

Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 18 junio 1992. Recurso núm. 610/1990.

Jurisdicción: Penal

Resumen: DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL: VULNERACION: INTERVENCION DE COMUNICACIONES TELEFONICAS REALIZADAS ILEGALMENTE: NULIDAD DE LA PRUEBA. PROCESO PENAL: OBTENCION DE LA VERDAD: respeto a la dignidad e intimidad de la persona; principio de proporcionalidad; INCOMUNICACION DE DETENIDOS O PRESOS: asistencia por el Abogado designado de oficio; DIPUTADOS: competencia de la Sala de lo Penal del T.S. para su enjuiciamiento. PROCEDIMIENTO ABREVIADO: AUTOS DE PRISION: no precisan ratificación. DERECHOS FUNDAMENTALES: CONFLICTO: solución por el principio de proporcionalidad: motivación. PRISION PROVISIONAL: efectos. PRESUNCION DE INOCENCIA.

Ponente: Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Una de las ideas fundamentales que es procedente destacar en la cabecera de las reflexiones jurídicas de esta resolución es que la verdad material o verdad histórica que, en principio, se pretende obtener en el proceso penal, frente a otro tipo de procesos que aceptan la verdad formal o aparential, sólo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidos en el Ordenamiento jurídico. Ello puede constituir una expresión tan elemental como innecesaria pero, acaso, resulte de importancia ponerla de relieve en este momento por lo que más adelante se dirá. No se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Sólo aquello que es compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales, así la dignidad, la intimidad, etc., dentro de los parámetros fijados en la Ley.

También hay que recordar que uno de los presupuestos fundamentales de nuestro Estado de Derecho, democrático y social, establecido en la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), es el del respeto a la dignidad e intimidad de la persona humana, esencialmente libre, como base de la convivencia. Por ello existe o debe existir un obligado correlato, una proporcionalidad, entre el reconocimiento de la plenitud de estos derechos y las intromisiones en la vida privada de la persona que, en principio, son ilegítimas. Con toda evidencia estas intromisiones pueden ser, en ocasiones, conformes a Derecho, pero para ello han de tener una inequívoca legitimidad de origen, de desarrollo y, por último y en su caso, de presencia efectiva y real en el juicio oral. En este sentido y dentro del capítulo de restricciones cabe incluir las intervenciones corporales, la entrada y registro de un domicilio y las escuchas telefónicas, entre otras medidas. Sólo la Ley y la decisión judicial expresa y motivada, salvo supuestos excepcionales (ver art. 55.2 de la Constitución Española), pueden invertir el signo del principio general.

Las excepciones a este principio traen causa directa e inmediata en la Constitución, y han de venir, por consiguiente, establecidas en la Ley. Han de llevarse a cabo a través del Juez, y han de responder a dos exigencias, sólo aparentemente formales, también básicas, una, la motivación de la medida y otra la existencia de proporcionalidad, inherente al valor justicia, entre la medida misma y su finalidad, lo que supone graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos traumáticos social e individualmente considerados y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes. En este sentido, de acuerdo con una interpretación teleológica del Sistema, aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal no lo diga expresamente, como hacen otros Ordenamientos, hay que tener en cuenta que sólo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica y sólo por el tiempo indispensable, dentro del ámbito espacial que se considere necesario, llevada a cabo por personas capacitadas técnicamente y obligadas a guardar la correspondiente reserva y dentro, a su vez, del procedimiento legalmente establecido, en los términos que luego se dirán. Y esto sólo lo puede llevar a cabo, en principio, un Juez.

Obviamente, y acaso no sea impropio traerlo a colación por el clima que ha rodeado este proceso, las garantías que nuestro Estado de Derecho tiene establecidas, tanto a través de nuestra Constitución como

del resto del Ordenamiento jurídico, así como de los Instrumentos internacionales correspondientes, son de aplicación a cualquier persona, sea la que fuera su condición, y en cualquier momento, como lo ponen de relieve las miles de sentencias dictadas por todos los Juzgados y Tribunales y en la correspondiente proporción por esta Sala Penal del Tribunal Supremo, a diario, en las que se dictan resoluciones absolutorias respecto a presuntos delitos de la más variada índole por error de hecho en la apreciación de la prueba o se declaran nulas determinadas pruebas por no ajustarse en su originación y desarrollo a las exigencias correspondientes, o bien se aplica al principio constitucional de presunción de inocencia en aquellos supuestos, incluyendo casos de mucha o poca importancia y en relación con todo tipo de personas, cualquiera que sean sus circunstancias, si se constata, como acaba de decirse, que no hay prueba de cargo advenida correctamente al proceso o que, habiéndose incorporado al mismo una cierta actividad probatoria, ésta es nula de pleno derecho.

La mirada hacia atrás, ejercicio eficaz de progreso social en cuanto permite constatar la realidad de hoy, no vale, en cambio, para no autoexigir el mejoramiento, en este caso, cualitativo del sistema. El ordenamiento procesal penal avanza indiscutiblemente por el sendero de nuestra Constitución y del resto de las normas que conforman aquél y a ella ajustado, así como a los instrumentos internacionales a los que España se ha adherido. El recuerdo de experiencias pasadas ha de ser un estímulo para tratar de deshacer las cosas mal hechas y tratar de hacerlas cada vez mejor.

Si esta resolución es excepcionalmente amplia se debe precisamente a que los planteamientos de las partes han sido complejos y extensos y desenvueltos, tanto a nivel de defensas como de acusaciones, la del Ministerio Fiscal y las populares, a una altura técnica y también humana, cada uno desde su respectiva y respetable perspectiva, excepcional.

SEGUNDO.- Hay que tener en cuenta a este respecto y en este orden de cosas, que en las situaciones que ahora se contemplan está en juego uno de los derechos constitucionales más importantes, como ya se dijo: el derecho a la intimidad en uno de sus componentes más interesantes. Por ello, esta resolución ha de ser extensa y, a veces, hasta repetitiva para dejar expresa constancia de todos los problemas que las partes han sometido a la consideración de la Sala y de las reflexiones técnico-jurídicas y soluciones que ésta toma. Los derechos fundamentales, y el derecho a la intimidad lo es, son derechos de mayor valor [STC 66/1985 (RTC 1985\66)]. La intimidad es, probablemente, el último y más importante reducto, con el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad de la persona humana, de las mujeres y de los hombres todos.

Si en él se introducen quiebras sin la suficiente justificación, puede romperse el equilibrio y la cimentación en el que se sustenta el edificio social en cuanto sostenedor, a su vez, del Ordenamiento, que nace y vive para defender a la persona.

El tema tiene una especial trascendencia y por ello ha de serle prestada una muy cuidadosa atención. Esta Sala se ha ocupado del tema en algunas ocasiones, así la S. 5-2-1988 (RJ 1988\857), en la de 21-2-1991 (RJ 1991\1335) con cita de las de 5 febrero acabada de indicar, 17-4-1989 (RJ 1989\3369), y 12-2-1990 (RJ 1990\1475) y en la de 16-1-1992. A ellas íntegramente nos remitimos. El Tribunal Constitucional en S. 27-6-1988 (RTC 1988\128) afirmó que no cabe duda de que las cintas magnetofónicas constituyen medios de prueba documental, siendo problema distinto el de si en cada caso concreto constituyen o no actividad probatoria de cargo [ver también Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 noviembre (RTC 1984\114)].

La Ley Orgánica 4/1988, de 25 mayo (RCL 1988\1136), de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dio nueva redacción al art. 579 de la misma. En el ap. 2 se establece que: «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», y en el ap. 3 se dice: «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». Como se ve, el legislador no establece limitaciones en razón a la naturaleza de los posibles delitos o a las penas asociadas. Ello obliga a una mayor reflexión aunque no es por este camino tan específico por el que se pueden hacer objeciones a las decisiones judiciales objeto de nuestra

resolución, atendida la gravedad de unos y otros hechos; en cambio, si, en orden de la no existencia de indicios en el sentido al que enseguida se hará referencia, de apreciación judicial del soporte, más allá de la pura sospecha judicial, de los hechos delictivos.

La excesiva indeterminación y amplitud de la normativa acabada de citar han sido puestas de relieve con autoridad y argumentos muy poderosos por una parte importante de la doctrina científica. También ha sido destacada su tardía regulación, puesto que la Constitución Española había entrado en vigor casi diez años antes de la reforma del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalándose igualmente graves defectos en el contenido. Cualquiera que sea la interpretación que haya de darse a las diferencias existentes entre los núms. 2 y 3 anteriormente transcritos -en orden al procedimiento en que se acuerda, con auto de procesamiento o sin él (art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por razón del momento procesal en que la medida se adopta o por sus propios contenidos, en relación a las palabras «intervención» y «observación» [Ver Sentencia del Tribunal Constitucional de 16-12-1987 (RTC 1987\199)]-, lo que no ofrece duda es que resulta indispensable que existan indicios, lo que no puede equivaler jamás a sospechas o conjeturas [Sentencias del Tribunal Constitucional 174 y 175 de 17-12-1985 (RTC 1985\174 y RTC 1985\175)], es decir, aunque la Ley no lo diga expresamente, ha de exigirse racionalidad de la noticia, probabilidad de su existencia, etc.

La palabra indicio utilizada en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (uno de los elementos -clave- para su correcta interpretación) supone existencia de una primera plataforma en la investigación criminal (algo distinto a cuanto significa prueba inducida como fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido).

Los indicios racionales de criminalidad, y a ello equivale la palabra «indicio» del art. 579, son indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, como dice la doctrina científica, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de investigación a través de la interceptación telefónica. Y el Juez, dentro por supuesto del secreto, debe exteriorizar cuál es el indicio o los indicios porque, si no lo hace, si aquéllos permanecen en el arcano de su intimidad, de nada valdría la exigencia legal de su existencia que ha de producirse antes de la decisión -es causa de la misma-, y no después. Ello quiere decir que sólo el Juez, pero no a su libre albedrío, sino siempre de acuerdo con la Ley y conforme a sus principios, es el único que puede acordar una intervención telefónica.

No es ni puede ser, por consiguiente, un indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato o de algunos que permitan al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad. Y, de alguna manera, ha de existir una investigación penal en curso, incluido el supuesto de que esta se abra, sobre la existencia de tales indicios, precisamente con la intervención telefónica, inmediateamente después de la incoación. Sólo cabe la intervención/observación telefónica abierto un proceso penal y dentro de él.

Sin llegar a mantener la carencia de cobertura, en sede de legalidad ordinaria, atendida la insuficiencia del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que luego se hará una más extensa referencia, respecto de las autorizaciones judiciales para la interceptación de las conversaciones telefónicas, hay que manifestar que dada la citada y grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente, es obligado llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida, utilizando la vía analógica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la detención de la correspondencia privada y otros supuestos semejantes, así, por ejemplo, el art. 586 de la misma, resultando, por tanto, imprescindible que la resolución que acuerde la intervención/observación se motive, se determine su objeto, número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas/ observadas, quiénes hayan de llevarlas a cabo y cómo, períodos en que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución y, especialmente, la determinación y concreción, hasta donde sea posible, de la acción penal a la que se refiere para aplicar rigurosamente el principio de proporcionalidad. Sólo los delitos graves pueden tolerar esta ingerencia y únicamente en períodos de tiempo razonables, que el Juez debe valorar y motivar adecuadamente, exigencias que han de extenderse al «fax» y a las demás técnicas de transmisión de análoga significación.

Todo ello dentro de diligencias judiciales aunque, con toda obviedad, deban declararse las actuaciones secretas para evitar su inutilidad.

Si no existe un catálogo cerrado de delitos, el Juez debe proceder a una interpretación restrictiva, de acuerdo con los mandatos y principios constitucionales (Cfr. Casos Kruslin y Huvig del TEDH que luego se citarán) con obligada entrega de las cintas originales, y no de copias, al Juez. La intervención/observación ha de venir establecida para un determinado delito o varios y, en la medida en que se descubran otros, sólo el Juez habrá de decidir si son o no conexos, si procede extender la intervención/observación y lo demás que corresponda en Derecho.

En cambio, la forma que adopten las diligencias no afectará a la corrección de la intervención/observación si en su efectividad responden a la exigencia de un cauce procesal adecuado para su control. No hay, por consiguiente, que ajustarse a un formalismo estéril. La expresión «causa» ha de entenderse en un sentido amplio: lo que importa es su contenido, no su nombre.

Nuestra sabia y centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la entrada y registro en un lugar cerrado, establece, por otra parte, unos principios que, sin duda, tienen vocación generalizadora: no se ordenará el registro de libros y papeles de contabilidad del procesado o de otra persona sino cuando hubiere indicios graves de que de esta diligencia resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 573). Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos, si no interesan a la instrucción (art. 552). Uno y otro preceptos, el ya citado de intervención de correspondencia y éste, no modificados por la Ley 10/1992, de 30 abril (RCL 1992\1027) de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, se citan para demostrar la sensibilidad de nuestra vieja Ley que está en sintonía perfecta con la que expresa hoy de manera terminante e inequívoca nuestra Constitución. Las garantías de nuestra vieja Ley Procesal Penal no pueden verse disminuidas, más de un siglo después, respecto de las mismas instituciones o de otras de análoga significación.

TERCERO.- No caben tampoco, por consiguiente, las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo. Ahora bien, aunque no exista una imputación formal contra persona determinada (Cfr. otra vez el art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), cabe, sin duda, la interceptación siempre que se cumplan los requisitos que la propia Ley establece, interpretados de acuerdo con la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico. Sólo el Juez, como ya se ha dicho, salvo supuestos excepcionales, previstos expresamente por la Constitución o la Ley, puede acordarla y su decisión ha de fundarse en indicios constatables en la causa, que pueden ser, obviamente, los que le facilite la policía, ampliados o no según lo estime el Juez, y otros, y en todo caso, por él valorados en los términos ya examinados, sin que tampoco pueda ofrecer duda respecto del teléfono, que puede ser el del que corresponda como titular a la persona procesada, o contra la que existan indicios graves de criminalidad, o también en relación con el que, más o menos habitualmente, lo utilice.

CUARTO.- Ante la insuficiencia de nuestro Ordenamiento respecto al problema que estamos examinando y teniendo en cuenta lo dispuesto en nuestra Constitución, cuyos preceptos más adelante se citarán, se hace procedente de manera complementaria a fin de dibujar su exacto perfil, examinar, en primer lugar, el Convenio Europeo de Derechos Humanos [ratificado por Instrumento de 26-9-1979 (RCL 1979\2421 y ApNDL 3627), desde cuya fecha está entre nosotros en vigor] cuyo art. 8 consagra, dentro de una consideración al más alto rango, el derecho a la intimidad. En él la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, conforman la intimidad de las personas en sus distintas y plurales manifestaciones. Reconocido el derecho, el ap. 2 de dicho artículo lo defiende contra todo ataque al decir: «No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho» y, seguidamente, sin solución de continuidad, establece una serie de excepciones que han de ser interpretadas restrictivamente por tratarse de limitaciones a un derecho fundamental.

Dos límites, en este orden de cosas, fija el Convenio: la ingerencia ha de estar prevista por la Ley y ha de constituir un medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, etc., o para la prevención del delito.

Todo nuestro Ordenamiento, pese a que pueda ofrecer determinadas lagunas, responde, sin ningún género de dudas, a estos principios. En este orden de cosas son buena expresión, entre otros, el art. 192 bis del Código Penal que incorpora como hechos típicos penalmente, la interceptación de las comunicaciones telefónicas o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido (supuesto penal que, obviamente, no es el caso que nos ocupa), el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) sobre efectos de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales y la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala, todas ellas expresiones categóricas de cuanto venimos diciendo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH), cuya jurisprudencia interpretando el Convenio ofrece un especialísimo rango, de acuerdo con los arts. 10 y 96 de la Constitución Española, ha examinado también el tema del derecho a la intimidad en bastantes ocasiones, en varias de ellas con referencia a las intervenciones telefónicas. Así, en el Caso Golder, S. 21-2-1975; Caso Silver, S. 25-3-1983; Caso Capbell y Fell, S. 28-6-1984; Caso Boyle y Rice, S. 27-4-1988; Caso Scho nenberger y Durmaz, S. 20-6-1988; Caso McCallum, S. 30-8-1990; Caso Huvig, S. 24-4-1990, y el Caso Kruslin, S. 24-4-1990, sin olvidar los Casos Klass, S. 6-9-1978 o el Caso Malone, S. 2-8-1984. En todas ellas, se ofrece una línea inequívoca de defensa rigurosa del derecho a la intimidad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15-10-1982 (RTC 1982\62) habló, refiriéndose a la moral como límite, pero la declaración hay que entender que es generalizable, de la necesidad de rodearse de las correspondientes garantías para evitar limitaciones injustificadas en los derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central en el sistema jurídico (Ver art. 10 de la Constitución). Otra Sentencia, ésta muy reciente, de 14 febrero de este año (RTC 1992\20), dice: La intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 de la Constitución) y sin el cual no es realizable ni concebible siquiera la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la Norma Fundamental (art. 10.1).

Volviendo a las escuchas telefónicas, aunque el citado art. 8 del Convenio Europeo no alude a ellas, su inclusión en él no planteó problemas especiales al TEDH. Así, en el Caso Klass y en el Caso Malone, porque en las comunicaciones telefónicas se incluyen los conceptos de vida privada y de correspondencia. No podía ser de otra manera. También en el Caso Huvig y en el Caso Kruslin: las escuchas y otras formas de intervención de las conversaciones telefónicas representan un atentado grave respecto de la vida privada y de la correspondencia. Deben, por tanto, basarse en una Ley que ofrezca una precisión especial. La exigencia de reglas claras y detalladas en esta materia parece, por consiguiente, indispensable. Si éstas no existen, no puede ofrecer duda que el sistema que, en cada caso, haya de aplicarse habrá de ser interpretado de la manera más acorde con la defensa del derecho fundamental.

Acaso, dentro de las invasiones al derecho a la reserva de nuestras vidas, la interceptación telefónica sea una de las ingerencias más graves a la intimidad de la persona. La entrada y registro de un domicilio también lo es, pero en la correspondiente diligencia está o puede estar presente el interesado. En la interceptación de la correspondencia, en razón a la esencia misma de la intervención, no. Y a través del teléfono, libre de toda sospecha, se pueden decir cosas que afecten muy gravemente, en el terreno de la intimidad, a la persona cuya conversación se interviene. Por ello no cabe duda de que el legislador que reformó el art. 579, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no ha pretendido en las interceptaciones telefónicas rebajar el nivel de garantías establecido en la intervención de la correspondencia.

De ahí la vigencia inexcusable del principio de proporcionalidad que habrá de conformar, siempre e incondicionadamente, el perfil de la ingerencia en la materia que venimos examinando y que ha de resolver esta resolución. En este sentido, se llegó a decir, con especial autoridad, que el art. 18.3 de la Constitución, que permite la restricción del derecho mediante una resolución judicial, era normativamente insuficiente por sí mismo y que exigía un desarrollo legislativo habilitante para el legítimo levantamiento del secreto de las comunicaciones. Ello demuestra, al menos, la delicadeza del problema. La proporcionalidad, como criterio complementario pero indisolublemente unido al valor justicia, como ya se ha dicho, supone, en el tema que está en debate, que exista un correlato entre la medida, su duración y su extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social. Nadie niega en España, se ha dicho por la doctrina científica, la imposibilidad constitucional y legal de la valoración de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales

por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 de la Constitución) y con el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad, hay que concluir que sólo cabe afirmar que existe prueba «prohibida» cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales. En este sentido, debe resolverse el problema a través de la llamada ponderación de intereses involucrados que, en otras ocasiones, han utilizado el TEDH, el Tribunal Constitucional y esta Sala para decidirse, en relación con situaciones de conflicto, entre dos derechos fundamentales en liza, en este caso el derecho del Estado a investigar, enjuiciar y castigar, en su caso, los comportamientos constitutivos de infracción penal y el derecho de los particulares a la reserva de su intimidad. En definitiva, será el principio de proporcionalidad quien haya de facilitar la solución correcta.

Hasta tal punto esto es así que el art. 8 del Convenio, ya citado, se refiere a las medidas de intervención, en general, estableciendo que las mismas han de ser, además, necesarias en una sociedad democrática porque, en principio, el poder de vigilar en secreto a los ciudadanos no es tolerable, según el Convenio, más que en la medida necesaria para la salvaguarda de las mismas instituciones democráticas (Caso Klass, ya citado). Necesario significa que se corresponda con una exigencia social imperiosa, y proporcionada a la finalidad legítima perseguida con la ingerencia.

El TEDH exige también, para admitir la ingerencia de la Autoridad pública, un control en el momento de ordenarse, en su desarrollo y en su cese. Más adelante se verán las consecuencias de ello.

Veamos ahora con más detalle el problema de la proporcionalidad, que se constituye en un criterio rector unido indisolublemente a la justicia. Esta proporcionalidad, como ya se ha indicado con anterioridad, se proyecta en muchas direcciones: gravedad del hecho, viabilidad de la medida, intereses afectados, etc. Y también trascendencia del hecho, dato que en este supuesto se daba porque, a la consideración de una presunta organización de tráfico de drogas, uno de los delitos de más acusada gravedad, siguió otro, también presunto, respecto de un cohecho, que sin duda es otra de las figuras penales más capaces de socavar, aunque sin duda el Estado de Derecho democrático y social tiene fuerza para superar estas situaciones, los cimientos sociales. No es ésta, pues, en abstracto, sí en concreto, la razón de la censura, sino la forma de adoptarse el acuerdo y su efectiva realización y control. No es proporcional lo que se dice que lo es, sino realmente lo que se ofrece como equilibrado y armónico.

Respecto de la motivación, significa la exteriorización razonada de los criterios en los que se apoya la decisión judicial. Es decir, la exigencia de motivación se satisface cuando, implícita o explícitamente, se puede conocer el razonamiento, esto es, el conjunto de reflexiones que condujeron al Juez a tomar la decisión que tomó, incluidos los supuestos de conceptos jurídicos indeterminados.

Por otra parte, el hecho de que en muchas ocasiones las decisiones no estén motivadas en los términos que son exigibles y que ahora se expresan, no puede ser un factor determinante de aceptación de la situación práctica más o menos generalizada, si ello fuera así, sino estímulo para su perfeccionamiento.

También en la motivación actúa, a su vez, la proporcionalidad. A mayor trascendencia de la decisión, mayor exigencia, si cabe, respecto de la motivación. Y como el interesado no conoce la medida a la que nos venimos refiriendo y no la puede impugnar, ello es obvio porque conociéndola sería absolutamente ineficaz, el control ha de ser más riguroso que en aquellos supuestos en los que se puede recurrir la actividad de los Agentes de la Autoridad o de la propia Autoridad ordenante al tiempo de realizarse, en cuanto a la medida en sí o a su ejecución. El control, por consiguiente, ha de ser real, y su ejercicio ha de realizarse por personas independientes de la Autoridad que desarrolla la vigilancia, o intervención/observación telefónica y siempre bajo la dirección del Juez. En definitiva, e insistiendo en lo ya manifestado, es preciso que este tipo de ingerencias se constituyan en práctica excepcional, sometida de manera efectiva a control judicial, sin que sea, por tanto, correcto extender autorizaciones prácticamente en blanco, siendo preciso, por el contrario, una motivación razonable, lo que no quiere decir, desde luego, exhaustiva, que habrá de mantenerse en secreto mientras la investigación se realiza.

La motivación de la resolución es, pues, decisivamente importante. No cabe, obviamente, decretar una

intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos porque en tales circunstancias el principio de proporcionalidad, que afecta al derecho procesal y al sustantivo, jamás podría ser exteriorizado y, por consiguiente, tenido en cuenta por el Juez. Sólo conociendo, al menos en sus líneas generales, la infracción que se trata de descubrir puede el Juez decidir sobre la procedencia o no de la intervención telefónica que se le pide. Únicamente los delitos graves pueden legitimar medidas de tan extraordinaria gravedad. Otra cosa es que el Juez, en uso de las facultades que la Ley le atribuye, hubiera valorado defectuosamente el principio de proporcionalidad, lo que no significa, como ya se ha indicado, censura o crítica de su actuación más allá de lo que supone la decisión de un Tribunal superior reexaminando el tema mismo objeto de impugnación, como ninguna censura supone, salvando las distancias, la revocación de una sentencia en vía de apelación o su casación en el trámite correspondiente. Las revisiones que hacen los Tribunales respecto de decisiones de otros, situados en el orden jurisdiccional orgánico, en otro plano, son de naturaleza técnica.

QUINTO.- En resumen, el Estado de Derecho se caracteriza precisamente porque todas las relaciones con relieve jurídico se han de ajustar ineludiblemente a un principio de legalidad que tiene una amplísima significación. El Derecho, lo ha dicho esta Sala en otras ocasiones, es equilibrio y armonía o racionalidad y proporcionalidad. De ahí la prohibición de todo exceso, que objetivamente se produjo en las actuaciones practicadas en los Juzgados de Instrucción núms. 14 y 2 de Valencia.

El proceso penal constituye, precisamente, el instrumento indispensable para la realización de la justicia penal por la vía de la legalidad. En el procedimiento de esta naturaleza, el ciudadano, la persona, en general, está sometida o puede estarlo a restricciones de la más variada índole: privación de libertad, ingerencias en su vida privada, embargos, etc. El papel del Derecho radica en que estas restricciones, sin duda necesarias en determinadas ocasiones, respondan siempre e inexcusablemente a un principio de justicia, de proporcionalidad y de seguridad jurídica. En nuestra Constitución, se ha dicho muy autorizadamente, al lado de la legitimación formal (necesaria) se exige también una legitimación material o sustancial (Cfr. art. 1 de la misma). La Ley es precisamente la garantía de todos; ella ha de fijar los límites y las fronteras en el ejercicio de los correspondientes derechos y todos, Jueces y justiciables, hemos de someternos a sus principios y mandatos.

Si al Juez se le pide una intervención telefónica por el Ministerio Fiscal, por la policía o por otro cauce distinto, ha de hacer inmediatamente un juicio de valor, siquiera sea provisional o sencillo, sobre la naturaleza penal de los hechos cuyo descubrimiento se pretende, el perfil de los cuales debe serle conocido para utilizar precisamente el principio de proporcionalidad (de ahí la exigencia legal del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal citado de que haya «indicios», requisito esencial y común de los párrs. 2 y 3 de dicho artículo), debiendo, desde ese momento, iniciar aquellas actuaciones que, de acuerdo con la Ley, procedan, fijándose un límite esencial: sólo cabe la intervención para descubrir delitos graves, no en general, sino en función de las circunstancias concretas concurrentes, es decir, excluyéndose los delitos que no lo son, y obviamente, las faltas. Por otra parte, sólo cabe la intervención telefónica cuando no existan otros caminos o vías eficaces menos gravosas para llegar a su descubrimiento y que la intervención sea, en cambio, un procedimiento hábil, en principio, para conseguirlo, y todo ello a través de un auto motivado, lo que está en el centro de la exigencia, que no quiere decir, como ya se anticipó, exhaustividad en la motivación, no necesaria ni acaso posible ni conveniente en muchos casos. Tampoco, por supuesto, la pura formalidad o exteriorización de motivación con expresiones estereotipadas o prácticamente impresas. La exigencia de motivación, ya lo ha dicho la Sala insistentemente, no es una expresión formal, nada lo es en la Constitución, sino la consecuencia de un imperativo inherente a la naturaleza misma de aquellas resoluciones judiciales que adoptan la envoltura de autos o sentencias, que no son ni pueden ser actos de voluntad, sino actos razonados y razonables de un Juez o Tribunal (Ver arts. 141 y 142, de una parte, y 794 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de otra, y básicamente, el art. 120.3 de la Constitución). No es sólo el aspecto pedagógico que con la motivación se alcanza, lo que ya sería importante: que los destinatarios de la resolución conozcan la razón de la decisión, sino también permitir su impugnación en los términos que en cada caso procedan. Si se observa con un mínimo de detenimiento el juego de los motivos de casación por quebrantamiento de forma, se constata que muchos de ellos están dirigidos, precisamente, a conseguir esta finalidad: su eficaz impugnación, si ha lugar a ello; así la exigencia de claridad, de precisión, la llamada predeterminación del fallo, la incongruencia omisiva, etc. Esta idea y las demás ya expuestas con carácter general son íntegramente trasladables al tema objeto de esta resolución.

De esta manera, el Juez debe controlar de forma muy precisa el desarrollo de la autorización concedida, en el sentido de ordenar que se entreguen, tan pronto como sea posible, en el Juzgado, los soportes originales físicos en los que consten las conversaciones intervenidas o las observaciones hechas (en el caso de que se considere que intervención y observación son dos supuestos diferenciables, lo que, en este momento, no interesa dados los términos de lo que se va a decir), en la forma que en cada caso se estime procedente para tomar las correspondientes decisiones y poder realizar, con carácter exclusivo y excluyente, de manera inmediata, la selección de las conversaciones intervenidas y grabadas, desechando aquellas que no afecten al objeto de la investigación, siempre con la vigencia del principio de inmediación y, siendo posible, de contradicción y la obligada presencia del Secretario Judicial.

SEXTO.- Respecto al problema de la divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, por una u otra razón, la Sentencia del TEDH de 24-4-1990 (Caso Kruslin) contempla una situación consistente en una escucha telefónica ordenada por el Juez de Instrucción, en Francia, en el marco de un proceso distinto, y se dice: Las escuchas, aunque fueron efectuadas sobre una determinada línea, condujeron a la policía judicial a interceptar y grabar varias conversaciones del demandante, una de ellas iniciadora de la apertura de diligencias en su contra. Las escuchas constituían, por tanto, se señala, una ingerencia de la Autoridad pública en el ejercicio del derecho del interesado al respeto de su correspondencia y de su vida privada (Ver, también, Sentencias Caso Klass y otros, de 8-9-1978, y Caso Malone, de 2-8-1984). Tal ingerencia, concluye, viola el art. 8 del Convenio en el caso de que «prevista por la Ley» persiga uno o varios de los objetivos legítimos señalados en el párr. 2 y, además, sea necesaria en una sociedad democrática para conseguirla, y estas exigencias, cuando no se dan, suponen la violación del Convenio.

No ofrece duda que el cumplimiento de esta exigencia no debe comportar en la práctica excesivas dificultades. Basta con que, en el supuesto de comprobar la Policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación, a través de interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente.

Los derechos fundamentales tienen un incuestionable poder de expansión. Ni el legislador ni la jurisprudencia pueden contribuir a hacerles perder su esencialidad. Antes, al contrario, ha de contribuirse a la plenitud de su vigencia.

SEPTIMO.- También es importante, para resolver los problemas que se someten a la consideración de este Tribunal, examinar aquellos temas o circunstancias que, de una u otra manera, han sido puestas de relieve por las Defensas en el ejercicio legítimo y siempre respetable de la protección de sus respectivos defendidos ante esta Sala y dar la respuesta que se considera procedente en Derecho, teniendo también en cuenta lo manifestado por el Ministerio Fiscal y las acusaciones en el mismo y respetado derecho de defensa de sus respectivas posiciones.

En primer lugar, respecto al momento procesal en el que la pretensión de declaración de nulidad de la prueba de intervención telefónica o de intervenciones telefónicas ha de ser resuelta. En este sentido hay que remitirse íntegramente al Auto dictado por el Magistrado Instructor el 24-7-1990, absolutamente ajustado a la Ley, culminando así una actividad instructora que hay que elogiar por ser ello de justicia, en cuanto a su precisión, equilibrio y razonabilidad. Tomándolo del Auto referido, procede destacar la finalidad esencialmente preparatoria del juicio oral que corresponde a las diligencias previas, así como su carácter elemental, sumario y de celeridad legalmente exigido (Ver art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Es la propia Ley la que sitúa la cuestión en una determinada fase al prescribir en el art. 793.2 «El juicio oral comenzará con la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa. Seguidamente, a instancia de parte -acaso también de oficio-, el Juez o Tribunal abrirá el turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, etc...».

Lo que ha pretendido la Ley en este procedimiento abreviado, establecido conforme a la Ley Orgánica 7/1988, de 28 diciembre (RCL 1988\2605), ha sido la celeridad y la concentración. En el juicio oral del mismo se incluye una especie de audiencia preliminar, tomado de los sistemas procesales más próximos a nuestra cultura jurídica, que responde a los principios de concentración y oralidad y que pretende acumular

en dicho debate previo una serie de cuestiones que en el proceso ordinario daban lugar a incidencias sucesivas que dilataban el proceso (Ver art. 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Circular núm. 1/1989 de la Fiscalía General del Estado (RCL 1989\965), en relación con el procedimiento abreviado). Que en la práctica, a veces por el número de asuntos pendientes de señalamiento, en muchas ocasiones incluso causas con preso preferentes, y en otros, como en este caso, también por la complejidad de la prueba solicitada, admitida toda para dar satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 de la Constitución), no se puedan resolver los asuntos con la celeridad deseada, es otro tema.

Lo segundo que hay que señalar, en este mismo orden de cosas, es que las irregularidades procesales producidas son debidas en parte a la insuficiencia legislativa en este campo, como ya se ha puesto de relieve, y por la apariencia de gravedad que en un primer momento ofrecían sin el suficiente apoyo las noticias que al Juez facilitaba la policía con la finalidad, sin duda perseguida por ésta, de descubrir una importante red de narcotráfico, una de las manifestaciones más graves de la delincuencia organizada con el terrorismo.

Se produjeron, pues, irregularidades que ya se han puesto de relieve y que han de determinar la nulidad de la prueba obtenida de esta manera. No hubo, en cambio, a juicio de esta Sala, infracción inequívoca de las normas de «reparto» y, en el peor de los casos, si éstas se hubieran producido, podrían tener una explicable causa en los cambios operados como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Planta y Demarcación Judicial (RCL 1988\2606 y RCL 1989\1150), con independencia de los efectos, desde la perspectiva que ahora nos interesa, que tal irregularidad pudiera tener en la determinación del Juzgado de Guardia competente para conocer de las actuaciones, de manera definitiva o en un primer momento a título de medida cautelar. Pero en todo caso, declarada la nulidad, el tema carece de interés práctico.

En lo concerniente a la persona aforada, el art. 2 de la Ley de 9-2-1912, sobre competencia para conocer de las causas contra Senadores o Diputados, establece que si, incoado un sumario por un Juez de Instrucción..., apareciesen indicios de responsabilidad contra algún Senador o Diputado, tan pronto como fuesen practicadas las medidas necesarias para evitar la ocultación del delito..., se remitirán las diligencias, en el plazo más breve posible, al Tribunal Supremo. El art. 71.2.3 de la Constitución dispone que en las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La instrucción y enjuiciamiento de las causas corresponde, por consiguiente, a dicha Sala. Como consecuencia del mandato constitucional se desarrolla esta competencia en el art. 57.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo actuar como instructor un Magistrado de dicha Sala, conforme a un turno preestablecido, de acuerdo con la Ley Orgánica 7/1988, ap. 2, que no podrá formar parte de la Sala juzgadora. Por consiguiente, el Juez de Instrucción ha de limitarse, en estos casos, a practicar las medidas indispensables para evitar la ocultación del delito porque respecto de todas las demás debe ya adoptarlas, si ha lugar a ello, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Y hay que entender que de las indispensables habrá de dar cuenta a dicha Sala tan pronto como se conozca la condición de aforado del presunto imputado, teniendo en cuenta el alto valor y significación que tienen los aforamientos en general, especialmente el de aquellas personas que representan de manera directa e inmediata al Pueblo que las elige, aunque el principio que acaba de señalarse tiene, como acaba de decirse, proyección general. No se trata de privilegio alguno, sino de garantías que la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico establecen en razón a las circunstancias concurrentes, en defensa de la Sociedad y de las Instituciones. El retraso que se produjo en acordar tal remisión, en ningún caso tiene ya interés en reconsiderarse con mayor extensión, dada la decisión tomada en el sentido de declarar la nulidad de las pruebas. Pero en último extremo, no representa la vulneración denunciada porque no hay datos objetivos en las actuaciones que permitan asegurar que el Juez tuvo conocimiento anterior de la condición de Diputado de una de las personas acusadas.

Las Defensas invocan otras anomalías. Así, las detenciones y prisiones decretadas por el citado Juez de Instrucción. El art. 17 de la Constitución exterioriza, en este orden de cosas, otra inquietud esencial en nuestro Ordenamiento: «Nadie puede ser privado de libertad sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley». Aunque, ciertamente, la legislación ordinaria (Cfr. arts. 492 y 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) reconoce a los Jueces un amplio margen de discrecionalidad en esta materia, también en ella ha de regir inexorablemente el principio de proporcionalidad de tal manera que, el hecho que indiciariamente se dibuja como posible y más que como posible como probable, la personalidad del inculpado (Cfr. art. 61.4 del Código Penal) y las demás

circunstancias concurrentes, han de formar parte del elenco de datos que el Juez habrá de tener en cuenta para decidir; y, valorando la importancia de los delitos de cohecho, porque la ética es uno de los presupuestos más esenciales de la convivencia y de ella han de ser ejemplo cuantos ejercen cargos de autoridad en el amplísimo espectro de posibilidades, problema común a todos los Ordenamientos de nuestro entorno cultural y político, lo cierto es que, sin entrar, por supuesto en el fondo del asunto, las penas asociadas y las circunstancias objetivas y subjetivas ofrecían unos caracteres todavía muy imprecisos que pudieron corresponderse con las medidas que, en su momento, se adoptaron, y otro tanto hay que señalar respecto de las incomunicaciones, aunque el art. 508 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiera de manera bastante genérica a «si en la causa hubiere u ofreciere méritos para ello», lo que, a su vez, se relaciona con la designación de Abogado, de acuerdo con el art. 527 de la citada Ley Procesal Penal. Pero, en todo caso, como el tema que ha de debatirse y resolverse es el de la validez o nulidad de la prueba de interceptación telefónica, resulta improcedente por parte de la Sala valorar en detalle determinadas actuaciones que no afectan ya directamente al objeto mismo de la pretensión principal de todas las Defensas, decretada, como lo va a ser, la nulidad de la prueba de interceptación telefónica de la que aquéllas traen causa.

Aún así, procede hacer algunas mínimas observaciones respecto de las detenciones, incomunicaciones y asistencia letrada, siendo obligado establecer los principios generales que más adelante habrán de tomarse en consideración respecto de los hechos acaecidos en este procedimiento.

La intervención de Abogado no sólo es un derecho fundamental del acusado, sino también, por encima de tal derecho, un presupuesto indispensable e imprescindible en determinados momentos y circunstancias del procedimiento penal [Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 5-7-1982 (RTC 1982\42)], lo que conduce a que hayan de ser los Jueces y Tribunales, precisamente y en último extremo, quienes velen por su efectividad.

La presencia del Abogado aparece así como una exigencia respecto a la asistencia efectiva y real de los acusados (Sentencias del TEDH de 9-10-1979 y 5-4-1983).

Este principio tiene validez general en todos los procesos (Ver art. 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado de la Ley Orgánica 7/1988 y los arts. 118 y concordantes para la teoría general). La exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, auténtica pieza maestra de nuestro sistema jurídico procesal, pone de relieve que el carácter individualista del derecho se ostenta en el sistema acusatorio en el cual se encarna el respeto a la personalidad del hombre y a la libertad de conciencia.

El art. 440.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece el principio general según el cual, salvo que la Ley disponga otra cosa, las partes podrán designar libremente a sus representantes y defensores entre los Procuradores y Abogados que reúnan los requisitos exigidos por las leyes. Por consiguiente, la facultad reconocida al inculcado a lo largo del procedimiento de designar libremente Abogado de su elección sólo admite la excepción prevista en el art. 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto al detenido o preso incomunicado, en cuyo caso el Abogado es designado de oficio, lo que no se estima contrario a la Constitución [Sentencias del Tribunal Constitucional 60/1988, de 8 abril (RTC 1988\60) y 196/1987 (RTC 1987\196)]. Con ello se pretende conciliar libertad del inculcado a la elección de Abogado con eficacia de la investigación, pero ello ha de conducir, atendiendo a los valores fundamentales que están en juego, a dar, salvo supuestos de excepción, atendidos los principios constitucionales y la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional, preferencia a la libertad y, suprimida ésta, a la no incomunicación y, por consiguiente, a reducir hasta el límite de lo que puede entenderse plenamente justificado la citada incomunicación. Pero no se puede decir, visto el tenor literal del precepto, que hubiera vulneración de la norma, aunque también aquí sería aplicable, como acabamos de decir, el principio de proporcionalidad para realizar así un ajuste adecuado con los Instrumentos Internacionales suscritos por España [Ver Sentencia del Tribunal Constitucional de 11-12-1987 (RTC 1987\196)]. Con una interpretación limitativamente correctora de las normas de incomunicación puede adecuarse ésta a la Constitución y a los Instrumentos Internacionales citados (Cfr. arts. 2 y 55.2 de la Constitución).

Respecto de la detención y prisión provisional, deberá, desde luego, practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso, dice el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, añadiendo, y ello es

muy importante, en su persona, reputación y patrimonio. Como es bien sabido, uno de los problemas más importantes de la prisión provisional es el efecto estigmatizante que puede producir en quien la sufre, siendo, como es todavía, beneficiario de la presunción de inocencia proclamada en el art. 24 de la Constitución, de ahí la referencia que a este extremo hace el art. 17 de nuestra Ley Fundamental. Por otra parte, el art. 6.3.c del Convenio Europeo dice: «Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección, y si no tiene medios para pagarlo, podrá ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio». Otra cosa son las medidas que puedan tomarse para preservar los intereses legítimos que subyacen en la limitación. Lo que en este caso pudo faltar fue, en último término, la proporcionalidad. Todo el precepto está construido sobre una preocupación de garantía de sus derechos al detenido o preso, así el derecho a designar Abogado y solicitar su presencia para que asista a diligencias policiales y judiciales de declaración... y si el detenido o preso no designa Abogado, sólo en este caso se procederá a su designación de oficio.

La incomunicación de los detenidos o presos sólo podrá durar el tiempo absolutamente preciso para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento (art. 506 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). También en este caso está presente en la Ley Procesal una idea esencial: la excepcionalidad de la medida y, por consiguiente, la menor duración posible cuando la misma sea inexcusable.

Aunque resulte significativamente repetitivo, hay que indicar que la idea de proporcionalidad, es decir, de cumplimiento del principio de correlación entre la medida y la situación, ha de estar constantemente presente en el proceso penal y nunca será excesiva la insistencia en este sentido.

Atendida la decisión que esta Sala adopta no parece necesario profundizar más en el tema, que no se obvia, para dar así respuesta, aunque sea muy general, a los problemas que han sido sometidos a su consideración.

En orden a la no ratificación de los autos de prisión, rige el art. 785, octavo a), en el procedimiento abreviado y, por consiguiente, no es precisa dicha ratificación. La actuación del Juez fue, pues, correcta en este punto.

Por último, hay que señalar que la nulidad de la prueba, a la que se volverá a hacer referencia, ha de proyectarse sobre una actividad probatoria en concreto o sobre varias actividades también especificadas, pero no cabe duda de que, cuando a la irregularidad grave determinante de nulidad se unen o acompañan otras, aunque ofrezcan menor relieve, como en este supuesto acontece, la inoperatividad de la prueba alcanza todavía una mayor dimensión. En definitiva, las garantías que en nuestro sistema procesal penal se establecen y que traen causa muy directa de la Constitución, pueden ofrecerse a la consideración del intérprete bajo una abrazadera común, es decir, en relación con la proscripción de toda indefensión. Prácticamente todas las instituciones garantistas del justiciable, que también lo son de la sociedad, porque potencialmente cualquier persona puede alcanzar la condición de imputado, representan un sistema coherente y armónico tendente a evitar a toda costa la indefensión. Y en este sentido hay que enlazar con lo que se dijo anteriormente. Sólo unas vías son hacederas para el descubrimiento de la verdad real y, además, hay que decir que no cabe hablar de pruebas lícitas que procedan de una prueba ilícita [teoría del árbol envenenado, tan insistentemente recordada por la doctrina científica; ver Sentencia de esta Sala de 29-3-1990 (RJ 1990\2647)]. Se puede tratar, por consiguiente, en estos casos, de una prueba obtenida en forma lícita pero que se ha llegado a ella gracias a conocimientos conseguidos de forma ilícita. Otra solución haría absolutamente estéril el pronunciamiento de nulidad de una prueba porque de ella serían ya obtenibles otros resultados contrarios al inculpado. Por eso es tan importante, cuando se da una prueba ilícita, establecer las fronteras de la prohibición inexorable de obtener de ella consecuencias por la vía indirecta, tratando de evitar, al mismo tiempo, por una parte, la impunidad sólo porque se produjo una nulidad cuando ésta puede ser perfectamente aislada y, de otra, la total ineficacia de la declaración si de ella pueden obtenerse fehaciencias que, de otra manera, no se hubiesen conseguido, lo cual supone la validez únicamente de aquellas que se obtienen con completa independencia de la prueba ilícita. En definitiva, como señala la doctrina científica, lo procedente es aplicar la regla general que proclama la inadmisibilidad e inprovechabilidad de la prueba ilegalmente obtenida, como en este caso se hace.

OCTAVO.- Para una mayor comprensión del problema, es procedente estudiar cómo se desarrollaron los

acontecimientos. Sólo así se alcanza el más completo conocimiento del tema.

La evolución cronológica de las actuaciones judiciales, a los efectos que aquí interesan, es, en efecto y en resumen, la siguiente:

1) El día 28-11-1989, el Jefe Superior de Policía se dirige al Magistrado Juez núm. 14 de Valencia interesando la intervención y escucha del teléfono 351.36.18, cuyo titular es don Rafael P. A., porque desde él «contactan y se citan individuos pertenecientes a una organización de tráfico de cocaína». El mismo día se dicta Auto en el que se dice (sin duda se trata de una pura fórmula de estilo) que «por tener fundadas sospechas que el mismo (no se sabe quien, el paréntesis corresponde a la resolución de esta Sala) es cómplice o autor de una organización de traficantes de cocaína...». Se decreta dicha intervención por período no superior a 30 días a contar del de la fecha y, transcurrido dicho término, se daría cuenta al Juzgado del resultado de la intervención efectuada.

2) El 28 del siguiente mes, es decir, diciembre, la policía se dirige nuevamente al citado Juzgado por oficio y en él se dice «como continuación a las investigaciones que se están llevando a cabo sobre un grupo dedicado al tráfico de cocaína, se le participa que actualmente se está a la espera de que uno de los implicados regrese de Sudamérica, lugar donde ha viajado para concretar los detalles relativos a una importación de cocaína que están intentando efectuar. Por todo ello y como el usuario del teléfono 351.36.18 es parte del grupo que pretende introducir la cocaína en España, se estima conveniente el continuar la intervención y escucha». En el oficio hay una nota manuscrita que dice: «Contesta que no se puede conceder porque en esta fecha ha desaparecido como Juzgado de Instrucción y convertido en Juzgado de lo Penal núm. 3».

3) El mismo día 28, la policía se dirige con otro oficio al Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción núm. 2 (en manuscrito se dice «en funciones de guardia, el día 29») y sin hacer ningún tipo de referencias (lo que, sin duda, era absolutamente inexcusable hacer) a las anteriores vicisitudes, esto es, a la intervención telefónica ya decretada, y sin dar cuenta de lo obtenido con la interceptación que venía grabándose, se pone de relieve otra vez que se están produciendo contactos con individuos pertenecientes a una organización internacional de traficantes de cocaína. A continuación, el Juez dicta el Auto de 29 del citado mes de diciembre, en un impreso en el que sólo se han intercalado las expresiones (desde luego insuficientes) «tráfico de drogas», «BJP», «Estupefacientes», «30 días», accediendo a lo interesado por la policía. En cambio, en el escrito que la policía dirige a la Compañía Telefónica el mismo día 29 de diciembre sí se hace referencia a que se trataba de una prórroga, que fue el dato ocultado al Organo Judicial.

Con estos antecedentes ya se pueden obtener algunas conclusiones, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, en términos siempre de irregularidades objetivas. No hubo, desde luego, contrastables orillamientos patológicos de la competencia ni posicionamientos que hicieran incurrir en parcialidades subjetivas al Juez, que actuó como estimó correcto hacerlo, aunque, en este caso, como otras veces sucede, los Tribunales Superiores modifican las resoluciones de aquéllos cuyas decisiones son objeto de revisión. No hay ningún síntoma claro de vulneración de la institución del Juez legal, es decir, del Juez predeterminado por la Ley, aunque sí indudables y graves irregularidades que coadyuvan a un entendimiento total del problema, en los términos ya expuestos, y a la decisión que aquí se toma. En realidad, como también enseguida se destacará, se ha estado investigando durante bastante tiempo un delito de cohecho cometido por determinadas personas, bajo el amparo inequívoco de una autorización judicial para descubrir uno o varios delitos de narcotráfico que nada tenían que ver con aquél. Además, el segundo Juez, cuando concede la autorización para intervenir el teléfono, desconoce, al menos «formalmente», hay que declararlo así, que se trata de una prórroga de intervención, supuesto distinto de una primera intervención, porque es de presumir que la autoridad judicial concederá o no la prórroga en función de lo descubierto hasta ese momento y de las circunstancias que la policía le comunique, es decir, cuando el 28-12-1989 la Brigada de Policía Judicial (Estupefacientes) solicita permiso para la escucha telefónica, no hay referencia alguna, según ya se ha dicho y repetido, a una prolongación de la ya solicitada y obtenida, sino a una intervención «ex novo», y como también se ha señalado, es muy distinto, en principio, que se conceda una intervención telefónica que una primera, segunda o sucesivas prórrogas, pues según avanza el tiempo, como en una especie de progresión geométrica, el gravamen para el intervenido se acentúa y las posibilidades de captar mensajes o conversaciones íntimas y ajenas a la investigación criminal se hacen

más patentes. El Juez habrá de sopesar las razones que existan para autorizarlas o no autorizarlas, en cuya decisión el principio de proporcionalidad jugará con distintas tonalidades e intensidades pues, como ya se ha dicho, el correlato intervención telefónica-naturaleza de la infracción-gravamen para el intervenido, cambia de perspectivas en función de las circunstancias concurrentes.

Por otra parte, tan pronto aparecen en las conversaciones expresiones que hacen pensar en un delito distinto al de tráfico de drogas, debió ponerse inmediatamente tal dato en conocimiento del Juez porque con tal «novación» del objeto de la autorización hubiera tenido que considerar su decisión, cualquiera que hubiera sido su signo, y otro tanto hay que decir respecto del momento en que aparece en la «pantalla» de las conversaciones un Diputado, en el que el Juez debió enviar las actuaciones a esta Sala, según ya se adelantó, sin perjuicio de reconocer que dicho Juez sólo pretendió, sin duda y nada hay que haga más fiable otra versión, ultimar la investigación dando una interpretación extensiva, aunque desde luego no exacta, a la Ley de 9-2-1912. Se constata un deseo de indagar y de ultimar el desarrollo de la investigación, sin ninguna otra connotación.

4) Es el 14 de enero cuando se hace entrega de dos cintas y desde ese momento el Juez conoce o pudo y debió conocer ya el giro de las investigaciones y es el 29 de enero cuando se resuelve sobre una petición de prórroga para seguir investigando sobre narcotráfico cuando ya es conocida la nueva y presunta realidad de uno o varios delitos de cohecho. Reiteramos, por consiguiente, las consideraciones ya anotadas en los apartados anteriores.

5) El 25-1-1990, cuando el Juzgado núm. 2 dicta Auto de incoación de Diligencias Previas, se redacta sin ningún tipo de precisiones. Hay que entender que factores ajenos a la voluntad de quienes intervenían, pudieron contribuir a una situación procesal no correcta y en parte a unas intervenciones defectuosamente desarrolladas. Pero ello no es obstáculo a su nulidad.

Esta situación, que, desde luego, no contribuyeron a originar los imputados, y las circunstancias adversas, ya citadas, determinaron unas vulneraciones e irregularidades graves y notorias. Así, como ya hemos recordado y ahora lo repetimos para buscar la cohesión a la argumentación que se está llevando a cabo en este Auto, el 29-1-1990 la Brigada de Policía Judicial oficia al Juzgado de Instrucción y, después de los días transcurridos y de la falta de las adecuadas daciones de cuenta al Juez, se le participa que se está a la espera de culminar la importación de una considerable cantidad de cocaína, por lo que se estima conveniente el continuar con dicha intervención y escucha telefónica, y el mismo día, sin más motivación, se concede la prórroga, como ya se vio, referida a la comisión de un delito contra la salud pública en que pudiera estar implicado Rafael P. M., hermano de Salvador. La prórroga se concede por 60 días. Cuando la nueva y aparente o presunta realidad respecto de los hechos era ya sobradamente conocida.

6) El día 5 febrero, se solicita autorización para intervenir el teléfono 369.83.92 de Francisco Javier D. R. con el fin de continuar la investigación de los hechos que nos ocupan y en averiguación de posibles hechos delictivos. En esa misma fecha se concede la intervención solicitada y el 13 del mismo mes se solicita y acuerda el cese de la misma, sin más explicaciones.

7) El 5 febrero, Inspectores de Policía entregan en el Juzgado cierta documentación y la transcripción mecanográfica de las cintas núms. 2 y 3. Posteriormente, los días 22 marzo, 6 abril y 10 del mismo mes, la Brigada de Policía Judicial hace entrega de las cintas magnetofónicas 4, 5, 6 y 7 así como de sus transcripciones mecanográficas. El día 26 marzo se dicta Auto de intervención telefónica de Rafael P. con referencia a la comisión de un delito contra la salud pública en que pudiera estar implicado el mismo.

8) El día 26 marzo se pide otra vez prórroga de la intervención telefónica y de nuevo vuelve a insistirse en el tema del narcotráfico que en aquellos momentos está, eso por lo menos parece deducirse de todo lo actuado, superado desde el punto de vista que ahora nos interesa, dado el giro que han tomado precisamente las conversaciones telefónicas en el sentido ya indicado.

El 10 abril, mediante Auto, se acuerda dejar sin efecto la prórroga de la intervención autorizada el 26 marzo y se ordena su levantamiento. El 12 del mismo mes se hace constar una conversación telefónica del Juez con el Inspector Jefe de la Brigada de Policía Judicial en la que se pone de manifiesto que la investigación relativa a un posible delito contra la salud pública, en la que aparece presuntamente

implicado Rafael P., sigue su curso en conexión con otras personas sobre las que se siguen actuaciones en otros juzgados.

Como se ve, se está dando, volvemos a decir que en términos objetivos, un mantenimiento de medidas respecto a situaciones no existentes porque, al alterarse de manera notoria, desde el punto de su exteriorización formal, el contenido de la investigación, se altera o puede alterarse, al menos, el posible signo de la decisión judicial y la temporalidad de la intervención que cesa finalmente el 12 abril. El principio de legalidad tiene un ámbito de extensión amplísimo. Todas las instituciones han de sujetarse a él, más todavía si cabe, en el Derecho penal, en contra del reo o del presunto inculpado. También, por supuesto, en materia de intervenciones telefónicas. Ya hemos dejado constancia de los principios en que se inspira nuestra Constitución y las Convenciones Internacionales en esta materia.

Otras varias anomalías se ponen de relieve por parte de las Defensas que, después de lo indicado, quedan ya sin interés desde la perspectiva de esta resolución y de las pretensiones articuladas ante esta Sala.

Además de referirse a la prueba ilícitamente obtenida y a la no motivación de los correspondientes autos concediendo o autorizando las intervenciones telefónicas solicitadas por la policía, se destaca, y con ello entramos en otro de los temas para tratar de dar respuesta a todos los problemas planteados, la no incoación de diligencias judiciales en el momento mismo de la autorización para la interceptación de las conversaciones telefónicas, la disociación entre titular del teléfono y la persona «sospechosa», la tardía comparecencia ante la Autoridad Judicial de los Agentes de Policía el 19 enero, desde el 28 noviembre en que se solicitó del Juzgado de Instrucción núm. 14 de los de Valencia la intervención, la irregular autorización «verbal» del Juez para seguir interviniendo el teléfono cuando ya se conoce la disociación entre el delito aparentemente investigado y el que se ofrece como real desde el punto de vista de la investigación y, por consiguiente, la utilización indebida de la llamada autorización verbal frente a lo que debió ser un auto, es decir, una resolución motivada. Muchas de las cuestiones han sido tratadas; a ellas nos remitimos.

En relación al acuerdo verbal, no puede ser tachado de incorrecto porque no se trataba de una nueva intervención, innecesaria, sino de la pura expresión formal, oral, de lo que se recibía y del mantenimiento de lo ya acordado.

También se pone de relieve, y ahora se recuerda la alegación para configurar el cuadro sobre el que este proceso se ha desarrollado, que los días 13 febrero y 22 marzo se recabaron informes a distintas entidades bancarias sobre el estado de las cuentas corrientes de Salvador P. M., cuando la prórroga concedida por el Juzgado de Instrucción núm. 2 no autorizaba más que a intervenir las comunicaciones de Rafael, hermano de Salvador. Es sólo en la segunda prórroga, se dice, cuando se hace referencia a la posible implicación de otro hermano. Todo ello es consecuencia de las irregularidades ya puestas de relieve.

En este sentido se insiste en la significación de la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la Constitución Española que sólo puede ser destruida por prueba que haya llegado con las debidas garantías al proceso. A lo dicho por las partes hay que añadir que es en el juicio oral donde la prueba alcanza su verdadera significación porque él es el centro del proceso mismo y donde el sistema de garantías cobra especial relevancia, teniendo en cuenta que nada llega probado a dicho acto de juicio oral; en definitiva, como señala la doctrina científica, las garantías han de hacerse realidad en sede de obtención de los elementos que permiten la reconstrucción de los hechos y su introducción en el proceso [Sentencias del Tribunal Constitucional 114/1984, 21-5-1986 (RTC 1986\64), 24-9-1986 (RTC 1986\109) y 9-4-1987 (RTC 1987\44)]. Pero ello supera el ámbito de esta resolución.

Respecto a la competencia, es lo cierto, como ya se dijo, que la alteración de la estructura orgánica de los Juzgados contribuyó a determinadas irregularidades, como suele suceder con todo cambio, pero ello no puede hacernos desconocer la entidad y significación de las mismas. La transcripción mecanográfica de la cinta magnetofónica núm. 1, producto de la referida intervención telefónica, se entregó por la Brigada de Policía Judicial de Valencia al Juzgado de Instrucción núm. 2 de dicha capital el 29 enero, es decir, dos meses después de dictado el primero de los Autos que autorizaban la correspondiente interceptación.

Las circunstancias anteriormente expuestas, unidas a las que ahora se citan, conducen a la conclusión de

que las pruebas obtenidas a través de las intervenciones telefónicas, como ya se anticipó, fueron radicalmente nulas. Las resoluciones que las acordaron carecieron de verdadera motivación, los contenidos o finalidades de la intervención se desviaron en el curso de los acontecimientos, pese a lo cual no se produjo un conocimiento en tiempo oportuno del Juez de Instrucción y hubo en estas circunstancias evidente desproporción entre las medidas, en plural, tomadas, y las finalidades que, en un orden racional de las cosas, pudieran obtenerse de las citadas medidas que han de ser excepcionales y proporcionales al fin.

NOVENO.- El sistema normativo, al que enseguida haremos referencia, conduce, por consiguiente, a la declaración de nulidad de la prueba obtenida por medio de las intervenciones telefónicas que se llevaron a cabo con vulneración del derecho fundamental proclamado en el art. 18.3 de la Constitución, en relación con los arts. 24.2 y 117.3 de la misma Ley Fundamental, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración, así el que no haya lugar a la práctica de prueba solicitada consistente en la audición de las cintas magnetofónicas soporte de las conversaciones intervenidas, ni a la práctica de la prueba pericial propuesta, que carece ya de objeto. Tampoco podrán practicarse los otros medios de prueba que sean consecuencia de las referidas conversaciones, pues sólo así se produce el efecto querido por la Ley cuando de nulidades radicales se trata, cabiendo sólo, por tanto, respecto de las acusaciones, utilizar pruebas, si estiman que disponen de ellas, distintas de aquellas que se declaran nulas, sin que, obviamente y por tanto, puedan tampoco servir como apoyo de sus pretensiones, directa o indirectamente, las pruebas cuya nulidad radical se declara (arts. 11.1, 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Otro de los efectos de esta declaración será la destrucción inmediata de todas las cintas y de sus transcripciones mecanográficas, en presencia, si lo desean, de las partes y con intervención, por supuesto, del Secretario Judicial que dará fe de su destrucción, quedando mientras tanto bajo su custodia.

Aunque no es posible una «restitutio in integrum», en el sentido amplio de la expresión, es procedente tomar tales decisiones para evitar, en la medida de lo posible, los efectos nocivos y no queridos por la Ley de las pruebas declaradas nulas. El secreto de las comunicaciones tiene un carácter formal en el sentido de predicarse de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no al objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (Ver Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 noviembre). Tal secreto fue desconocido en estas actuaciones. Por otra parte, la autorización judicial, como ya se dijo, no fue típica en el sentido de señalar, como debió, las características de la intervención, lo que supone falta de especificidad, es decir, carencia de fijar el diseño aunque provisional del delito en cada momento y de sus partícipes, sobre todo cuando el teléfono intervenido no pertenecía a la persona sobre la que recaían las sospechas y sobre todo, hay que insistir en ello, en no fijar de manera concreta el cambio sustancial que se produjo, bien pronto, en el curso de las investigaciones, pasando de referirse a un grupo de narcotraficantes de cocaína, al parecer en una operación de importación significativa, a un delito de cohecho, cuya gravedad y características, al menos a los efectos de la intervención, sólo el Juez podía y debía determinar.

En todo caso, no procede decretar el sobreseimiento libre ni el archivo como se ha pedido, porque la exclusión de la prueba de interceptación telefónica que se declara nula no significa, sin más, carencia de prueba o vacío total probatorio. Si existe o no otra prueba será algo a decidir, desde las respectivas posiciones por las acusaciones y, en definitiva, en el trámite procesal adecuado, por esta Sala.

En estas circunstancias sólo resta dar cuenta con brevedad del sistema normativo que la Sala ha tenido en cuenta a la hora de tomar la decisión que, adelantada ya, se concreta en la parte dispositiva de esta resolución en los términos adecuados y precisos.

DECIMO.- Las normas que conforman el sistema general respecto de la interceptación de conversaciones telefónicas en garantía de los derechos fundamentales de las personas, es éste en sus líneas más importantes:

1) Los arts. 9.3, 10.1 y 2, 14, 18.3, 24.1 y 2, 55.2 y 96.1 de la Constitución.

2) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales, de 4-11-1950, especialmente el art. 8, ratificado por España en Instrumento de 26-9-1979.

3) La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10-12-1948 (ApNDL 3626), especialmente el art. 12.

4) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16-12-1966 (RCL 1977\893 y ApNDL 3630).

5) El art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los preceptos concordantes en cuanto todos ellos, incluida la Exposición de Motivos, sirven de pauta para su adecuada interpretación.

6) Los arts. 11.1, 238 y 240 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

7) El art. 6.3 del Código Civil.

8) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de esta Sala Penal del Tribunal Supremo.

UNDECIMO.- Respecto de la prueba propuesta en el acto de la vista por la Acusación particular que ejercita «La Unitat del Poble Valencià», no ha lugar a su práctica. Toda ella, tanto en la solicitud de aportación a estas actuaciones de un Editorial del periódico «El País», como a la declaración del Excmo. Sr. Ministro don José B. y otras personas en concepto de testigos, en relación con una presunta convocatoria de grupos u organizaciones políticas, viene referida de manera muy genérica a un problema de determinadas conversaciones, sin que, por consiguiente, pueda tener interés ni incidencia alguna en este procedimiento, en el que se juzgan actuaciones muy concretas y específicas de las personas acusadas, a las que no hubo tampoco precisa referencia en la citada petición.

En resumen, las vulneraciones que determinan la nulidad de la prueba de intervención telefónica y sus consecuencias, son éstas:

I. VULNERACIONES.

1.) No exteriorización de indicios. Falta de motivación efectiva.-La no exteriorización, formando parte de la motivación de los correspondientes Autos (tanto del dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 14, después convertido en Juzgado Penal, como de los que lo fueron por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Valencia), de los indicios existentes, a juicio del Juez, que pudieran justificar una medida tan especialmente restrictiva de Derechos Fundamentales, como lo es la interceptación telefónica, sin que la simple sospecha policial, que se ofrece, en principio, como cobertura de la resolución judicial, pueda ser suficiente.

2.) Ausencia de control.-La carencia, prácticamente total, de cualquier tipo de control judicial respecto a la realización efectiva de la intervención del teléfono afectado, a través, por ejemplo, de un examen de las conversaciones grabadas en períodos razonables para comprobar la progresión de la investigación, en este caso policial, y siempre bajo la vigencia inexcusable del principio de proporcionalidad cuya existencia sólo se puede constatar a través, precisamente, de la motivación, decidiendo la necesidad o no, en los términos expuestos, de continuar sucesivamente, a través de prórrogas, la intervención/observación que ha de tener también un límite razonable en el tiempo, siguiendo los principios de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.) Periodicidad del control. Efectos.-Una vez grabadas en las correspondientes cintas las conversaciones, el Juez debe proceder periódicamente, en los términos que prudencialmente fije, en función de las circunstancias concurrentes, a su examen en presencia del Secretario Judicial y decidir, oídas que hayan sido las voces transcritas, lo procedente, ordenando la continuación o no de la intervención y fijando, en su caso, las oportunas pautas de comportamiento para quienes hayan de ejecutar la medida.

Si ordena el cese de la medida, deberá ponerse en conocimiento de la persona o personas afectadas la operación llevada a cabo (y, en este supuesto, el titular del teléfono, de profesión médico, como ya se indicó, podía tener o tenía un interés legítimo relevante en la reserva de las comunicaciones, dada su actividad profesional), para que desde ese momento ejercite las acciones, si lo desea, que puedan corresponderle. Nada de esto se hizo.

Sólo en casos excepcionales podrá mantenerse el secreto hasta ultimar la investigación y no frustrar el interés legítimo que con ella se persigue (Ver Sentencia del TEDH de 6-9-1978, Caso Klass), aunque con el inexcusable límite temporal del fin de la misma investigación, porque en un proceso penal nada puede permanecer en secreto cuando llega el momento esencial del enjuiciamiento en el correspondiente juicio oral al que, además, nada llega probado. No hay razones para considerar que en el caso enjuiciado fuera necesario.

4.) Disociación entre autorización e investigación.-Como consecuencia de cuanto queda dicho en anteriores fundamentos jurídicos, hubo vulneración del derecho a la intimidad y, más sencillamente aún, al secreto de las comunicaciones, en general, y de las telefónicas, en particular, además de lo ya manifestado, es decir, una nueva vulneración cuando en el desarrollo de la interceptación, inicialmente acordada, aparece como posible un delito o unos posibles nuevos delitos, en cuyo momento, distanciada la investigación, en este supuesto concreto respecto del tráfico de drogas, y aproximada, en cambio, en relación con otro de cohecho o, en general, de determinadas corrupciones, la Policía debió, de manera inmediata, sin solución de continuidad, ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción autorizante/ordenador de la interceptación a los efectos consiguientes, entre ellos el de examinar su propia competencia y la exigencia de proporcionalidad, pues en otro caso la autorización, de hecho, se transforma en una especie de prospección del comportamiento genérico de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo que no es aceptable. No son correctas las autorizaciones genéricas, ni tampoco, sin la nueva y expresa autorización del Juez, es correcto mantener la intervención/observación cuando se descubre que el nuevo y presunto delito que se dibuja por la telefonía es independiente del que fue objeto de la inicial autorización. Tales situaciones, si no son controlables y controladas de manera directa por el Juez, provocan o pueden provocar el completo desconocimiento del principio de proporcionalidad, que no se sabrá nunca si existe o no. Se autoriza, por ejemplo, respecto a un posible asesinato y se continúa en relación con un robo. Da lo mismo la naturaleza de las respectivas infracciones, lo decisivo es que el Juez las valore individualizadamente.

5.) Entregas de copias, no de originales.-También hay vulneración por no ajustarse la medida a una interpretación, de acuerdo con la Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico, respecto al art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El hecho de que las cintas entregadas al Juzgado no sean las originales, sino copias, y, a su vez, éstas representen una selección verificada por la Policía sin control judicial alguno, es una grave violación del sistema. Actuando así, el Juez no puede captar con plenitud de conocimiento el significado del conjunto de las conversaciones, muchas veces en relación de interdependencia. Y no cabe argumentar que al Juez no le resultará posible oír horas y horas de conversación porque ello supondría abandonar el resto de sus importantes tareas judiciales, y no lo es porque se trata de que el Juez, asesorado, si lo estima oportuno, de los expertos y en presencia del Secretario Judicial, en cuanto dador en exclusiva de la fe pública en el ámbito judicial, seleccione, en la forma que estime oportuna, lo que interesa a la investigación por él ordenada y mantenga el resto bajo la custodia de dicho Secretario, impidiendo cualquier conocimiento no deseado ni deseable de aquellas conversaciones ajenas al propósito de la interceptación y haga cesar de manera inmediata dicha intervención cuando no interese a los fines legítimos de la averiguación de un delito grave, cuya gravedad ha de ser siempre proporcional a la invasión de la intimidad, en principio intolerable, de las vidas privadas. Otra cosa distinta, que nadie pretende, es que el Juez haya de estar en observación continua y permanente, lo que, con toda obviedad, no sería posible.

6.) Constatación de la proporcionalidad. No la hubo.-Sobre estas coordenadas hay que observar la proporción y la desproporción existente entre las medidas cautelares adoptadas y la finalidad perseguida. En este caso, uno y otro delito, el tráfico de drogas y el cohecho, objeto inicial el primero de la investigación, apareciendo después, todo bajo presunciones (no puede olvidarse jamás el principio constitucional) el segundo, eran graves y de trascendencia social evidente. Pero no se puede decir frente a ningún delito: todo está permitido. El Juez, garante esencial de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, debe examinar cada infracción con las circunstancias que la acompañan y decidir, valorando si los objetivos legítimos de la investigación, enjuiciamiento y, en su caso, condena, merecen en ese concreto supuesto el sacrificio de otro bien jurídico, especialmente valioso como es la dignidad, la intimidad y la libertad de la persona, como esta Sala viene fijando en sus resoluciones en orden a la defensa siempre y para todos de estos valores esenciales. Y el Juez de Instrucción de Valencia desconoció, hasta muy adelantadas las tomas de las conversaciones, el giro de las mismas y, por consiguiente, el

correlato pudo no existir y, desde luego, no pudo exteriorizarse.

7.) Determinación de la medida y sus límites.-Se entienda o no que la observación telefónica es una intervención atenuada respecto de la intervención (el que puede lo más puede lo menos y todo Juez, en vista de las circunstancias, puede ordenar un control reducido del teléfono a base de conocer sólo las llamadas que se realizan desde un teléfono o a ese mismo teléfono), debe la autoridad judicial precisar en qué habrá de consistir la medida, procurando que su realización se lleve a cabo con el mínimo de gravamen para la persona afectada, evitando, en la medida de lo posible, la ingerencia respecto de aquellas otras personas no sometidas a intervención (en el caso que nos ocupa, el titular, padre del afectado, era médico).

II. CONSECUENCIAS.

1.-Todo ello conduce a la declaración de nulidad de las pruebas y, como tal declaración arrastra la nulidad de aquellas otras que traen causa directa o indirecta de las mismas, en los términos ya establecidos en los anteriores razonamientos jurídicos, no es necesaria una exposición detallada de cada uno de los conceptos supuestos, sin duda complejos, que se han sometido a la consideración de la Sala pero subordinados a la pretensión principal, lo que no obsta a que se hayan hecho determinadas consideraciones generales como respuesta obligada a las solicitudes de Defensas y a las correspondientes impugnaciones de las Acusaciones, así respecto de las detenciones, a las prisiones provisionales y a las incomunicaciones.

2.-Las restricciones de los Derechos Fundamentales. Así como la Constitución tiene valor normativo, al menos en materia de derechos fundamentales cuando los reconoce, perfilando su esfera de ejercicio, no cabe decir lo mismo, viene diciendo la más autorizada doctrina científica, respecto de sus posibles restricciones o fronterización, es decir, de sus contornos limitativos, dado que el texto constitucional no desciende, porque no puede hacerlo, teniendo en cuenta su naturaleza de Carta Magna, a una concreta y específica regulación de los casos en que las limitaciones pueden producirse y en la forma en que hayan de llevarse a cabo.

Pues bien, en sede de intervenciones telefónicas, las limitaciones, a las que acabamos de hacer referencia, vienen establecidas, desde luego insuficientemente, en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que condiciona la legitimidad de la intervención a la presencia de estos requisitos: a) Que sea el Juez quien la acuerde. b) Que lo haga mediante una resolución motivada en los términos ya vistos, es decir, exteriorizando de manera suficiente el proceso de reflexión interna que le lleva a tomar, en correspondencia con el principio de proporcionalidad, tan excepcional y grave medida. c) Unido a lo anterior, que haya indicios (referidos al hecho antecedente y al camino que ha de recorrerse para llegar a su conocimiento), es decir, probabilidad de obtener por este medio el descubrimiento o comprobación del hecho o de una circunstancia de éste, y d) Que aquél o ésta sean importantes en la causa, lo que impide, como ya se indicó, la interceptación prospectiva o en busca genérica de infracciones penales.

A su vez, todo ello ha de interpretarse dentro de la idea central de la profunda significación de los Derechos Fundamentales, cimiento del Estado de Derecho.

3.-Todo cuanto queda dicho constituye, en resumen, el resultado del examen, en términos exclusivamente jurídicos, sin ninguna otra connotación, de lo que ante este Tribunal de Justicia se ha denunciado como práctica de una prueba ilegal examinada desde el punto de vista constitucional y, por consiguiente, la solución que en iguales términos procede, desde la perspectiva procesal, básica siempre y más, si cabe, en este sector jurídico-penal en el que desarrolla su actividad esta Sala. Nada más.

Por ello, hay que insistir en que en un Estado de Derecho, como el nuestro, corresponde a los Jueces penales descubrir la verdad sólo a través de los procedimientos legalmente establecidos, conforme a la Constitución y en función de ella interpretados, así como de los correspondientes Instrumentos Internacionales, y no de otros medios no ajustados a la legalidad por mucho y noble que pueda ser el interés de descubrir la verdad histórica o real.

El procedimiento, la forma, la manera de actuar, el camino seguido, es siempre parte esencial del contenido, del fin alcanzado.

La forma, se ha dicho, es el tránsito de la intimidad subjetiva a la exteriorización objetiva. Por ello, el Derecho privado concede una especial significación a la forma. Prolongando esta idea al Derecho procesal, podemos decir que sólo la legitimidad de la forma en el hallazgo de la realidad jurídica-penal sustantiva justifica la misma legitimidad respecto del correspondiente contenido punitivo.

Con esta decisión esta Sala no prejuzga nada. Únicamente afirma que la prueba de intervención o captación de conversaciones telefónicas es radicalmente nula por haberse realizado con vulneración de Derechos Fundamentales y, por tanto, sobre ella, y sobre aquellas que traen causa directa o indirecta de la misma, no puede construirse una condena.