamente relacionados con los hechos acaecidos en la última noche citada, sino también a otros cuya conexión con la trama delictiva resulta de las intervenciones telefónicas realizadas, entre los que se cuenta, entre otros, a los dos residentes en Ceuta. El ulterior proceso penal concluyó, en primera instancia, con la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga de 23 de marzo de 1992, que fue recurrida en casación por diversos condenados y por el Ministerio Fiscal. La pretensión de este último, que no era otra que fuera reconsiderada la participación de algunos imputados que habían sido condenados como cómplices y no como autores, se vio satisfecha en la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 23 de noviembre de 1994.

Los recursos de amparo interpuestos ante la resolución del Tribunal Supremo se apoyan en diversos argumentos (2). El más relevante es, sin ningún género de dudas, la presunta vulneración que se habría producido en el derecho al secreto de las comunicaciones, garantizado por el artículo 18.3 CE. Tal violación del derecho fundamental se apoya en varios argumentos, que presentaremos de forma sistemática.

En primer lugar, la intervención judicial no tiene su origen en un previo procedimiento penal, sino que trae causa de unas «meras y burocráticas diligencias indeterminadas» (antecedente 3.a). Otros recurrentes afinarán más en sus escri-

---

(2) En el texto solamente daremos cuenta de algunos de ellos, aquéllos que presentan, a nuestro juicio, mayor interés. Lo haremos además de forma ordenada, dejando de lado el específico contenido de cada uno de los recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional, y de los que se da cuenta en los Antecedentes 3 y sigs. de la resolución comentada.

tos, cuando afirman que el órgano judicial «actuó fuera de los casos permitidos por la ley ya que no existía causa ni procesado» (antecedente 6); es decir, que concurrió una falta de cobertura suficiente de la regulación contenida en el entonces vigente artículo 579 LECr (3).

También vulneraría el derecho fundamental recogido en el artículo 18.3 CE, en segundo lugar, la ausencia de motivación alguna en los distintos autos judiciales, parcialmente fotocopiados, que acordaron la intervención telefónica solicitada por la policía, así como los que consintieron las sucesivas prórrogas. Algunos recurrentes van más lejos y denuncian no sólo la falta de motivación de los autos judiciales, sino también la de congruencia en tales actuaciones.

Se denuncia también, en tercer lugar, que no se dio la necesaria proporcionalidad en la autorización de la intervención telefónica.

Por fin, también se invoca, en cuarto lugar, una total carencia de control judicial en la práctica de las intervenciones telefónicas, que se delegó en los cuerpos de seguridad del Estado sin que el órgano judicial acordara ninguna medida de control.

En todo caso, la vulneración del secreto de las comunicaciones provoca

---

(3) Cuyo tenor literal establecía que «podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa». La redacción actual del artículo 579 LECr, que proviene de la LO 4/1988, de 25 de mayo, de reforma e la LECr en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes (RCL 1988\1136), dispone que «1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. 4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación». No abordaremos en estas páginas el recurso judicial a las diligencias preliminares, previas o indeterminadas, que ya ha originado algunas resoluciones muy interesantes (como es, por ejemplo, la STS Ar. 1995\390\11), aunque determinar su naturaleza y especificidad sea cada vez más necesario.

una lesión refleja en el también derecho fundamental a la presunción de inocencia. Una vulneración que puede construirse argumentativamente de dos formas diferentes.

Una, directa y abstracta, entendiendo que las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales no pueden constituir pruebas de cargo. Esta idea, que acoge la clásica *doctrina del árbol envenenado* (4), haría inútil todo el proceso penal, al margen de cómo se hubiera desarrollado efectivamente, porque constatada la eventual vulneración del secreto de las comunicaciones, y la ausencia de pruebas de cargo que no tuvieran su origen, inmediato o mediato, en las intervenciones telefónicas, no cabría más posibilidad que entender vulnerada la presunción de inocencia.

Pero es que, además, en el caso que nos ocupa, es posible defender que se ha desconocido la presunción de inocencia acudiendo a una línea argumentativa indirecta y concreta. Indirecta porque no se conecta, al menos únicamente, con la pretendida vulneración del secreto de las comunicaciones en el momento en que fue acordada y realizada, sino que se refiere también a su utilización procesal. Alude así a específicas circunstancias que se dieron en el proceso, como son que no se entregaran al instructor las grabaciones originales y completas de las conversaciones interceptadas (sino meras transcripciones resumidas y extractadas por la autoridad gubernativa, que no fueron ni siquiera transcritas al papel por persona habilitada para ello) y la ausencia de reproducción de las cintas en el juicio oral. Estos acontecimientos provocan una lesión en el derecho a la presunción de inocencia en sí mismo considerado, porque desconocen los principios que deberían regir en las fases intermedia y final de cualquier proceso judicial.

Las lesiones alegadas hasta el momento son las principales de las invocadas (5), y suscitan cuestiones de hondo calado. La argumentación esgrimida por el Tribunal Constitucional en relación con los distintos alegatos de los recurrentes presenta en todos los casos un evidente interés teórico.

Ocurre, sin embargo, que algunos de los avances dados con esta nueva jurisprudencia no pueden calificarse de sorprendentes, porque ya había sido adelantados en otras resoluciones. Esto ocurre, por ejemplo, con la afirmación de

---

(4) A la que más adelante haremos referencia.

(5) Algunos recurrentes también aluden al principio de legalidad, a la tutela judicial efectiva y al derecho a un proceso con todas las garantías, especialmente a la referida al juez predeterminado por la Ley. Las dos últimas pretensiones citadas son rechazadas por el Tribunal Constitucional porque no fueron invocadas en casación, mientras que la primera corre la misma suerte porque carece de contenido constitucional. Idéntica respuesta recibe la invocación de la ausencia de motivación de la Sentencia dictada en casación por el Tribunal Supremo. Toda esta información se contiene en el Fundamento segundo de la Sentencia.

que el control judicial que la Constitución exige para limitar el secreto de las comunicaciones no se colma con la mera existencia de un auto judicial, aunque en él la decisión judicial se encuentre convenientemente fundamentada la decisión del órgano judicial (6); es preciso también que la ejecución de la diligencia se vea rodeada de cautelas y garantías para asegurar que la intromisión en el derecho fundamental afectado sea proporcionada (7).

Otras ideas contenidas en la resolución constitucional que comentamos presentan mayor interés porque profundizan en la garantía de los derechos fundamentales en una nueva dirección. Ya no se trata de que, constatada la existencia de una autorización judicial se verifiquen ciertas garantías en la ejecución de la diligencia; se impone ahora que la actuación del órgano judicial se encuentre *convenientemente* prevista en la Ley. Se suscita, así, si el legislador puede vulnerar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

El planteamiento de esta cuestión conduce, directamente, al estudio de un problema más general y mucho más arduo de resolver, relacionado con la posición del legislador en relación con los derechos fundamentales. Las aportaciones doctrinales realizadas en esta materia son tan escasas como brillantes (8) y

---

(6) Fundamentos jurídicos diez y once de la resolución examinada. La argumentación realizada por el Tribunal Constitucional en este punto, aunque razonable, no es todavía todo lo exigente que debería. En relación con un derecho fundamental muy cercano en muchos aspectos al secreto de las comunicaciones, el recogido en el artículo 18.2 CE, el autor de estas líneas ha defendido la exclusión de los autos judiciales cuya motivación se justifica por la alusión a un delito o a su gravedad (SSTS Ar. 1994\3925\2 y 1995\3901\1, entre otras), así como aquellos impresos (vid. STS Ar. 1995\8314\4, entre otras) o que recogen formulas abstractas o que, finalmente, remiten su fundamentación al escrito policial en el que se solicita la realización de la diligencia (STS Ar. 1993\8573\3) (en *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 306-311, en donde se recoge una información jurisprudencial más abundante). El Tribunal Constitucional entiende en la Sentencia comentada, como ya hiciera en la 126/1995/4, de 25 de julio (BOE 200, de 22 de agosto), que los autos judiciales examinados no contienen una fundamentación suficiente.

(7) Tales exigencias, a las que se alude ahora en el fundamento jurídico once, fueron contempladas, por primera vez, en el muy difundido Auto TS de 18 de junio de 1992 (Ar. 1992\6102) y han sido retomadas después por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 121/1998/5, de 15 de junio (BOE 170, de 17 de julio).

(8) Junto a las magníficas páginas que JAVIER JIMÉNEZ CAMPO ha dedicado a esta cuestión (primero en «El legislador de los derechos fundamentales», en VV.AA: *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, págs. 473 y sigs., después en «Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales». En OSCAR ALZAGA VILLAMIL (ed.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo IV, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996, págs. 539 y sigs. (esp., págs. 451-488) y ahora en *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999), son también considerables las aportaciones de MANUEL MEDINA GUERRERO (*La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc-

abordan materias que, aunque esenciales para disponer de una dogmática constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales, desbordan, además de la capacidad del autor de estas líneas, el particular problema que se suscita en la Sentencia TC 49/1999 (9). En la misma se plantea, concretamente, si el legislador puede vulnerar un derecho fundamental. No se trata, al parecer, de si la legislación procesal desconoce el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones y provoca, por ello, un vicio de inconstitucionalidad a la luz del artículo 18.3 CE. No estamos, pues, en presencia de un conflicto objetivo que examina si existe contradicción material entre dos preceptos normativos, uno con fuerza de ley y otro constitucional, sino ante la posibilidad de que el propio legislador vulnere, de forma subjetiva, un derecho fundamental.

La Sentencia TC 49/1999 no solamente puede ser discutida por abordar el análisis de un asunto tan espinoso como éste; puede serlo también porque su argumentación se separa manifiestamente, en este punto, de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Valenzuela Contreras (10). El presente estudio se centrará en el estudio de las relaciones que mantienen entre sí los derechos fundamentales y los derechos subjetivos que dimanen, respectivamente, de la Constitución (española) y del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que vienen regidas por el artículo 10.2 CE.

Posteriormente será preciso examinar otro problema que también suscita la citada jurisprudencia europea y constitucional, y que no puede considerarse todavía hoy completamente resuelto. Aludimos al referido a la utilización procesal de la prueba ilícita, cuestión que divide todavía hoy tanto a nuestra doctrina como a los distintos Magistrados españoles y europeos.

---

Graw-Hill, Madrid, 1996), JUAN CARLOS GAVARA DE CARA (*Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994) y los clásicos artículos de IGNACIO DE OTTO («La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial», incluido en LORENZO MARTÍN RETORTILLO e IGNACIO DE OTTO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 93 y sigs.), y PEDRO CRUZ VILLALÓN («Derechos fundamentales y legislación», en VV.AA.: *Estudios...*, págs. 407 y sigs.).

(9) Algunos de los autores citados en la nota anterior, especialmente JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, han tratado de determinar cuál es el papel del legislador en relación con los derechos fundamentales. Superando algunos tópicos en la materia, el autor citado subraya, con una argumentación difícil de contrariar, la importancia que la ley presenta en la determinación de los derechos fundamentales (ver, por ejemplo, «El legislador...», pág. 481).

(10) STEDH dictada el 30 de julio de 1998, en el caso Valenzuela Contreras c. España, que se citará siempre en traducción del francés y que no hace sino aplicar al Derecho español la doctrina establecida en las Sentencias Kruslin y Huvig en relación con el ordenamiento francés. Las últimas SSEDH citadas fueron adoptadas el 24 de abril de 1990 y pueden consultarse en castellano en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 144, págs. 289 y sigs. y 302 y sigs., respectivamente.

## 2. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y COMO DERECHO HUMANO

### 2.1. *Planteamiento del problema*

Centrado, pues, el objeto de las líneas siguientes, es forzoso recordar nuevamente que algunos recurrentes cuestionan ante el Tribunal Constitucional si la redacción dada por el legislador al artículo 579 LECr vulnera directamente —subjetivamente, por entendernos—, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

La argumentación esgrimida por los recurrentes es tan sugerente como audaz la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en este punto. Por lo que toca al primer aspecto, es conveniente recordar determinados alegatos realizados por algunos de los recurrentes, en los que se sostiene que se actuó en el derecho fundamental «fuera de los casos permitidos por la ley, ya que no existía causa ni procesado» (Antecedente 6) y se afirma la falta de cobertura suficiente de la regulación contenida en el actual artículo 589 LECr (Antecedente 7). Estas alegaciones suscitadas al hilo de la STC 49/1999 alcanzan especial interés si se recuerda la Sentencia TEDH Valenzuela Contreras, que puede presentarse como una suerte de *precedente* europeo en la materia (11).

### 2.2. *La jurisprudencia Valenzuela Contreras*

El origen de esta resolución se encuentra en la demanda interpuesta por Cosme Valenzuela Contreras ante la Comisión Europea de Derechos Humanos el 2 de mayo de 1995, pero los hechos se remontan a diez años atrás. Traen causa de las querellas presentadas por una empleada y su prometido por un presunto delito de injurias y amenazas telefónicas y escritas, que dieron lugar a la apertura de unas diligencias previas, en cuyo marco el Juzgado de Instrucción competente decidió intervenir las comunicaciones telefónicas de los querellantes durante el plazo de un mes. Unas semanas más tarde, el órgano judicial acuerda una nueva intervención telefónica por otro mes y, a la luz de los resultados obtenidos por esta y por otras diligencias, y apoyándose en el artículo 18.3 y en Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, decide interceptar otras dos líneas telefónicas privadas, siendo una de ellas la

---

(11) Se utiliza el término *precedente* en sentido impropio y polémico, antes que en su significación general o jurídica.

de Cosme Valenzuela Contreras, a la sazón directivo de personal de la misma empresa que la querellante y principal sospechoso (12).

La policía comunica al Juzgado que desde el teléfono de Valenzuela se han realizado llamadas a la querellante y a su prometido, así como a sus parientes próximos, pero que no se han grabado porque el emisor colgaba el teléfono cuando el receptor contestaba. Pese a todo, y ante el envío de nuevas cartas ofensivas a la querellante, solicita realizar una visita domiciliaria.

Una nueva intervención telefónica es acordada sobre el teléfono de Valenzuela, pero ésta a instancia del propio interesado, que a su vez se querella por recibir amenazas telefónicas. Siendo negativo el resultado de esta nueva diligencia, el Ministerio Fiscal solicita la apertura del procedimiento penal contra Valenzuela, por la presunta comisión de delitos de injurias graves y amenazas, lo que origina del órgano judicial, en un primer momento, la autorización de la inspección domiciliaria en su día solicitada por la policía, y, después, la emisión del correspondiente auto de procesamiento.

Aunque Valenzuela sostiene ante la Audiencia Provincial de Madrid que se han vulnerado sus derechos fundamentales recogidos en los artículos 18 y 24 CE, es condenado por un delito continuado de amenazas a varias personas (13). Recurre la misma en casación, ante el Tribunal Supremo y, fracasada esta vía (14), acude ante el Tribunal Constitucional a través del amparo. Interesa examinar el contenido de la diligencia dictada por este último (en más de un sentido) Tribunal, en la que se dispone que «contrariamente a los argumentos

---

(12) El auto judicial dispone que «Considerando que de lo expuesto por la policía judicial puede deducirse que existen indicios bien fundados de que hechos y circunstancias de interés sobre la comisión de un delito pueden ser descubiertos por la intervención de las líneas telefónicas números [...] y [...], que pertenecen a Cosme Valenzuela Contreras y a [...] respectivamente, es pertinente proceder a la intervención solicitada, que será realizada por los Agentes de la Compañía telefónica nacional abajo mencionada, tal y como es autorizada por el artículo 18.3 de la Constitución en vigor. Visto, además del citado artículo, el Título VIII del Libro [II] de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las demás disposiciones de aplicación general» (STEDH Valenzuela Contreras, de 30 de julio de 1998, § 14). El Juzgado de Instrucción limita la duración de la diligencia a un mes e impone que, agotado dicho plazo, se le comuniquen los resultados obtenidos.

(13) En la resolución de 8 de mayo de 1992, se señala que las intervenciones realizadas en el domicilio y en las comunicaciones no constituyen un elemento determinante para establecer la culpabilidad del procesado, porque, aunque desde su teléfono se habían pasado algunas llamadas, no podía haberse determinado la persona que las realizaba, que colgaba su terminal cuando el receptor respondía (*ibídem*, § 26).

(14) El Tribunal Supremo estima, en su resolución de 19 de marzo de 1994, que, aun admitiéndose que el auto judicial que establecía la intervención telefónica fue acordado de forma genérica, tal elemento de prueba no era el único que había sido considerado por el Tribunal *a quo*, ya que las amenazas se había proferido también por vía escrita (*ibídem*, § 27).

del recurrente, ninguna violación de su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas puede ser apreciada en el presente asunto, en la medida en que la vigilancia de su línea telefónica privada había sido previamente autorizada por una decisión judicial motivada conforme al artículo 579 LECr» (15).

Agotados todos los recursos internos, Cosme Valenzuela prueba fortuna ante los órganos del Consejo de Europa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 CEDH. La Sentencia del Tribunal de Estrasburgo pone de manifiesto, contra todo pronóstico, que en el caso en especie se ha vulnerado el derecho al respeto de las comunicaciones, que es uno de los mecanismos que garantiza la vida privada en el artículo 8 CEDH (16).

La demanda apoya la vulneración del derecho recogido en el artículo 8 CEDH en diversos argumentos (17), como son que la misma se realizó al amparo de una ley que no era suficientemente previsible ni clara y que la existencia de un sistema de vigilancia de las comunicaciones de carácter general e ilimitado sería contraria al artículo 8 CEDH, con más motivo cuando no se ha efectuado ningún control judicial. A juicio del recurrente, el artículo 18.3 CE no define el alcance y las modalidades de ejercicio con una precisión suficiente para suministrar al individuo una protección adecuada contra la eventual arbitrariedad de los poderes públicos. Junto a este alegato se realizan otros, que cuestionan la falta de motivación del auto judicial que acordaba la intervención telefónica, que se presenta como auto-tipo, que no alude ni a los hechos concretos ni a motivos particulares, e incurre además en una evidente desproporción a la vista de la escasa entidad del delito que se pretende investigar.

El Gobierno español recuerda, por su parte, que el artículo 18.3 CE ha sido convenientemente desarrollado en la legislación procesal y que el auto judicial, debidamente motivado, se inscribía en el marco de un procedimiento penal (18). Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos no comparte tal pare-

---

(15) *Ibidem*, § 28. El 16 de noviembre de 1994, el Tribunal Constitucional sigue su argumentación señalando que, aunque la diligencia procesal no produce resultados determinantes para establecer la culpabilidad del ahora recurrente, ésta puede deducirse de un conjunto de indicios que son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia.

(16) Que reza: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

(17) STEDH Valenzuela Contreras, de 30 de julio de 1998, § 43.

(18) *Ibidem*, § 44.

cer. A su juicio, la legislación española que disciplina las escuchas telefónicas no ofrece garantías adecuadas: no indica con la claridad y las precisiones exigidas por el Convenio el alcance y las modalidades del ejercicio del poder conferido a las autoridades (19).

Aunque en la demanda presentada ante la Comisión Europea de Derechos Humanos se suscitan asuntos que, desde la órbita del estudio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, suscitan gran interés, es conveniente centrar ahora nuestro análisis en la argumentación del Tribunal de Estrasburgo relacionada con la inexistencia de una correcta legislación de desarrollo del artículo 18.3 CE. Lo que le interesa al Tribunal Europeo de Derechos Humanos es saber si estamos en presencia de una injerencia *prevista por la Ley*, y responder este interrogante exige referirse no sólo a la existencia de una legislación estatal, sino también a que ésta sea de suficiente calidad.

La *calidad* de la Ley supone que el Derecho interno debe ofrecer cierta protección contra los eventuales atentados arbitrarios de los poderes públicos contra los derechos del Convenio (20), que siempre son más fáciles cuando las facultades de apreciación se ejercen en secreto (21), sin conocimiento del sujeto potencialmente afectado por ellas. De ahí que la Ley deba ser accesible y previsible. La accesibilidad de la ley se concreta en la posibilidad de que la persona pueda prever las eventuales consecuencias que de ella pueden deducirse (22). «La exigencia de previsibilidad implica que el Derecho interno debe usar términos bastante claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones permite a los poderes públicos adoptar tales medidas» (23).

Estas ideas, aplicadas al secreto de las comunicaciones, se concretan en algunos contenidos necesarios de toda legislación estatal, necesarios para conjurar posibles abusos por parte de las autoridades públicas (24), como son:

---

(19) *Ibidem*, § 45.

(20) STEDH Malone, de 2 de agosto de 1984, § 67 (citado en la STEDH Valenzuela Contreras, de 30 de julio de 1998, § 46.2).

(21) *Ibidem*, § 46.3.

(22) Sentencias Kruslin, de 24 de abril de 1990 y Kopp, de 25 de marzo de 1998 (§ 27 y 55, respectivamente) (citadas en la Sentencia Valenzuela Contreras, de 30 de julio de 1998, § 46.2).

(23) *Ibidem*, § 46.3, que recuerda lo señalado en las Sentencias Malone, de 2 de agosto de 1984, § 66-67; Kruslin, de 24 de abril de 1990, § 30; Halford, 25 de junio de 1997, § 49; Kopp, de 25 de marzo de 1998, § 64. Añade el Tribunal que, como ya dijera en los asuntos Kruslin, de 24 de abril de 1990, § 33, Huvig, de la misma fecha, § 32; y Kopp, de 25 de marzo de 1998, § 72, la exigencia de reglas claras y detalladas en la materia parece indispensable porque los procesos técnicos no cesan de perfeccionarse.

(24) *Ibidem*, § 46.4, que retoma lo señalado en los asuntos Kruslin y Huvig, de 24 de abril de 1990 (§ 35 y 34, respectivamente).

1. La definición de las categorías de las personas susceptibles de ser sometidas a una intervención judicial de sus comunicaciones.
2. La naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a ello.
3. La fijación de un límite temporal para la ejecución de la diligencia.
4. Las condiciones del establecimiento de procesos verbales de síntesis que consignen las conversaciones intervenidas.
5. Las precauciones exigibles para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas, para su posible inspección por el Juez y por la defensa.
6. Las circunstancias en las que puede o debe operarse el borrado o la destrucción de las citadas grabaciones, especialmente después de que la acusación ha sido retirada o se ha absuelto al acusado.

El Tribunal de Estrasburgo estima que, a pesar de que hay en España una base legal en materia del secreto de las comunicaciones que es accesible no respeta el principio de previsibilidad de la Ley. Esto supone, dicho en otros términos, que la legislación española no presenta, en esta materia, una mínima *calidad*, al obviar casi todos los contenidos a los que se acaba de hacer referencia, que no se recogen ni en el artículo 18.3 CE ni en las disposiciones procesales criminales (25).

La argumentación del Tribunal Europeo se cierra en este punto. A su juicio, es suficiente que el Derecho español, escrito y no escrito, no ofrezca un grado mínimo de protección al recurrente para entender que se ha producido una violación del derecho reconocido en el artículo 8 CEDH (26), a pesar de que el órgano judicial haya tratado de rodear su actuación de una serie de garantías (27). De hecho, el órgano judicial español rodeó su actuación de algunas cautelas concretas que el Tribunal de Estrasburgo solamente contempló de forma tardía, en los citados asuntos *Kruslin* y *Huvig* (28), pero las mismas no tenían su origen ni en el artículo 18.3 CE ni en las disposiciones procesales criminales.

A modo de resumen, y dejando de lado ahora el artículo 18.3 CE, es posible que, a juicio del Tribunal de Estrasburgo, el propio precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permite a la autoridad judicial acordar la intervención de las comunicaciones pueda encerrar por sí solo, con independencia de la forma en que sea aplicado por el órgano judicial, una vulneración del secreto de las comunicaciones.

Pero antes de abandonar el examen de la doctrina Valenzuela Contreras,

---

(25) STEDH Valenzuela Contreras, de 30 de julio de 1998, § 59.

(26) *Ibidem*, § 61.

(27) *Ibidem*, § 56.

(28) *Ibidem*, § 60.

acaso sea conveniente añadir que no resulta imprescindible modificar la legislación procesal recogida en el Título VIII LECr para respetar el derecho al respeto de las comunicaciones recogido en el artículo 8 CEDH. Esta afirmación se justifica en que, como es sabido, el Tribunal de Estrasburgo maneja una noción laxa de *Ley*, en la que puede incluirse también la doctrina jurisprudencial existente en una materia dada, y desde esta perspectiva es claro que a partir del citado Auto TS dictado en el caso Naseiro, las exigencias realizadas por la jurisdicción europea son respetadas por el Derecho español (29).

### 2.3. *Los derechos fundamentales y los derechos humanos* (el artículo 10.2 CE)

La Sentencia TEDH Valenzuela Contreras sugiere, como otras anteriores (especialmente la López Ostra, de 9 de diciembre de 1994) algunas reflexiones relacionadas con el estatuto de los derechos humanos recogidos en el Convenio y sus relaciones con las fundamentales, contenidos en la Constitución (30). Como es sabido éstas últimas están prefiguradas, en buena medida, por el artículo 10.2 CE, que establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Ahora bien, la cláusula contenida en el artículo 10.2 CE permite —e incluso aconseja— tomar en consideración el Derecho internacional de los derechos humanos para interpretar los derechos fundamentales recogidos en la Constitu-

---

(29) Sobre la noción de *Ley* es suficiente con consultar las SSTEDH Kruslin o Huvig (ambas de 24 de abril de 1990, § 29 y 28, respectivamente). Es posible que a partir de la jurisprudencia citada en la nota 6 del presente estudio pueda entenderse que nuestro Derecho cumple con las previsiones impuestas por el Tribunal de Estrasburgo.

(30) Dejamos de lado otras cuestiones que, aunque muy interesantes, superan el marco fijado en estas páginas. De ellos, sigue siendo un punto central el problema de la ejecución de las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo en nuestro país. Véase, en este punto, M. J. AGUDO ZAMORA: «Eficacia interna y ejecutoriedad de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en VV.AA.: *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, 3 vols., Tecnos, Madrid, 1997; L. M. BUJOSA VADELL: *Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, Madrid, 1997; J. A. CARRILLO SALCEDO: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, 1995; C. FERNÁNDEZ CASADEVANTE: *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España: análisis de la jurisprudencia constitucional 1980-1988*, Madrid, Tecnos, 1988; C. RUIZ MIGUEL: *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un estudio sobre la relación entre el Derecho nacional y el internacional*, Tecnos, Madrid, 1994.

ción, pero no sirve para alterar ni su contenido ni su esencia. Esta aseveración se separa del parecer expresado en su día por Manuel Jiménez de Parga, en el que se solicitaba una rápida asunción de la Sentencia López Ostra por los aplicadores del Derecho y por el propio Tribunal Constitucional (31). Porque si aquella Sentencia debía ser interpretada en sus justos términos, la Valenzuela Contreras evidencia de forma indubitada el limitado alcance de la jurisprudencia europea de los derechos humanos.

En la Sentencia López Ostra, de 9 de diciembre de 1994, el Tribunal de Estrasburgo condena a España por entender que el municipio de Lorca (Murcia) debió actuar ante las molestias (humos, ruidos y penetrantes olores) provocadas por una depuradora (que no debía funcionar por carecer de permiso municipal y por encontrarse sobre un emplazamiento inadecuado), ya que inciden sobre el respeto al domicilio garantizado en el artículo 8.1 CEDH (32). Anteriormente el Tribunal Constitucional había despachado este mismo asunto a través de una mera providencia, en la que se argumentaba que no «puede considerarse que *la invasión de olores desagradables, ruidos y humos* generados por la planta depuradora entrañe la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, so pena de desnaturalizar el contenido de ese derecho» (33).

Nos encontramos ante dos resoluciones muy diferentes, no solamente en lo que respecta en la decisión final sobre el fondo del asunto, sino también sobre el tipo de resolución jurídica que contiene aquella. ¿Puede presentarse la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo como un varapalo sobre el Tribunal Constitucional español? ¿Vinculará el precedente López Ostra a la futura jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relacionada con la inviolabilidad del domicilio, como sugiere el Magistrado Jiménez de Parga? No es evidente, pese a todo, que tales interrogantes deban responderse por la afirmativa, ni apoyándose para ello en el relevante artículo 10.2 CE porque, si se piensa bien, el citado precepto constitucional impone un criterio hermenéutico suplementario en relación con los derechos constitucionales, pero no permite, por sí solo, alterar su naturaleza (34).

---

(31) Opinión vertida en la Conferencia conmemorativa del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, organizada conjuntamente por la Facultad de Derecho y la Escuela Universitaria de Trabajo Social de Valladolid, impartida por Manuel Jiménez de Parga en la tarde del 10 de diciembre de 1998, con el título «De los derechos humanos a los derechos fundamentales».

(32) STEDH López Ostra, de 9 de diciembre de 1994, § 47 y 54. Vid. también § 51.

(33) Providencia de la Sección Primera (Sala Segunda) TC de 26 de febrero de 1990, núm. de registro 2037/1989.

(34) Vid. JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS: «Las normas internacionales sobre derechos humanos y los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución española (ar-

Un análisis detallado de la Sentencia López Ostra y, sobre todo, del artículo 8 CEDH permitiría quizás demostrar lo que aquí se presenta como una hipótesis, como una opinión: el artículo 8 CEDH, que garantiza el derecho a la vida privada (y asegura el respeto de ésta en algunos ámbitos, como son el domicilio y las comunicaciones), derecho que tiene un contenido más amplio y complejo que nuestro artículo 18 CE que se limita a reconocer el derecho a la intimidad en su apartado primero y ofrece una protección más rígida y formal de ésta en el domicilio y las comunicaciones (apartados segundo y tercero) (35). Esta forma de pensar permite afirmar que ni la providencia del Tribunal Constitucional ni la Sentencia López Ostra incurren en contradicción alguna; lo que ocurre es que la conclusión del análisis realizado en tales resoluciones es diferente porque el parámetro utilizado en una y otra es también, aunque cercano, distinto.

Puede rebatirse esa argumentación negando la mayor; es decir, la distinción dogmática de las nociones de intimidad y vida privada. Y aunque esta construcción es admisible, aunque no convincente y generadora a medio plazo de serios problemas, y permite defender que es necesario modificar el sentido de la jurisprudencia constitucional en la dirección marcada por el Tribunal Europeo, creo que ha sido abiertamente desautorizada por la Sentencia Valenzuela Contreras. Como se recordará, en la misma se indica, textualmente, que «las garantías citadas por el Gobierno [español] [...], deducidas de una interpretación extensiva de las disposiciones legislativas o de decisiones judiciales, no se derivan de los propios términos del artículo 18.3 de la Constitución ni incluso, en su mayor parte, de las disposiciones de la Legislación procesal penal» (36). Esto supone que el Tribunal Europeo ha examinado ya no la legislación interna, sino el propio precepto constitucional a la luz de los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Parece difícil aceptar que las re-

---

tículo 10.2 CE)», en PEDRO CRUZ VILLALÓN, JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS y MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER: *Tres lecciones sobre la Constitución*, Mergablum, Sevilla, 1979, pág. 48.

(35) Estas afirmaciones no van a ser justificadas aquí con la extensión que merecerían, aunque algunas reflexiones más generosas —aunque acaso también insuficientes— en este mismo punto se encuentran en otro trabajo del mismo autor, en el que defendió que la noción intimidad es diferente de la *privacy* norteamericana y de la *vida privada* del Convenio Europeo: *El derecho...*, págs. 34-57.

(36) STEDH Valenzuela Contreras, de 30 de julio de 1998, § 57. Esta afirmación remite a cuestiones que, desde una perspectiva politológica presentan interés, como muestra el muy interesante aunque en ocasiones opinable estudio de JEAN-FRANÇOIS FLAUSS: «La Cour Européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?», *Revue Française de Droit Constitutionnel* 36 (1998), págs. 711-728.

servas expresadas sobre tal precepto puedan alterar sus contenidos, porque estos solamente son modificables, como es claro, a través del mecanismo previsto en el artículo 168 CE.

Estas reflexiones no pretenden, obvio es decirlo, negar su función al artículo 10.2 CE sino, simplemente, evidenciar los límites de su alcance. Las aportaciones del Tribunal de Estrasburgo, así como las provenientes del Derecho internacional de los Derechos Humanos, serán proteicas de los derechos fundamentales siempre que no alteren su naturaleza. Esto supone, dicho en otros términos, que los perfiles de la protección de la vida privada del artículo 8 CEDH que superen la estricta defensa de la intimidad (lo que podría llamarse el *contenido suplementario* del primer derecho en relación con el segundo) no son operativos bajo la perspectiva del artículo 10.2 CE, aunque deban ser respetados por el resto de los Tribunales ordinarios españoles. La función del amparo constitucional no es asegurar el respeto de cualquier derecho subjetivo (por relevante y merecedor de garantía que sea), sino solamente de algunos derechos fundamentales.

#### 2.4. *¿La jurisprudencia valenzuela contreras debió ser tomada plenamente en consideración por el Tribunal Constitucional?*

Las ideas reseñadas en el anterior apartado del presente estudio marcan por sí solas la dirección a seguir en el presente trabajo. Se ha visto que la Sentencia Valenzuela Contreras señala que las normas relacionadas con el secreto de las comunicaciones que se encontraban vigentes en 1985 (los artículos 18.3 CE y 579 LECr, en su vieja redacción) vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el artículo 8 CEDH. Se ha señalado también que estamos ante una lesión que, aunque subjetiva en su manifestación, es por esencia abstracta; cuestión distinta, claro está, es que la misma solamente pueda ser invocada por personas cuyas comunicaciones se han visto interceptadas. Se trata así, de una lesión latente y potencial realizada por el legislador, que únicamente se revela como sancionable cuando hay un acto de aplicación.

Pues bien, lo que queda por analizar es si la jurisprudencia Valenzuela Contreras, en cuanto impone una actuación proporcionada del legislador en el derecho fundamental, opera en el marco del artículo 18.3 CE (en cuyo caso se haría operativo el artículo 10.2 CE) o bien desborda el contenido del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, lo que ocurriría entonces al margen del citado precepto constitucional. Lo que está en juego es determinar si el Tribunal Constitucional está llamado a integrar en su propia jurisprudencia

cia (relacionada, al menos (37), con el secreto de las comunicaciones) la argumentación retenida en la Sentencia Valenzuela Contreras.

La cláusula interpretativa del artículo 10.2 CE obliga así, paradójica pero también lógicamente, a examinar antes el Derecho constitucional que el ordenamiento internacional relacionado con los derechos humanos. Y es desde la óptica constitucional desde la que puede cuestionarse si el secreto de las comunicaciones en particular y los derechos fundamentales en general solamente pueden ser regulados por la Ley y si ésta precisa además recoger los elementos esenciales que los delimitan.

Empezando por la última cuestión apuntada, referida al legislador de los derechos fundamentales, se plantea en la STC 49/1999 si aquél puede vulnerar directamente estos derechos. Antes de dar respuesta a este interrogante es obligado señalar que, tradicionalmente, se ha entendido que mientras que el legislador está normativamente vinculado por los preceptos constitucionales (también, por supuesto, por aquéllos que establecen los derechos fundamentales), son los aplicadores del Derecho los que se encuentran obligados a respetar, en sus actuaciones, los derechos subjetivos que la Constitución reconoce en favor de determinados particulares y en principio, cuando menos, frente al Estado. De ahí que se haya afirmado entre nosotros que la garantía del contenido esencial prevista en el artículo 53.1 CE es declarativa, porque «toda situación constitucionalmente garantizada disfruta de la supremacía de la norma que la instituye» (38) y que, consecuentemente, se reserve el principio de proporcionalidad como parámetro de actuación de los aplicadores del Derecho en relación con los derechos fundamentales (39).

Sin embargo, esta escisión que separa de un lado los incumplimientos normativos realizados por el legislador y los subjetivos, originados por las actuaciones administrativas o judiciales, no es, pese a todo, tan evidente. En ocasiones el Tribunal Constitucional ha determinado que el origen de la lesión de un concreto derecho fundamental se encontraba en un texto legal. Y, ante tal eventualidad, el Alto Tribunal ha afirmado que «no es ajeno al ámbito posible de un recurso de amparo un planteamiento como éste, pues, ciertamente, la hipotéti-

---

(37) Se dice al menos, porque la exigencia de que la legislación que disciplina los derechos recogidos en el Convenio Europeo tenga una mínima calidad, en el sentido dado a este último término, alcanza a todos ellos. Ocurre, sin embargo, que los contenidos mínimos que la legislación estatal debe contener en relación con el secreto de las comunicaciones han sido ya determinados con cierto detalle (principalmente en las citadas Sentencias Kruslin y Huvig, de 24 de abril de 1990).

(38) JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: «El legislador...», pág. 504.

(39) *Ibidem*, págs. 504-506.

ca apreciación, en este cauce, de que un acto del poder público lesionó un derecho o libertad fundamental del demandante no podrá dejar de llevar a la concesión del amparo por el hecho de que tal acto se hubiera dictado en obediencia a lo que disponga una norma con rango de ley, eventualidad expresamente prevista en la Ley Orgánica de este Tribunal (artículo 55.2). Es, pues, posible que en el recurso de amparo se llegue a discutir —como aquí se ha hecho— la conformidad a la Constitución del precepto o preceptos legales que, aplicados al demandante, depararon la lesión que motiva su queja, y así lo ha venido señalando este Tribunal desde la STC 41/1981/1. Ello no altera la naturaleza de este recurso constitucional, que ha de seguirse tramitando y resolviendo como remedio que es frente a vulneraciones singulares de derechos fundamentales, pues la eventual inaplicación de la ley, acaso inconstitucional, para la concesión del amparo limita sus efectos al caso concreto decidido, sin que este Tribunal deba entonces, juzgando en amparo, hacer pronunciamiento general alguno sobre la contradicción entre dicha ley y la Constitución (STC 32/1984/2), pronunciamiento al que sólo cabrá llegar, en estos supuestos, a través del procedimiento establecido en el citado artículo 55.2 LOTC» (40).

El Tribunal Constitucional parece admitir entonces que un texto con fuerza de Ley pueda originar, siempre que haya una actuación interpuesta, una lesión subjetiva en los derechos fundamentales. Dado este paso no es tan evidente que no pueda utilizarse el principio de proporcionalidad para examinar si el legislador ha comprometido un determinado derecho fundamental. Aunque tal posibilidad ha sido defendida en diversos trabajos (41), se ha articulado de forma muy convincentemente en una sólida monografía dedicada al estudio de *la vincula-*

---

(40) Sentencia TC 209/1988/5, de 10 de noviembre —BOE 297, de 12 de diciembre—. La Sentencia fue acompañada por un Voto Particular firmado por el Magistrado Fernando García-Mon González-Regueral —y al que se adhirió Eugenio Díaz Eimil—, en el que se señalaba que «como dispone el art. 41.3 de la LOTC, «en el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso». En armonía con dicha normativa, es constante la jurisprudencia de este Tribunal que ha declarado que mediante el recurso de amparo no pueden ejercitarse «pretensiones impugnatorias directas frente a disposiciones generales» (STC 40/1982, de 30 de junio); que «el recurso de amparo no es la vía adecuada para el enjuiciamiento abstracto de disposiciones generales, sino exclusivamente para analizar concretas violaciones de derechos fundamentales» (STC 95/1985, de 29 de julio); y que «el recurso de amparo no tiene nunca por objeto dilucidar la constitucionalidad de normas legales o reglamentarias. El objeto del recurso de amparo es la violación y la preservación de los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, por lo que sólo en la medida en que tales derechos puedan resultar vulnerados el recurso puede darse» (STC 141/1985, de 22 de octubre)» (Fundamento 3.º).

(41) Del autor de estas mismas líneas puede consultarse *El derecho...*, págs. 246 y sigs.

*ción negativa del legislador a los derechos fundamentales* (42). En la misma Manuel Medina Guerrero ha propugnado la conveniencia de que el principio de proporcionalidad que puede operarse como medio de control de la actuación (normativa) del legislador sea utilizado de forma proporcionada (43).

Aunque el propio Tribunal Constitucional ha sido reticente en examinar bajo este prisma las leyes, aludió a la proporcionalidad en su Sentencia 71/1994/6, de 3 de marzo (44) y encaró la construcción de tal principio en la posterior 66/1995 (45). Desde entonces, ha acudido en diversas ocasiones al principio de proporcionalidad para examinar si el legislador había respetado o no determinados derechos fundamentales, siendo quizás la más reciente la difundida Sentencia de 20 de julio de 1999 (46).

No es razonable abordar, en un trabajo como el presente, las objeciones dogmáticas que pueden oponerse a la idea de que pueda utilizarse el principio de proporcionalidad para controlar la actuación de un poder como el legislativo, encargado de discutir y decidir políticamente, sin más limitación que la Constitución. El detenido examen de estas cuestiones exigiría, probablemente, ahondar en las nociones de *derechos fundamentales* y *Constitución* y abordar, con toda seguridad, el estudio de otras categorías como son el *orden público constitucional* y el principio de unidad de la Constitución, y ponderar aún el resultado de la investigación planteada con el tenor literal de cada una de las disposiciones constitucionales referidas, directa o mediatemente, a los derechos fundamentales (47).

(42) Debida a Manuel Medina Guerrero y que ya ha sido citada.

(43) *Ibidem*, págs. 137 y sigs.

(44) BOE 71, de 24 de marzo. Vid. FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA: *El derecho...*, pág. 247.

(45) Como recuerda MANUEL MEDINA GUERRERO en *La vinculación...*, pág. 127. La STC 65/1995, de 8 de mayo (BOE 140, de 13 de junio), ha sido críticamente comentada por IGNACIO TORRES MUÑOZ, en «Limitando el derecho de reunión», *Revista Española de Derecho Administrativo* 88 (1995), págs. 589 y sigs.

(46) STC 136/1999/29 y 30 (BOE 197, de 18 de agosto), del Pleno y que se ha visto acompañada del VP Concurrente suscrito por Carles Viver Pi-Sunyer (al que se adhieren Julio Diego González Campos, Tomás S. Vives Antón y María Emilia Casas Bahamonde), y de los discrepantes debidos a Rafael de Mendizábal Allende, Manuel Jiménez de Parga y Vicente Conde Martín de Hijas. En la misma se afirma, a instancias de un recurso de amparo interpuesto por la Mesa Nacional de HB, que el artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973, cuya redacción provenía de la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, vulnera el principio de legalidad penal porque contempla unas penas desproporcionadas.

(47) La conexión con el concepto de los derechos fundamentales ha sido ampliamente puesta de manifiesto en los estudios citados de Javier Jiménez Campo. El autor de estas líneas trató de ahondar en el concepto de *orden público constitucional* en *El derecho...*, págs. 233-249.

Por estas razones puede ser más productivo centrarse, en particular, en el régimen constitucional español del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Si se examinan las distintas aportaciones doctrinales relacionadas en nuestro país con esta materia se podrá apreciar que, por lo general, se han ocupado primordialmente de las garantías judiciales que el artículo 18.3 CE incorpora (48). Javier Jiménez Campo sí dedica un apartado de su clásico trabajo sobre el secreto de las comunicaciones al estudio de la ley como garantía, y analiza esta cuestión, significativamente, antes de abordar la resolución judicial que puede afectar al derecho fundamental (49). Y en esas líneas afirma el profesor citado que «la referencia misma a la resolución judicial [contenida en el artículo 18.3 CE, pero también en otros preceptos constitucionales], si ha de significar una garantía del derecho, lleva implícita la exigencia de la mediación legislativa, pues los jueces sólo son garantes de la libertad cuando deciden *secundum legem*», y añade poco después que «la solución en el Derecho español es, pues, la misma, en este punto, que la explícitamente recogida en el artículo 10.1 de la Ley Fundamental de Bonn o en el artículo 15 de la Constitución italiana» (50). Compartir esta afirmación supone aceptar también que el artículo 18.3 CE obliga al legislador a regular los casos y las formas en que las comunicaciones pueden ser intervenidas, y que éstas deben respetar, por voluntad del propio texto constitucional (artículo 10.2 CE), el *Derecho internacional del secreto de las comunicaciones* (51).

Vemos pues que, a diferencia de lo que acontecía en el caso López Ostra, la

(48) Vid., por todos, RICARDO MARTÍN MORALES: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 100 y sigs.

(49) «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional* 20 (1987), págs. 58 y sigs.

(50) *Ibidem*, págs. 58-59 y 59, respectivamente.

(51) La utilización del término subrayado con la cursiva pretender ser provocativa y aludir a otro de los límites del artículo 10.2 CE, que es la posibilidad de que no exista un Derecho internacional homogéneo en relación con un determinado derecho subjetivo (como ocurre, como es sabido, con los derechos fundamentales garantizados en los distintos ordenamientos constitucionales, que a veces no encuentran un claro equivalente —como ocurre con la *privacy* norteamericana, la *liberté individuelle* francesa o la *risservatezza* italiana— o que disponen de distinto grado de garantías —como ocurre con la propiedad en los Derechos alemán y español—). Por lo que afecta al presente estudio, no parece arriesgado afirmar que, en la medida que sea posible, el Tribunal Constitucional no puede apartarse de nuestro referente internacional más cercano en la materia, que es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y de su interpretación auténtica, que es la ofrecida por el Tribunal de Estrasburgo. Además de las razones dogmáticas que propugnan tal acercamiento (como es la referencia a una cultura si no común —como decía Häberle— si cercana de los derechos), hay otras —no menos importantes, por cierto— de pura eficacia, como es la existencia del control efectivamente ejercido por el Tribunal Europeo.

jurisprudencia Valenzuela Contreras no desfigura el derecho fundamental, sino que sirve, bien al contrario, para aclarar el alcance de una imposición prevista en el propio artículo 18.3 CE. De ahí que, en mi opinión, la doctrina en su día expresada por el Tribunal de Estrasburgo deba encontrar reflejo en las resoluciones dictadas por nuestro Tribunal Constitucional. Esta idea se ha visto reforzada tras la lectura de la sugerente crítica vertida por Blanca Rodríguez Ruiz en esta misma Revista.

Solamente resta determinar, para cerrar este primer apartado, si esto ha ocurrido efectivamente en la Sentencia TC 49/1999. No resulta preciso, quizás, reiterar aquí toda la argumentación contenida en los Fundamentos Jurídicos 4 y 5 de la Sentencia (52), siendo suficiente con recordar que «la reserva de ley no es una mera forma; sino que implica exigencias respecto al contenido de la Ley». Aunque las mismas pueden variar en función del concreto ámbito material que regulan, puede afirmarse, ya en relación con la intimidad, que solamente puede verse judicialmente afectada con apoyo en una inexcusable previsión legislativa (53), que debe expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención (54).

Valiéndose de estas afirmaciones, y también de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo al amparo del artículo 10.2 CE (55), el Tribunal Constitucional reconoce que el ordenamiento jurídico desconoce el artículo 18.3 CE. Aunque de esta manera el alto Tribunal asume la doctrina Valenzuela Contreras, no va a extraer de la misma todas sus consecuencias.

En efecto, el Tribunal de Estrasburgo considera vulnerado el derecho al respeto de las comunicaciones del artículo 8.1 CEDH porque la ley interna no era previsible, y en ese punto estima que no es preciso examinar ya las restantes alegaciones realizadas por el recurrente (56). Sin embargo, nuestro Tribunal Cons-

---

(52) En el primer Fundamento citado se conecta la preceptiva habilitación legal para intervenir en el ámbito de los derechos fundamentales, constitucionalmente prevista en los artículos 81.1 y 53.1 CE, con una doble función; una, referida a la implicación de los representantes en tales asuntos; otra, relacionada con el principio de seguridad jurídica. Aunque es cierto que el artículo 18.3 CE habilita la injerencia, dicho precepto resulta insatisfactorio desde la perspectiva de la certeza, porque «resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador».

(53) STC 37/1989/7, de 15 de febrero (BOE 52, de 2 de marzo).

(54) Vid. STC 49/1996/3, de 26 de marzo (BOE 102, de 27 de abril).

(55) En dicho examen, realizado en el Fundamento Jurídico 5, presenta especial relevancia el asunto Valenzuela. Es conveniente subrayar que el Tribunal Constitucional entiende, con buen tino, que el artículo 18.3 debe interpretarse de conformidad con la doctrina establecida por el Tribunal de Estrasburgo porque «remite a los mismos fundamentos» que el estudio del Derecho constitucional español en la materia.

(56) STEDH Valenzuela Contreras, de 30 de julio de 1998, § 62.

titucional, afirma, una vez que ha reconocido la inadecuación del precepto legal con la Constitución, que considera preciso aclarar y concretar el alcance de la estimación de esta vulneración. Junto a otras precisiones, que no vienen ahora al caso, se señala que si bien es cierto que la insuficiencia de la ley provoca una vulneración del artículo 18.3 CE, autónoma e independiente de cualquier otra, «no implica por sí misma, necesariamente, la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron la intervención» (57).

De ahí que la Sentencia TC 49/1999 dedique una serie de fundamentos jurídicos (seis a once) a estudiar si el derecho recogido en el artículo 18.3 CE ha sido vulnerado por los órganos implicados en la adopción de la diligencia judicial y en su ejecución. Esta forma de proceder por parte del Tribunal Constitucional no deja de ser sorprendente por varias razones. La primera, y más relevante, porque si se afirma que la actuación judicial no estaba ordenada por una Ley de suficiente *calidad*, parece claro que la lesión constitucional se ha producido en todo caso, con independencia del sujeto que la haya causado (58). La segunda porque, en este punto se separa, al menos de forma aparente, de la doctrina Valenzuela Contreras, que, una vez establecida la insuficiencia de la ley, declara sin más vulnerado el derecho recogido en el artículo 8.1 CEDH.

Si se realiza una lectura detallada de la resolución constitucional que comentamos, puede observarse que lo que preocupa al Tribunal Constitucional no es tanto la existencia de una vulneración del secreto de las comunicaciones, sino establecer sus efectos en el proceso penal en el que se inscribió la diligencia judicial que la acordó. Este enfoque explica que el Tribunal trate de determinar si el secreto de las comunicaciones ha sido desconocido también en el mismo momento en que se dictaron los autos judiciales que permitieron las escuchas

---

(57) STC 49/1999, de 26 de marzo. Se sigue afirmando que «si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas».

(58) Como señala el Presidente del Tribunal Constitucional, Pedro Cruz Villalón, en el VP/1 que acompaña a la Sentencia comentada, la vulneración del secreto de las comunicaciones «la produce ya la sola deficiencia de ley, si que sea preciso, para confirmar dicha vulneración, el examen y valoración que se hace en la Sentencia de la actuación judicial». Y añade en VP/3: «no comparto la idea de una especie de vulneración calificada de *autónoma e independiente de cualquier otra* del derecho fundamental determinada por las carencias en la calidad de la ley que, sin embargo, pueden ser, por así decir, posteriormente *neutralizadas* por medio de una actuación judicial particularmente respetuosa del derecho fundamental en cuestión».

policiales y en el posterior, especialmente en lo relacionado con la ejecución de la diligencia procesal y con la utilización de sus resultados en el proceso penal.

### 3. LA INCIDENCIA DE LA PRUEBA ILÍCITA Y DE LA REFLEJA EN EL PROCESO PENAL

#### 3.1. *Algunas consideraciones sobre la prueba ilícita y la prueba refleja*

Aunque no es posible abordar con el preciso detenimiento en estas páginas el estudio de una cuestión tan compleja como es la prueba ilícita, es probable que tampoco sea necesario profundizar en este polémico asunto para cumplir con el fin fijado en estas páginas, que no es otro que comentar la Sentencia TC 49/1999. Baste, pues, con realizar algunas consideraciones generales sobre esta materia, y expresar después la opinión del autor de estas líneas, necesariamente desprovista del aparataje bibliográfico y doctrinal que la complejidad del problema requeriría.

Puede recordarse, en primer lugar, que la prueba ilícita es un tema debatido en el Derecho comparado. Por poner solamente un ejemplo de esta afirmación puede aludirse a la compleja construcción jurisprudencial que el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha realizado a lo largo de los años de la *teoría del árbol envenenado*, que ha servido para excluir del proceso, además de las pruebas ilícitas, aquéllas otras que deriven de ellas, salvo que estas últimas hayan sido logradas de una forma independiente, su descubrimiento fuera inevitable o, finalmente, cuando los agentes implicados hubieran actuado de buena fe y en la creencia de que lo hacían sometidos a Derecho (59).

---

(59) Aunque esta doctrina es anterior (vid. Sentencia *Silversthorne Lumber Co. Vs. US*, 251 US 385, 1920), su nombre es pronunciado por el Juez Frankfurter en el caso *Nardone vs. US* (302 US 379, 1939). Las excepciones al principio de inaceptabilidad de la prueba refleja que se han citado en el texto se contemplan en las Sentencias *Wong Sun vs. US* (371 US 471, 1963), *Nix vs. Williams* (467 US 431, 1984) y *US vs. Leon* (468 US 397, 1984), respectivamente, y toda esta información se extrae de la interesante monografía de Manuel Miranda Estrampes (*El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Bosch. Barcelona, 1999, págs. 107-108 — nota 216—). Otras fuentes (JEROLD H. ISRAEL y WAYNE R. LAFAVE: *Criminal Procedure. Constitutional limitations in a nutshell*, 4.ª ed., St. Paul, 1988, págs. 250 y sigs.) señalan que la aplicación de la *exclusionary rule* a los Tribunales federales arranca de la Sentencia *Weeks vs. US* (232 US 383, 1914) y a los estatales desde el asunto *Mapp vs. Ohio* (367 US 643, 1961). Aunque en la última resolución citada se justificaba dicha doctrina en distintas teorías, posteriormente ha alcanzado destacado protagonismo el efecto disuasorio que favorece (vid. la Sentencia *Elkins vs. US*, 364 US 206, 1960 y, especialmente, las Sentencias *US vs. Janis* —428 US 433, 1976— y *US vs. Calandra* —414 US 338, 1974—). Por otra parte, la excepción de la buena fe policial puede re-

La heterogeneidad de los tratamientos nacionales en materia de la prueba ilícita ha llevado al Tribunal de Estrasburgo a invocar, en este punto, la existencia de un (generoso) margen de apreciación nacional. Esto supone, dicho en otros términos, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos renuncia a fiscalizar la recepción de las pruebas realizada por el órgano judicial nacional. Así, por ejemplo, el Tribunal decidió en el asunto Schenk que, aunque el artículo 6 CEDH garantiza el derecho a un proceso justo, «no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde ante todo al Derecho interno» (60). En concreto se deja al arbitrio de las autoridades nacionales la admisión de pruebas directamente obtenidas de forma ilícita.

En el citado asunto Schenk se pone de manifiesto las distintas posiciones que, desde un punto de vista general, suscita la prueba ilícita, aunque en el caso concreto se conecte con la vulneración de un derecho fundamental (precisamente, el secreto de las comunicaciones) (61). Mientras que la mayoría de los jueces defiende la compatibilidad de la admisión de pruebas ilícitas y el respeto al derecho a un proceso justo, y justifica la misma en la existencia de otras pruebas complementarias, otros jueces discrepan de tal parecer. En los (tres) Votos Particulares que acompañan a la Sentencia Schenk laten, a su vez, dos sensibilidades. En el suscrito por los Jueces Pettiti, Spielmann, De Meyer y Carrillo Salcedo se apuesta por la exigencia del respeto de la legalidad en la práctica de las pruebas para que el proceso pueda ser calificado, a los efectos del artículo 6.1 CEDH, de justo. En los otros dos Votos Particulares, debidos a los Jueces Pettiti y De Meyer uno y a De Meyer el otro, se defiende la vulneración de los derechos recogidos en los artículos 8.1 y 6.1 CEDH, y se incide en la conexión directa existente entre la realización de la grabación ilícita y su utilización en el proceso.

Dejando de lado ahora la discutible jurisprudencia europea relacionada con

---

lacionarse con un mandamiento judicial que estima legítimo —Sentencia *US vs. Leon*, 468 US 397, 1984— o con una Ley —Sentencia *Ill. Vs. Krull*, 107 S.Ct. 1160, 1987—. El texto íntegro de algunas de estas resoluciones puede consultarse en LLOYD L. WEINREB. (ed.): *Leading constitutional cases on criminal justice*, The Foundation Press, Westbury, Nueva York, 1996.

(60) La Sentencia de 12 de julio de 1988 puede consultarse en castellano, en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 108, págs. 130 y sigs., y el extracto se contiene en § 46.

(61) Paradójicamente, el fondo del asunto suscita escaso interés desde la óptica del derecho fundamental español, porque no puede considerarse entre nosotros vulnerado el secreto de las comunicaciones porque uno de los interlocutores grabe una conversación (vid. SSTC 127/1996/4, de 9 de julio —*BOE* 194, de 12 de agosto— y 114/1984/7, de 29 de noviembre —*BOE* 305, de 21 de diciembre— y, en el plano doctrinal, Javier Jiménez Campo: «La garantía...», pág. 45, y RICARDO MARTÍN MORALES: *El régimen...*, pág. 85).

la prueba ilícita (62), procede presentar ahora las dos cuestiones más debatidas entre nosotros en relación con la prueba ilícita, valiéndonos, para ello, de una reciente y muy completa aportación doctrinal en la materia (63).

La primera de ellas se refiere al propio concepto de prueba ilícita, que para algunos alcanza a cualquiera que haya sido obtenida contrariando una norma jurídica. Frente a esta visión amplia de la prueba ilícita, otros autores restringen el concepto de prueba ilícita, constatando su presencia cuando su obtención se haya logrado con la vulneración de los derechos fundamentales (JL González Montes) (64). Optar por una u otra lectura de la prueba ilícita precisa, quizás, determinar el alcance de los derechos de defensa (65), pero no es preciso abordar tal tarea en estas páginas, porque en el caso que nos ocupa se discute la utilización procesal de una prueba obtenida con vulneración del secreto de las comunicaciones, y es claro que, con independencia del enfoque empleado, estamos en presencia de una prueba ilícita.

Parece igualmente claro que una prueba ilícita no puede surtir efectos en el proceso. Aunque esta opinión podría fundamentarse, simplemente, en nuestro Derecho positivo (específicamente, en el artículo 11.1 LOPJ), puede ser conveniente recordar que, ya con anterioridad a la entrada en vigor del citado precepto legal, el Tribunal Constitucional había establecido que, «aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesa de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de *inviolables* (artículo 10.1 CE) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental» (66).

El Tribunal Constitucional ha señalado que admitir la procedencia de tal tipo de prueba pondría en cuestión, además del derecho fundamental directa-

---

(62) La doctrina Schenk ha sido confirmada en las Sentencias Kostovski (de 20 de noviembre de 1989, § 39), Mialhe (de 26 de septiembre de 1996, § 43), Mantovanelli (de 18 de marzo de 1997, § 34), García Ruiz (de 21 de enero de 1999, § 28) y Pelissier (de 25 de marzo de 1999, § 45).

(63) Aludimos a la monografía de Manuel Miranda Estrampes, que ha sido citada.

(64) *El concepto...*, págs. 17-22.

(65) En efecto, si el derecho de defensa impone que toda la actividad probatoria se ajuste a Derecho, parece claro que cualquier desviación en este punto puede ser, en su caso, revisada por el Tribunal Constitucional. Si se mantiene, por el contrario, que los derechos de defensa no ofrecen tal garantía, solamente actuará el Tribunal Constitucional cuando se haya comprometido un derecho fundamental sustantivo (necesariamente de los contenidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 CE), porque solamente a este fin sirve el recurso de amparo.

(66) STC 114/1984/4, de 29 de noviembre (BOE 305, de 21 de diciembre). Doctrina confirmada en la STC 85/1994/4, de 14 de marzo (BOE 89, de 14 de abril).

mente afectado (67), el derecho a la presunción de inocencia (68), la interdicción de la indefensión (69) o las garantías propias del proceso (70), generando una inaceptable quiebra en el principio de igualdad entre las partes en el juicio (71) y cuestionando, en definitiva, el derecho a un proceso justo (72). De ahí que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales deba considerarse no pertinente y no pueda ser entonces valorada por el órgano judicial (73).

Pese a todo, es siempre posible que la presunción de inocencia del procesado pueda ser legítimamente desvirtuada si se cuenta con otras pruebas de cargo, distintas de la descartada por ser ilícita (74). Aunque es en este punto donde es preciso suscitar el segundo de los temas anunciados sobre la prueba ilícita, que se pregunta sobre el alcance de esta doctrina, planteando el espinoso problema de la prueba refleja.

Ésta puede definirse, de forma instrumental, como aquélla prueba que, aunque perfectamente lícita, trae causa directa de otra que vulneró derechos fundamentales. Aludimos, por ejemplo, a la diligencia de entrada y registro de un domicilio o a la interceptación de las comunicaciones cuyos resultados se proyectan en ulteriores diligencias procesales de las que se deriva un nuevo material probatorio.

---

(67) Con esta jurisprudencia el Tribunal Constitucional se ha desentendido de otro problema, que es el referido a la existencia de pruebas obtenidas con vulneración de normas infraconstitucionales (como muestra, por ejemplo, el ATC 775/1987/2, de 24 de junio). En tales supuestos ha mantenido que abordar su análisis superaría los márgenes del amparo constitucional (que no es otro, como es sabido, que prestar una protección reforzada a determinados derechos fundamentales) y que la admisión de las pruebas que han sido logradas generando irregularidades procesales es una tarea que compete, exclusivamente, a la jurisdicción ordinaria (vid. SSTC 52/1989/2, de 22 de febrero —BOE 62, de 14 de marzo— y 64/1994/2, de 28 de febrero —BOE 71, de 24 de marzo—).

(68) SSTC 64/1986/4, de 21 de mayo —BOE 144, de 17 de junio—, 86/1995/2, de 6 de junio —BOE 162, de 8 de julio— y 127/1996/3, de 9 de julio —BOE 194, de 12 de agosto—. Las exigencias constitucionales que impone la presunción de inocencia han sido detalladamente descritas en la STC 34/1996/3, de 11 de marzo —BOE 93, de 17 de abril—.

(69) STC 64/1986/2, de 21 de mayo —BOE 144, de 17 de junio—.

(70) SSTC 107/1985/3, de 7 de octubre —BOE 265, de 5 de noviembre— o 81/1998/2, de 2 de abril —BOE 108, de 6 de mayo—, entre otras muchas.

(71) SSTC 49/1996/3, de 26 de marzo —BOE 102, de 27 de abril— y 54/1996/8, de la misma fecha.

(72) STC 81/1998/2, de 2 de abril —BOE 108, de 6 de mayo—.

(73) Sobre los *medios de prueba pertinentes* vid. SSTC 49/1996/3, de 26 de marzo —BOE 102, de 27 de abril— y 54/1996/8, de la misma fecha.

(74) Vid. SSTC 85/1994/4, de 14 de marzo —BOE 89, de 14 de abril— y 151/1998/3, de 13 de julio —BOE 197, de 18 de agosto—.

Pues bien, en este punto, la jurisprudencia del Tribunal constitucional si ha experimentado cierta evolución. Aunque la variación jurisprudencial no se ha hecho de forma explícita, puede apreciarse un salto en la argumentación contenida en las primeras resoluciones en esta materia y las más recientes. Así, por ejemplo, en la Sentencia 49/1996/2 se afirma que la ineficacia de la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental (en concreto, el secreto de las comunicaciones) «arrastra también a las pruebas logradas a partir de las pruebas prohibidas», siempre que —como se indica en el siguiente Fundamento— exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios (75).

Sin embargo la doctrina más reciente dictada por el Tribunal en esta materia es más matizada y se expresa, con todo detalle, en la STC 151/1998/3. La argumentación del Tribunal sigue señalando, como regla general, que «todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se halla incluso en la prohibición de valoración ex artículo 24.2 CE». Pero, sin embargo, el Tribunal admite en supuestos excepcionales que, pese a que las pruebas de cargo se hallan naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, son jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, pueden ser reconocidas como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (76).

Pese a que el nuevo enfoque manejado por el Tribunal Constitucional puede encontrar una evidente justificación en el hecho de que son los Tribunales ordinarios los que se encuentran primigeniamente encargados de realizar la valoración de las pruebas en el proceso (77), su argumentación no es convincente ni de recibo. La razón es que el Tribunal incurre en una fundamentación circular, y por ello mismo inconsistente. Si la prueba cuya admisión se discute es jurídicamente independiente de la obtenida con vulneración de un derecho fundamental no estamos en presencia de una prueba refleja, por lo que procede su valoración.

Hubiera sido quizás más productivo profundizar en el problema de los límites de la doctrina de la prueba refleja, en la línea marcada en este punto por la jurisprudencia norteamericana. Por poner solamente un ejemplo del enfo-

---

(75) Sentencia de 26 de marzo —BOE 102, de 27 de abril—. Doctrina avanzada en las SSTC 85/1994/, de 14 de marzo —BOE 89, de 14 de abril— y 86/1995/2, de 6 de junio —BOE 162, de 8 de julio—, y reiterada en la posterior 54/1996/8, también de 26 de marzo.

(76) Sentencia de 13 de julio —BOE 197, de 18 de agosto—. La regla excepcional había sido adelantada en la STC 81/1998/2y5, de 2 de abril —BOE 108, de 6 de mayo—.

(77) Vid. STC 81/1998/5, de 2 de abril —BOE 108, de 6 de mayo—.

que propuesto en estas líneas puede traerse a colación la argumentación esgrimida por el Tribunal Supremo en el asunto que el Tribunal Constitucional revisó en amparo en su Sentencia 81/1998. El Tribunal Supremo mantuvo, y el Constitucional confirmó dicho parecer, que, «dadas las circunstancias del caso y, especialmente, la observación y seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí sólo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho» (78). Es posible que otras hipótesis puedan enmarcar también la doctrina de la prueba ilícita, y sobre todo sus límites sobre la prueba refleja.

A la vista de la construcción de la doctrina de la prueba ilícita recogida en las líneas anteriores, y de su proyección en las pruebas reflejas, estamos en condiciones de volver a centrar nuestra atención, por última vez, en la Sentencia 49/1999.

### 3.2. *Concurrencia y efectos de pruebas ilícitas y reflejas en el caso concreto*

Como se recordará, el secreto de las comunicaciones ha sido vulnerado por diversas razones en el caso que nos ocupa (deficiente calidad de la ley procesal criminal, y graves defectos en los autos que acuerdan las intervenciones telefónicas y sus prórrogas). Lo que interesa examinar ahora son las consecuencias que anuda el Tribunal Constitucional a dicha violación del derecho fundamental y que son tratadas detalladamente en el Fundamento Jurídico 12 y sigs. de la STC 49/1999.

El Tribunal comienza su argumentación descartando, como no puede ser menos, la eficacia probatoria de las comunicaciones indebidamente interceptadas (79). Entiende que la prohibición de valorar las grabaciones opera frente al proceso como un todo, y por tanto, frente a todos los acusados; sobre todo por-

(78) STC 81/1998/5, de 2 de abril —BOE 108, de 6 de mayo—.

(79) El Tribunal reitera, en los primeros párrafos del citado Fundamento, que la utilización de tal prueba lesiona también el derecho a un proceso justo y con todas las garantías, por lo que considera vulnerado el artículo 24.2 CE desde el momento en que parte del contenido de las escuchas fue admitida como prueba.

que, como se indica en el Fundamento Jurídico 13 de la Sentencia que comentamos, fue preciso poner a disposición la totalidad de las grabaciones realizadas (y no un resumen policial) y que la transcripción de su contenido hubiera sido judicialmente autenticada. La insuficiente intervención del Juez de Instrucción y de las partes ahonda en la vulneración de los derechos recogidos en el artículo 24.2 CE.

En las líneas siguientes el Tribunal se cuestiona si, como solicitan los recurrentes, procede anular el proceso penal en su conjunto (80). La respuesta que deba darse a este interrogante depende, en buena lógica, de que la presunción de inocencia haya sido legítimamente desvirtuada por la concurrencia de otras pruebas, distintas de la que se realizó vulnerando el secreto de las comunicaciones. De ahí que sea preciso, siempre en opinión del Tribunal Constitucional, separar las condenas basadas exclusivamente sobre las grabaciones de aquellas otras que contaron con mayor materia probatorio.

Aunque el siguiente paso de este razonamiento hubiera debido llevar en todo caso a la anulación de las Sentencias en lo relacionado con las personas cuya condena se justificaba exclusivamente en la ilegítima interceptación de las comunicaciones, y acompañar esta afirmación para los restantes procesados de una desestimación en el caso de que se hubiera contado con otras pruebas claramente distintas o, finalmente, retrotraer las actuaciones procesales al momento anterior a la formación de la pretensión acusatoria y de la proposición de prueba, porque el juicio de experiencia sobre la admisión y valoración de las restantes pruebas corresponde a los Tribunales ordinarios, el Tribunal no actúa de esta forma. Opta por retrotraer las actuaciones referidas a todos los implicados en el proceso.

A la vista del resumen realizado, puede ponerse de manifiesto, en primer lugar, como hace el Magistrado Julio Diego González Campos, que el Tribunal incurre en una contradicción interna en su argumentación, ya que, separándose de sus propias afirmaciones, confiere la misma solución a dos supuestos que son distintos, como son que la condena se base exclusivamente en una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental o que la misma traiga causa de otra serie de pruebas añadidas (81).

También merece comentario, en segundo lugar, la excesiva autocontención de la que el Tribunal Constitucional da muestra en la Sentencia 49/1999.

---

(80) Fundamento jurídico 14.

(81) En el VP/3 que acompaña a la Sentencia, al que se adhirió el Magistrado Pablo García Manzano. De ahí que lo propio habría sido anular las Sentencias en relación con aquellas personas cuya presunción de inocencia se había visto desvirtuada exclusivamente por una prueba ilícita (*ibidem*/4).

Aunque es evidente que el Tribunal Constitucional no puede suplantar ni al legislador ni a los poderes públicos, es también claro que, para el cumplimiento de las funciones que la Constitución le confiere, es siempre posible que el más alto Tribunal deba revisar una decisión adoptada por ellos. En supuestos como el presente el Tribunal puede establecer si las restantes pruebas (especialmente la proveniente del alijo) trae o no causa de la ilegítima intervención telefónica. La conveniencia de actuar así no solamente se justifica en las razones prácticas y en las relacionadas con la efectividad de los derechos fundamentales expuestas en el Voto Particular del Magistrado Julio Diego González Campos (82), se basa también en que siempre es posible que la valoración que en su día haga el Tribunal competente sea recurrida y, en su caso, deba ser analizada —posiblemente, revisada— por el propio Tribunal Constitucional.

La decisión del Tribunal Constitucional en este punto, que se concreta en la devolución de las actuaciones procesales, permitiría poner punto y final al presente comentario, si no fuera por el sugrente VP que la acompaña, debido al Presidente Pedro Cruz Villalón. En lo que ahora interesa, el citado Magistrado sostiene que la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones no debe producir, necesariamente, la prohibición de que las grabaciones sean valoradas por el órgano judicial (83).

Dos argumentos complementarios aconsejan, a juicio del Magistrado discrepante, desconectar la vulneración del secreto de las comunicaciones de la valoración procesal de las grabaciones en que aquélla se plasmó. El primero es que la actuación de los órganos encargados de la investigación penal no pretendía vulnerar el derecho fundamental. No concurrió negligencia grave en la actuación ahora debatida; todo lo más puede apreciarse un error. Junto a este dato subjetivo el magistrado avanza otro objetivo, que es la escasa entidad de la lesión, que hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido median-

---

(82) VP/5B, relacionadas con el largo tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos y con la indudable merma en la función de tutela de la presunción de inocencia y la escasas consecuencias del otorgamiento del amparo constitucional, respectivamente.

(83) VP/5.

(84) *Idem*. Por supuesto que, aceptadas estas hipótesis, es forzoso discrepar también de la decisión del Tribunal Constitucional de retrotraer las actuaciones procesales referidas a las personas que fueron condenadas con base también en pruebas complementarias, porque «si las necesidades esenciales de tutela del derecho no alcanzan a exigir la anulación del juicio de quienes fueron condenados con base en el contenido de las grabaciones, menos podrán exigir la anulación de aquel juicio en el que se condenó con base en otras pruebas aun en el supuesto de que fueran estrictamente derivadas del conocimiento alcanzado a partir de las conversaciones intervenidas» (VP/7).

te la intervención de las comunicaciones resulta innecesaria para lograr la efectividad del derecho fundamental (84).

Aunque se comparte con el Presidente del Tribunal Constitucional la conveniencia de no trasladar, automáticamente, la prueba ilícita con la anulación del proceso penal, y no puede excluirse la aplicación en nuestro país de la jurisprudencia norteamericana relacionada con los límites de la teoría la prueba ilícita y refleja (85), no puede aceptarse fácilmente la concurrencia de tales circunstancias en el caso en especie. En primer lugar, porque la vulneración del derecho fundamental se ha producido en todas las fases de su aplicación (en la ley que delimita las intromisiones en el secreto de las comunicaciones, en las resoluciones que acordaron su práctica y las que la prorrogaron, en su ejecución y en su traslación al proceso), y no puede por ello mismo presentarse como un error puntual. Por otra parte, es cierto que la intencionalidad de los poderes públicos puede quizás tener relevancia a efectos de determinar la existencia de una eventual responsabilidad penal en que hayan podido incurrir (86), pero no sirve para cuestionar la concurrencia de la lesión constitucional. Por último y en tercer lugar, no es de recibo afirmar que la lesión presenta *escasa entidad*, cuando ha originado un proceso penal y han servido las grabaciones obtenidas para condenar a todos los procesados.

De las anteriores consideraciones puede deducirse ya que, en opinión del autor de esta líneas, el Tribunal debió anular las resoluciones judiciales en las que se condenó a una serie de personas tomando como única pieza de convicción para ello unas grabaciones obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales. Surge inmediatamente la duda de cómo actuar en relación con los otros condenados, cuya culpabilidad quedó demostrada por medios suplementarios y distintos de prueba. Responder tal interrogante con una mínima seriedad exigiría revisar todo el expediente, por lo que la hipótesis que se avanza se realiza a mero título de inventario.

Aunque parece preciso, cuando menos, retrotraer las actuaciones procesales como el Tribunal Constitucional hace, ya que la condena de estas personas se basó también (aunque no exclusivamente) en una prueba ilícita, puede mantenerse también que la principal prueba aportada al proceso que es el alijo, es una prueba refleja, porque la interceptación de la droga se realizó por la información obtenida con la intervención telefónica. Esta conexión entre prueba ilícita y prueba refleja, que aquí se sugiere, no es, sin embargo, indiscutible, porque, como ya se ha dicho, pueden concurrir datos —de los que no se dispone

---

(85) A la que ya se ha hecho referencia supra y que el Magistrado también invoca (VP/5).

(86) Vid. la STC 22/1984/9, de 17 de febrero, (BOE 59, de 9 de marzo).

para la realización de este trabajo— que rompan tal vinculación. Si se demostrara, por ejemplo, que el seguimiento de los presuntos traficantes se hacía habitualmente, o que la policía que interceptó el alijo no había sido advertida del contenido de las comunicaciones y actuó por casualidad, no podría presentarse la prueba del alijo como refleja y podría surtir, entonces, plenos efectos probatorios en el proceso.

