

ciudades típicas desaparecen con la L.S.S. de 1966, momento a partir del cual los grados de incapacidad se fijan teniendo en cuenta su efecto sobre el trabajo. Pero aunque la jurisprudencia consideró por lo general derogadas las normas definidoras de los diferentes grados de incapacidad del Reglamento de accidentes de trabajo citado (Sentencias del Tribunal Supremo 21 de diciembre de 1977 y 5 de marzo, 12 y 13 de mayo de 1982), lo cierto es que aquellas normas se siguieron utilizando con posterioridad por la propia jurisprudencia como inspiradoras, orientadoras o con carácter indicativo, hasta fechas relativamente recientes (por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo, de 15 de enero y 29 de junio de 1987). Pero incluso en ese contexto existen Sentencias del Tribunal Supremo en las que la pérdida de visión de un ojo no da lugar a la declaración de incapacidad total (así, Sentencias del Tribunal Supremo, de 30 de noviembre de 1981 y 22 de abril de 1982, ciertamente en supuestos de profesión distinta a la del demandante).

El anterior desarrollo argumental conduce con toda claridad a excluir que el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo impugnado en amparo haya vulnerado el principio de igualdad en aplicación de la Ley (art. 14 CE).

3. Igualmente hay que rechazar que el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo recurrido haya lesionado el art. 24 CE.

En primer lugar, ninguna relevancia constitucional tiene el dato de que se trate de un Auto y no de una Sentencia, reproche que la demanda de amparo parece formular, como advierte el Ministerio Fiscal. Como aquí ha ocurrido, y previa audiencia del recurrente y del Ministerio Fiscal, el art. 223 LPL permite a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo inadmitir el recurso de casación para la unificación de doctrina mediante Auto motivado en el supuesto, entre otros, de que la pretensión carezca de contenido casacional.

Apreciación de carencia de contenido casacional que corresponde realizar, en principio de forma exclusiva, a aquella Sala, pues con reiteración hemos dicho —en general respecto de los recursos (por todas, STC 37/1995) y específicamente en relación con el recurso de casación para la unificación de doctrina (por ejemplo, STC 141/1994)— que únicamente al Tribunal Supremo compete controlar el cumplimiento por el recurrente de los requisitos legalmente establecidos para acceder o interponer el recurso. La cuestión sólo tiene relevancia constitucional si se trata de una inadmisión arbitraria, inmotivada o infundada, fruto de un error patente o dictada *intuitu personae*, lo que no puede decirse que sea el caso del Auto recurrido en amparo. Por el contrario, este Auto realiza una aplicación razonada y motivada de la causa de inadmisión prevista en el art. 223 LPL. Inadmisión que se funda en la dificultad de que en materia de calificación de la invalidez exista la identidad legalmente exigida en la singular y excepcional vía que constituye el recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 217 LPL). Criterio, como se ha visto, que cuenta con amplios precedentes y que ha sido seguido ininterrumpidamente con posterioridad por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Hay que hacer notar, en todo caso, que el Auto del Tribunal Supremo no llega a afirmar que nunca puede haber identidad en caso de invalidez, sino que dicha identidad difícilmente llega a plantearse. En consecuencia, y frente a lo que parece entender la demanda, el Tribunal Supremo no está excluyendo radical e incondicionadamente los supuestos de invalidez del ámbito del recurso de casación para la unificación de doctrina. Ello ha de permitir a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo unificar doctrina en materia de invalidez en

el supuesto de coincidencia sustancial de los extremos fácticos y demás elementos contemplados en el art. 217 LPL, lo que tendrá que examinarse en cada caso con cuidado sin partir apriorísticamente de la imposibilidad o inexistencia de coincidencia por tratarse de supuestos de invalidez.

Pero ocurre que en el presente supuesto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a quien corresponde hacerlo de forma exclusiva, no aprecia la existencia de coincidencia entre las lejanas en el tiempo —lo que ya se ha dicho que no es irrelevante— Sentencias de contraste del Tribunal Supremo y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que, confirmando lo resuelto por el Juzgado de lo Social, declaró al solicitante de amparo en situación de incapacidad permanente parcial y no en situación de incapacidad permanente total, como inicialmente hizo el I.N.S.S. y ha pretendido en todo momento el demandante.

Obvio es decir, finalmente, que la cuestión de si la pérdida de la visión total de un ojo del demandante merece la calificación de incapacidad parcial o total para la profesión habitual no compete dilucidarla a este Tribunal, por tratarse de un problema de estricta legalidad ordinaria que corresponde determinar exclusivamente a los órganos judiciales (art. 117.3 CE) a la vista de todas las circunstancias concurrentes en cada caso.

#### FALLO

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado.

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

Dada en Madrid, a veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y seis.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—Vicente Gimeno Sendra.—Pedro Cruz Villalón.—Enrique Ruiz Vadillo.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Javier Delgado Barrio.—Firmados y rubricados.

**9370** *Sala Primera. Sentencia 54/1996, de 26 de marzo de 1996. Recurso de amparo 79/1995. Contra Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en casación, que confirma la anterior. Vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Alvaro Rodríguez Bereijo, Presidente, don Vicente Gimeno Sendra, don Pedro Cruz Villalón, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Javier Delgado Barrio, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 79/95, interpuesto por don José Antonio de la Hoz Uranga, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Lydia Leiva Caverro bajo la dirección de la Letrada doña Carmen Lamarca Pérez, contra las Sentencias dictadas por la Sección Primera de la Audiencia Nacional el 3 de febrero

de 1994, y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 17 de noviembre de 1994. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado ante el Juzgado de Guardia de Madrid el día 7 de enero de 1995 y registrado en este Tribunal el 10 siguiente, la Procuradora de los Tribunales doña Lydia Leiva Cavero, actuando en nombre y representación de don José Antonio de la Hoz Uranga, y asistida por la Letrada doña Carmen Lamarca Pérez, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Nacional, de 3 de febrero de 1994, y contra la Sentencia dictada en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 17 de noviembre de 1994, que confirma la anterior.

2. La demanda, en síntesis, se basa en los siguientes hechos:

a) El día 20 de mayo de 1987, se incoaron por el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 diligencias previas núm. 108/87, por el delito de detención ilegal de don Andrés Gutiérrez, que finalmente fueron sobreesididas provisionalmente y archivadas por Auto de 28 de junio de 1990, al no poderse establecer la autoría de los hechos.

b) En las mismas fechas y por el mismo Juzgado se incoaron diligencias previas núm. 106/87, en relación con las actuaciones realizadas en las diversas escuchas telefónicas, acordadas por la detención ilegal del señor Gutiérrez.

c) El día 13 de enero de 1989 el demandante fue citado a declarar en las diligencias previas 154/89, incoadas en relación con el secuestro del señor Revilla. Nuevamente es llamado a declarar el 7 de mayo de 1990, en el que se le interrogó en relación con la detención del referido señor Gutiérrez.

d) De las referidas diligencias 154/89 se deduce testimonio y se incoan las diligencias previas núm. 150/90, contra el actor por presunto delito de colaboración con banda armada en relación al secuestro del señor Gutiérrez. En tales diligencias se autorizó una intervención telefónica desde el 7 al 14 de febrero de 1991. Las referidas diligencias previas se transformaron posteriormente en sumario 29/90 por Auto de 29 de noviembre de 1991.

Finalizada la fase sumarial, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular dirigieron escrito de acusación contra el demandante imputándole la comisión de un delito de detención ilegal (arts. 480 y 481 del Código Penal), agravado en atención a lo dispuesto en el art. 57 bis a), por tratarse de delito cometido por banda armada o terrorista.

Emplazada su defensa el 6 de octubre de 1992 para que articulase la calificación provisional de los hechos, el 23 de noviembre del mismo año planteó ante la Sala artículo de previo pronunciamiento de declinatoria de jurisdicción, por entender que la Audiencia Nacional no era competente para el conocimiento del asunto. Según afirma la demanda, consciente de que la citada cuestión previa había sido presentada fuera de plazo, el actor intentó justificar tal extremo con base a la notable extensión del sumario y a la reciente notificación de un informe pericial, lo que hacía insuficiente el plazo de tres días previsto por el art. 667 de la L.E.Crim.

e) Por providencia de 27 de noviembre de 1992, la Sala admitió este incidente, según dice el actor, «para no restringir el derecho de defensa del procesado» y,

a partir de ese momento lo tramitó y resolvió en sentido desestimatorio mediante Auto de 4 de febrero de 1993, sin que durante su sustanciación de las partes acusadoras opusieran nada respecto a la extemporaneidad de la pretensión. Contra el citado Auto, el demandante presentó escrito ante la Audiencia Nacional anunciando su intención de recurrir en casación y la Sala, por medio de nuevo Auto de 18 de febrero de 1993, resolvió que por haber incurrido con la admisión del citado artículo de previo pronunciamiento en un defecto procesal causante de nulidad, se diese traslado a las partes por si procede decretar la misma. Por Auto de 4 de mayo de 1994 se acordó la nulidad de lo actuado contra la que se interpuso recurso de amparo, que fue inadmitido por providencia de la Sala Segunda de 25 de octubre de 1993.

f) Celebrada la correspondiente vista oral, la defensa solicitó la nulidad de la prueba de escuchas telefónicas, en cuanto obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

g) El día 3 de febrero de 1994, la Sección Primera de la Audiencia Nacional dictó Sentencia condenando al demandante a la pena de ocho años y un día de prisión mayor, accesorias, costas e indemnización como cómplice de un delito de detención ilegal, bajo rescate y con duración de más de quince días.

h) Interpuesto recurso de casación por vulneración de la presunción de inocencia y error de hecho en la apreciación de las pruebas, por infracción de Ley del art. 849.1.º L.E.Crim. y por quebrantamiento de forma, fue desestimado por Sentencia de la Sala Segunda de 17 de noviembre de 1994.

3. En la demanda de amparo se denuncia, en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 24.1 CE. El origen de esta infracción estaría en que la circunstancia de haberse tramitado la causa en un sumario distinto al incoado por el mismo hecho, lo que, en opinión del recurrente, infringe lo dispuesto en el art. 300 L.E.Crim. y supone una infracción no subsanable de las normas esenciales de procedimiento que genera la nulidad de pleno derecho a tenor de lo establecido en el art. 238.3 LOPJ, al haberse producido indefensión.

En segundo lugar, se estima infringido el mismo derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE, el derecho a la presunción de inocencia así como al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), debido a la utilización como prueba de cargo de la observación telefónica, prueba que se considera ilícita por múltiples razones: por incumplir el requisito de motivación, al tratarse de un simple modelo estereotipado, por faltar el correspondiente control judicial, pues no se determina el período temporal de la misma, por la entrega al Juzgado de copias y no de cintas originales lo que impide que haya constancia de que el contenido de ambas sea inédito, por la selección y transcripción de conversaciones por la policía sin intervención judicial y sin audiencia de las partes, y por la falta de aportación a los autos de otras grabaciones realizadas por los mismos hechos. Asimismo, se estima infringido tales derechos constitucionales debido a la nulidad de la prueba pericial de identificación de la voz que fue realizada sobre la intervención telefónica, que se sostiene en la medida que todas las pruebas se practicaron sobre las copias y no sobre las cintas originales, en las que pudo existir algún tipo de manipulación.

En tercer lugar, se invoca la infracción del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE, por la inexistencia de pruebas de cargo válidas, pues, aparte de las escuchas telefónicas nulas, de las decla-

razones testificales prestadas no se deduce la intervención en los hechos del actor. También se citan como infringidos los principios de oralidad e inmediatez por no haberse concedido valor a determinados extremos de las declaraciones de los testigos prestadas en el plenario.

En cuarto lugar, se aduce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia por haber declarado las Sentencias impugnadas que la detención ilegal fue realizada por la organización ETA, cuando la causa incoada por tal hecho fue sobreescaída y archivada y porqué la única prueba de cargo no fue ratificada en el plenario respetando los principios de inmediatez y de oralidad, y además, se afirma que ninguna de las pruebas practicadas, que expone en su escrito, permite deducir la participación del actor en los hechos. Se afirma, igualmente, que tampoco puede tomarse en consideración el Informe emitido por el Servicio Central de la Policía Científica, al no estar debidamente ratificado en autos, y al no haberse practicado por dos peritos como requiere expresamente la legislación vigente.

Asimismo se fundamenta la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a las garantías penales en que el actor fue condenado como cómplice de un delito de detención ilegal, y no por el de colaboración con bandas armadas, en virtud de lo previsto en el art. 68 C.P. lo que infringe el principio *in dubio pro reo*. Y también se estima infringido tal derecho por la falta de motivación en la aplicación del principio de especialidad, pues, en todo caso, el Tribunal siempre debe interpretar el art. 68 C.P. en favor del reo.

La queja constitucional también se basa en la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, por cuanto entre la producción de los hechos y el inicio de la tramitación de la causa transcurrieron casi cinco años y las pruebas de cargo utilizadas existían en el momento de la consumación de los hechos.

Por otra parte se invoca la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), pues se afirma que las decisiones impugnadas se apartan de las dictadas en casos sustancialmente similares, sin que existan causas que lo justifiquen ni se expresen las razones o el fundamento de tal disparidad, y se cita como término de comparación la postura del Tribunal Supremo en relación a los casos Reizabal, Elosua y Arratibel, que son tratados jurídicamente de diferente manera.

Finalmente, se denuncia la infracción de los derechos y garantías derivados del principio de legalidad penal, reconocido en el art. 25.1 CE, por cuanto la conducta de mediación no puede ser considerada delictiva en un sistema penal como el que consagra el Estado de Derecho. Se argumenta al respecto que el intermediario es ajeno a las partes implicadas, «su actuación no está encaminada a favorecer el hecho delictivo en que se interviene», y además es designado libremente por los familiares de la víctima, sin favorecer a los secuestradores y es un mero instrumento de comunicación entre las partes, por lo que su conducta es penalmente atípica.

4. Por providencia de la Sección Segunda de este Tribunal, de 24 de enero de 1995 y, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.5 LOTC, se acordó otorgar un plazo de diez días a fin de que dentro de dicho término compareciera la Procuradora del recurrente ante la Secretaría a fin de firmar el escrito de demanda, y de aportar copia de la Sentencia dictada por la Sala Segunda de este Tribunal. Asimismo, se le requirió para que acreditara mediante certificación la fecha de notificación de la Sentencia a la representación procesal del recurrente, bajo la advertencia que, de no atender al requerimiento, se

acordaría la inadmisión del recurso, conforme dispone el art. 50.5 LOTC.

Cumplimentado el anterior requerimiento, y a la vista de los escritos presentados por la referida Procuradora en que se solicitaba la suspensión de la ejecución de la condena, por providencia de 1 de marzo de 1995, la Sección Primera acordó, previamente a decidir sobre la admisión del recurso, y a tenor de lo dispuesto en el art. 88 LOTC, requerir a la Audiencia Nacional para que a la mayor urgencia remitiera testimonio del Acta del juicio oral así como de ciertas actuaciones sumariales, y documentos obrantes en la causa.

5. Por providencia de 8 de marzo de 1995, la Sección Segunda acordó, conforme lo dispuesto en el art. 50.3 de la LOTC, conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que alegaran lo que estimaran pertinente acerca de la posible concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 c) LOTC.

6. El Ministerio Fiscal evacuó el traslado conferido mediante escrito que fue registrado el día 22 de marzo de 1995, en el que tras examinar los diferentes motivos del recurso de amparo solicitó al Tribunal que, de conformidad con el art. 86.1 LOTC, dicte Auto en el que se acuerde la inadmisión del recurso de amparo por concurrir la causa prevenida en el art. 50.1 c) LOTC para todos los motivos de la demanda de amparo, excepto el referido a la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia en relación con el secreto de las comunicaciones, a consecuencia de la utilización de la observación telefónica, respecto al cual esta representación considera que procede acordar su admisión a trámite.

7. La representación procesal del recurrente formuló sus alegaciones en escrito que fue presentado ante el Juzgado de Guardia el día 21 de marzo de 1991, y registrado en este Tribunal el 24 de marzo siguiente. Se reiteraban, en síntesis, las alegaciones formuladas en la demanda acerca de las distintas vulneraciones constitucionales y solicitaba que se acordara la admisión del recurso de amparo con suspensión de la ejecución de la condena impuesta al demandante.

8. Por providencia de 29 de marzo de 1995, la Sección Segunda acordó admitir a trámite la demanda de amparo y a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC requerir a la Sala Segunda del Tribunal Supremo para que remitiera el recurso 246/94, interesando al propio tiempo de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que se emplazara a quienes fueron parte en el rollo de la Sala núm. 29/91, con excepción del recurrente en amparo para que pudieran comparecer en este proceso constitucional.

9. La representación procesal del recurrente formuló sus alegaciones mediante escrito que fue presentado ante el Juzgado de Guardia de Madrid el día 15 de junio de 1995, y registrado en este Tribunal el día 21 siguiente. En él se resumían los antecedentes y alegaciones formuladas en el escrito de demanda acerca de las diferentes vulneraciones constitucionales denunciadas y se reiteran, en síntesis, los mismos motivos expuestos con anterioridad y termina suplicando al Tribunal que acuerde conceder lo solicitado en el recurso de amparo y, en consecuencia, que declare la nulidad de las Sentencias dictadas por cuanto se ha producido vulneración de derechos fundamentales.

10. El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado el 19 de junio de 1995 formuló sus alegaciones, en las que exponía los antecedentes del proceso, y seguidamente procedía a examinar las diferentes vulneraciones

nes constitucionales denunciadas. En primer lugar, afirma que la invocada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva carece, en principio, de contenido constitucional, por cuanto, de un lado, la tramitación de la causa, en uno u otro proceso, es una cuestión de mera legalidad ordinaria y, de otro lado, tal decisión no ha producido indefensión real y material al actor. En segundo lugar, el Ministerio Fiscal, examina la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a la presunción de inocencia y al secreto de las comunicaciones, reconocidos en los arts. 24.1 y 2, y 18.3 CE, por la utilización de la prueba ilícita de intervención telefónica y, manifiesta que, al examinar la causa, se puede constatar la parquedad de la fundamentación del Auto de autorización de las escuchas, la ausencia de seguimiento y control judicial en la intervención telefónica, la falta de constancia del cese de la medida, la no remisión al Juzgado de la cinta original, sino la copia, y además no se entrega la totalidad de las cintas grabadas, sino una relación de ellas. Todo ello, continúa esta representación, concluye en la ilicitud de tal prueba, pese a que las cintas grabadas fueron objeto de peritaje y contradicción jurisdiccional, dadas las graves irregularidades producidas.

Ello es congruente con toda la jurisprudencia de este Tribunal en esta materia y, particularmente con lo establecido en la STC 85/1994, cuya doctrina estima totalmente aplicable al supuesto de autos, por lo que en este punto el amparo debe prosperar.

Por lo que respecta a la tercera de las denunciadas vulneraciones constitucionales, relativa, esta vez a la presunción de inocencia reconocida en el art. 24.2 CE, afirma el Ministerio Público que, en principio, debe rechazarse por cuanto en las Sentencias se indica la concurrencia de pruebas de cargo contra el actor, sin que sea posible subvertir la valoración realizada por los Jueces y Tribunales siempre que se contraste la existencia legítima de prueba de cargo, bien directas, bien indiciarias. La demanda de amparo lo que hace es valorar de manera diferente, o negar la existencia de tales pruebas de cargo, una actitud proscrita en vía de amparo.

Las mismas razones son válidas, continúa esta representación, para rechazar la alegación esgrimida en cuarto lugar, ya que además es esencial en la vía de amparo el respeto a los hechos que se declaran probados [art. 44.1 b) LOTC].

Tampoco puede aceptarse el argumento esgrimido en quinto lugar, pues lo que nuevamente se cuestiona es la sustitución de un criterio judicial por otro, que es un criterio de mera legalidad, sin base alguna en el art. 25.1 CE y menos en la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, que nada tiene que ver con debates sobre calificaciones jurídicas o normas concursales penales, sino sobre la existencia o no de pruebas de cargo respecto de la tipificación de hechos que se declaran como probados.

Por lo que se refiere a la alegación aducida en sexto lugar, manifiesta el Ministerio Fiscal que, en realidad, lo que se imputa en el cuerpo de la argumentación no es una dilación indebida *strictu sensu*, sino demora a la hora de incoar el proceso penal en cuyo seno fue condenado el actor, planteamiento que no parece tener acomodo en el seno del art. 24.2 CE.

Asimismo, continúa, que debe rechazarse sin más la denunciada lesión del derecho al Juez natural predeterminado por la ley, por ser una cuestión ya resuelta en la jurisprudencia constitucional que recoge la propia demanda de amparo, sin que lo regulado en la Disposición transitoria de la L.O. 4/1984, de 25 de mayo, suponga una adición o alteración de la doctrina constitucional en este punto.

Tampoco puede apreciarse la denunciada lesión del derecho a la igualdad, toda vez que no se aporta un término de comparación por parte del actor y las Sentencias que cita, se refieren a diferentes supuestos fácticos, por lo que no concurre el elemento esencial de la discriminación proscrita en el art. 14 CE, tal como se recoge en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional.

Finalmente, tampoco cabe acoger el argumento esgrimido, acerca de la vulneración de derechos y garantías que se deducen del principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE, pues se pretende cómo debe estructurarse el campo de la legalidad penal ignorando la realidad normativa en un planteamiento que desborda la naturaleza estricta de esta vía de amparo constitucional.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo prevenido en los arts. 86.1 y 80 LOTC, y 372 L.E.C., el Ministerio Fiscal interesa de este Tribunal que dicte Sentencia en virtud de la cual acuerde estimar el amparo solicitado por entender que las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado el art. 24.2 en relación con el art. 18.1 CE.

11. Por providencia de la Sección Segunda de este Tribunal de 29 de marzo de 1995, y de conformidad con el art. 56 LOTC se acordó conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo, para que dentro de dicho término alegaran lo que estimaran pertinente en relación con la suspensión interesada.

El Fiscal ante el Tribunal Constitucional, en su escrito de alegaciones, evacuando el trámite, interesaba la suspensión de la pena privativa de libertad y sus accesorias por producir un perjuicio irreparable su ejecución e igualmente la suspensión de la pena de multa porque su impago sería sustituido por el ingreso en prisión. Por el contrario, sostuvo que no debía accederse a la suspensión del pago de costas ni de la indemnización por ser eventualmente recuperable dicho desembolso económico si en su día se otorgara el amparo.

La parte recurrente insistió en su petición de suspensión reiterando el «otrosí» de la demanda por cuanto la ejecución de la condena de privación de libertad impuesta al actor ocasionaría al mismo un grave perjuicio que haría perder al amparo su finalidad y sin que de esta medida de suspensión quepa derivar perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero; por ello son numerosos los Autos dictados por el Tribunal Constitucional donde se acuerda la suspensión de la pena privativa de libertad, destacando el dictado el 21 de noviembre de 1988 sobre delito de colaboración con bandas armadas u organizaciones terroristas.

Por Auto de 5 de abril de 1995 la Sala Primera de este Tribunal acordó la suspensión de la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional respecto a la pena privativa de libertad, multa y accesorias, y no haber lugar a la suspensión del pronunciamiento en lo relativo al pago de las costas y de la indemnización civil sin perjuicio de la caución que el Juez pueda adoptar para garantizar su posible devolución.

12. Por providencia de 25 de marzo de 1996 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el siguiente día 26 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra las Sentencias recaídas en proceso penal seguido contra el recurrente de amparo por delitos de detención ilegal y colaboración de banda armada, dictadas, respectiva-

mente, por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, el 3 de febrero de 1994 y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el 17 de noviembre de 1994. A ambas resoluciones judiciales el demandante de amparo les imputa la vulneración de una pluralidad de derechos fundamentales como lo son, en concreto, del derecho a la igualdad, al juez natural predeterminado en la ley, a la tutela judicial efectiva, de defensa, a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas, al secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia, reconocidos en los arts. 14, 18.3, 24.1 y 2 y 25.1 CE.

2. Antes de resolver las diferentes cuestiones de fondo plantadas, procede desestimar por su falta de invocación previa, la queja constitucional expuesta de infracción de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un proceso sin dilaciones indebidas y al juez predeterminado en la ley. En efecto, del examen de las actuaciones remitidas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo se desprende que las vulneraciones constitucionales aducidas por el demandante en el momento de interponer recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional se referían exclusivamente al derecho a la presunción de inocencia, al secreto de las comunicaciones y a la atipicidad de la conducta imputada al actor, sin que se hiciera mención alguna respecto a las lesiones constitucionales que ahora se denuncian relativas a la supuesta infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, al juez predeterminado en la ley y a un proceso sin dilaciones indebidas.

Tales vulneraciones, que ahora *per saltum* se invocan, han privado al Tribunal Supremo de pronunciarse sobre su restablecimiento. El incumplimiento por los recurrentes del principio de subsidiariedad (art. 53.2 CE), ha de ocasionar de esta manera la estimación de la concurrencia de la causa de inadmisión, prevista en el art. 44.1 c) LOTC.

3. Entrando ya a conocer el fondo del asunto, cabe rechazar, por su manifiesta inconsistencia, la invocada vulneración de los derechos reconocidos en los arts. 14 y 25.1 CE. Bajo la invocación de tales derechos fundamentales, únicamente se plantea una cuestión de mera legalidad ordinaria, consistente en la discrepancia del actor con la particular interpretación y aplicación de la norma al supuesto examinado. De este modo, como fundamento de la infracción del derecho a la igualdad, el demandante argumenta que en otros supuestos similares, de mediación en actividades de terrorismo, la Sala Segunda apreció una circunstancia eximente de la responsabilidad, consistente en el estado de necesidad, que, sin embargo, no estima concurrente en el supuesto de autos. Por lo que se refiere a la lesión del art. 25.1 CE, el principio de legalidad penal se habría infringido por cuanto el Tribunal ha subsumido la conducta del actor en la norma penal, cuando según se sostiene en la demanda, la actividad imputada al recurrente en amparo resulta penalmente atípica.

Como se advierte con claridad, ambas alegaciones carecen de la pretendida trascendencia constitucional, toda vez que se reducen a la simple disconformidad del recurrente con el criterio del Tribunal Supremo que, de manera razonada explica los motivos por los que rechaza la concurrencia de la circunstancia de exención de la responsabilidad criminal en la actuación del actor, conducta que, asimismo, motivadamente, subsume en la norma penal. Como hemos reiterado en múltiples ocasiones, no corresponde a este Tribunal revisar la interpretación que de la legalidad ordinaria hayan podido efectuar los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les corresponde, ex art. 117.3 CE.

4. Resta por examinar la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, infracción que

se anuda con la supuesta invalidez e ilicitud de la intervención telefónica llevada a cabo respecto a uno de los testigos del proceso, representante de la familia de la víctima del secuestro, mediante la cual se obtuvo la prueba de cargo sobre la que se fundamenta, al menos en parte, el pronunciamiento condenatorio dictado respecto al recurrente.

Se aduce en la demanda de amparo que el fundamental material probatorio incriminatorio manejado por los órganos judiciales fue el obtenido mediante la observación telefónica practicada en los teléfonos de una oficina a través de las cuales se producían los contactos y negociaciones para lograr la libertad del secuestrado y de las que se deduce la intervención del actor en la actividad de mediación entre la banda armada y la familia de la víctima. Pero, según sostiene el recurrente, tal medio probatorio no debió ser utilizado ni valorado por los órganos judiciales, y ello como consecuencia del conjunto de irregularidades cometidas en su práctica que determinan que se haya obtenido con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE por lo que ha de ser nula su eficacia conforme señala el art. 11.1 L.O.P.J.

5. Para poder analizar la existencia de la lesión constitucional en la práctica de la prueba de intervención telefónica cuya ilicitud se denuncia, debemos recordar la forma en que se llevó a cabo tal diligencia de investigación.

Como consecuencia del secuestro realizado el día 19 de mayo de 1987 por la banda armada ETA se ordenó, por parte del Ministerio del Interior, y con fundamento en el art. 17 de la L.O. 9/1984, la intervención de dos teléfonos, correspondientes a la oficina de una empresa con sede en Bilbao.

Tras recibir el oficio del Ministerio interesando la continuación de la medida, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 dictó Auto el día 15 de junio de 1987 en el que, tras exponer la solicitud formulada, se decía en sus razonamientos jurídicos que «se estima procedente acceder a la observación telefónica solicitada, por estimar las razones dadas fundamento bastante para la adopción de la medida acordada, en cuanto permite la mejor y más amplia investigación de los hechos que se trata de depurar y disponer la intervención de las conversaciones telefónicas hasta el día 12 de agosto de 1987», añadiendo «debiéndose guardar grabación íntegra de las mismas que se remitirán a este Juzgado con nota de las conversaciones más trascendentes». Según se afirma en la Sentencia de la Audiencia Nacional, no consta en autos el oficio comunicando la terminación de la medida, ni tampoco que se aportaran al Juzgado las cintas originales con las grabaciones efectuadas, sino tan solo copia de las mismas, conteniendo una selección de las conversaciones interceptadas realizadas por los agentes que practicaron la prueba.

Una vez relatada la forma en que se llevó a cabo la intervención telefónica cuestionada, debemos dilucidar si las diferentes irregularidades denunciadas por el recurrente han de determinar su inconstitucionalidad, y en consecuencia la prohibición de valoración de la prueba así obtenida.

6. En la Sentencia de la Audiencia Nacional, tras recordar el marco legislativo en el que se acordó tal medida, la L.O. 9/1984 y la jurisprudencia aplicable al caso se examina la pretensión de su nulidad solicitada por la representación del demandante. Respecto a la primera de las aducidas irregularidades, consistente en la ausencia de motivación del Auto que autorizó la intervención telefónica, la Sala razona, en síntesis, que tal defecto argumental no es determinante de la nulidad de la prueba «porque eran obvias y evidentes las razones

fácticas que justificaban la intervención de un teléfono destinado a conferenciar con los emisarios de los secuestradores» y porque «en el oficio de petición de la intervención se explicitaban las razones y la norma que autorizaba la observación telefónica», razones a las que se remitía el auto impugnado, y que, según la Sala «eran bastantes».

Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación en el que se reiteraba el planteamiento de este defecto formal, tras destacar diversos extremos, refiere en su Sentencia que, «en principio», no se advierte la lesión constitucional ni indefensión para el recurrente derivada de la prueba, si bien, razona posteriormente, que, con independencia de los datos suministrados con la intervención telefónica, el Tribunal de instancia ha dispuesto de otros medios probatorios para formar su convicción. Esto es, sin entrar a declarar formalmente la nulidad de la prueba, que «en principio» considera válida, prescinde de la misma y de su valoración, y acude a los restantes medios y elementos probatorios obrantes en la causa para considerar enervada la presunción constitucional de inocencia.

7.- Para resolver si la motivación del Auto analizada que autorizó la intervención telefónica cumple el canon constitucional de proporcionalidad y si es respetuoso con las garantías constitucionales a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, debemos recordar la doctrina de este Tribunal en relación con la exigencia de motivación en aquellas resoluciones judiciales limitativas o restrictivas de un derecho fundamental.

Desde las primeras Sentencias este Tribunal ha venido declarando que «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses por los que se sacrificó. La motivación no es sólo una elemental cortesía sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos (STC 26/1981), y en este mismo sentido, afirmamos que toda resolución que limita o restringe el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma que las razones justificativas de tal limitación puedan ser conocidas por el afectado. En esta línea, hemos venido reiterando que la restricción del derecho fundamental debe adoptarse por medio de resolución judicial motivada (SSTC 3/1992, 13/1994), y que ello se debe a la íntima relación existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman tal restricción, pues sólo a través de aquélla pueden conocerse y ponderarse éstas (STC 128/1995). Asimismo cabe traer a colación la STC 85/1994, dictada en relación con un supuesto de intervenciones telefónicas, en la que recordábamos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —casos Klass y Malone— ha venido exigiendo una serie de requisitos para estimar conforme a Derecho la interceptación de las comunicaciones telefónicas a un particular. Conforme a tales exigencias del T.E.D.H. este Tribunal declaró que, siendo cierto que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal ha de estar sometida al principio de legalidad, y en especial, al de proporcionalidad (STC 37/1989) que requiere tanto una específica gravedad de la infracción punible o relevancia social de su bien jurídico para justificar la naturaleza de la medida, como la observancia de las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada con respeto en su realización a los requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones (ATC 344/1990). Y la necesidad de motivación resulta necesaria porque sólo

a través de ella se preserva el derecho de defensa y se puede hacer el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece. Pues corresponde al Juez llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego y determinar si a la vista de las circunstancias concurrentes debe prevalecer el derecho constitucionalmente protegido (SSTC 160/1994, 50/1995), ya que la motivación es la única vía de comprobación de que se ha llevado a cabo la ponderación judicial que constituye la esencial garantía de la excepción a la inviolabilidad de las comunicaciones. En esta misma línea, en la reciente STC 181/1995, reiterábamos la anterior doctrina acerca de la necesaria observancia del deber de motivación de aquellas resoluciones en que se acuerde la intervención telefónica, y declarábamos la nulidad de una observación telefónica practicada sin la garantía de una autorización judicial específica y razonada (fundamentos jurídicos 5.º y 6.º) en la que se expusieran las razones que aconsejaban la medida y su necesidad.

8. Pues bien, aplicando la anterior doctrina expuesta al supuesto ahora examinado, debemos concluir acerca de la ausencia de motivación de la resolución judicial habilitante de la intervención telefónica. En efecto, en ésta no se recogen ni las personas afectadas con la intervención (fácilmente determinables en este caso), ni se determina el hecho punible investigado, ni tampoco se explicitan las razones que determinaron la adopción de tal medida, ni tampoco cuál era la finalidad perseguida con mandamiento judicial.

Únicamente se expresaba en la resolución que ahora examinamos los números de teléfonos intervenidos y como causa para la autorización, la comunicación remitida por el Ministerio del Interior, a cuyas razones se refiere por remisión, como fundamento «bastante» para acordar la medida, añadiendo que así se «permite la mejor y más amplia investigación de los hechos». Tal motivación, genérica y lacónica del Auto analizado no cumple el canon de proporcionalidad constitucionalmente exigible, pues sus vagas referencias se limitan, como queda expuesto, a la determinación de los números objeto de la intervención, y a remitirse a la solicitud del Ministerio del Interior, a la que se accede en su integridad; no contiene, sin embargo, ninguna alusión a las personas investigadas, a la especial gravedad o significación social del delito objeto de investigación penal y tampoco se expone el razonamiento sobre la necesidad o imprescindibilidad de la adopción de tal medida para el desarrollo de la investigación, que hubiera justificado la intervención de las comunicaciones. La constatación de la falta de determinación del alcance subjetivo y objetivo de la intervención, esto es, de las personas afectadas y del delito investigado, así como la ausencia de una motivación específica y adecuada en el Auto analizado, junto al carácter esencial de la misma para la adopción de tal resolución judicial habilitante de la intromisión en las comunicaciones, determina la infracción del art. 18.3 CE y, por tanto, la prohibición constitucional de valoración de tal prueba y de cuantas se deriven directa o indirectamente de ella, en cuanto obtenidas con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones. Así, pues, hemos de concluir en que los órganos judiciales no debieron haber concedido ninguna eficacia probatoria de la prueba así obtenida.

9. Con lo dicho no puede finalizar aquí, sin embargo, nuestro examen, pues hemos de determinar, en segundo lugar, si con independencia del material probatorio obtenido mediante las conversaciones telefónicas ilícitas, hubo en el proceso otras pruebas de cargo válidamente practicadas, no derivadas directa o inmediatamente de la misma, de las que pueda deducirse la participación

del recurrente en los hechos por los que se ha emitido el pronunciamiento condenatorio. No se trata, por tanto, de revisar la valoración de la prueba de los órganos judiciales, sino de comprobar si ha existido prueba de cargo, que, realizada en forma legal y con las garantías exigibles en el acto de la vista, permitan desvirtuar la presunción de inocencia.

Pues bien, en el caso de autos, el propio Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación afirma que el Tribunal de instancia dispuso de otros medios probatorios de signo incriminatorio que fundamentaron su convicción sobre el relato de hechos probados como se deduce del Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia de Instancia.

Como se desprende del contenido de ambas resoluciones judiciales, este material probatorio consistió en determinadas declaraciones sumariales prestadas por la víctima, por el representante de la familia y por los agentes de la policía encargados del caso, en cierta documentación bancaria y en prueba pericial practicada sobre unos documentos suscritos por la organización terrorista. De estos elementos probatorios, cabe excluir, por su inmediata relación con la intervención telefónica inconstitucional, las declaraciones prestadas ante el Juez Instructor por el interlocutor designado por la familia de la víctima, señor Guerra Pascual, sobre el contenido de las conversaciones telefónicas, y las manifestaciones de los Agentes de la Policía, que relatan el seguimiento que efectuaron a la víctima, del que resulta identificado el actor.

A) En efecto, el primero de los interrogatorios del citado testigo versó, esencialmente, sobre las conversaciones telefónicas mantenidas con el intermediario de la organización terrorista y, en un momento dado, por acuerdo del Juez Instructor se procede a dar audición completa de las grabaciones de las conversaciones mantenidas desde el teléfono intervenido, procediendo el declarante a la identificación de las diferentes voces registradas. Por lo tanto, tal manifestación sumarial, en la medida en que trató sobre ciertos hechos y datos obtenidos mediante una prueba de valoración prohibida, no puede ser tomada en consideración para fundamentar una Sentencia de condena.

B) Asimismo, cabe rechazar, por tener su origen indirecto en las conversaciones telefónicas, las declaraciones de los agentes de la policía que manifiestan que hicieron un seguimiento al anterior testigo y que a través del mismo pudieron observar la entrevista que éste mantenía con otro individuo que, posteriormente identificado, resultó ser el recurrente en amparo. En efecto, dicha exclusión se justifica si se repara en que las escuchas telefónicas practicadas con infracción del art. 18.3 CE fueron el medio por el que tales agentes pudieron saber que el intermediario de la familia del secuestrado iba a desplazarse a San Sebastián a fin de mantener una entrevista con el interlocutor de la banda terrorista en la que se iban a ultimar las condiciones del rescate.

De este material probatorio, a su vez, debemos excluir, por no incidir directa ni indirectamente en la participación en los hechos del recurrente, la prueba testifical de la víctima, su esposa y la empleada de hogar, por cuanto se limitan a relatar la forma en que se llevó a cabo el secuestro y las circunstancias del mismo y, por la misma falta de trascendencia, a los efectos debatidos, debemos descartar la prueba pericial que se refería a la autenticidad de los documentos en que la organización terrorista certificaba el pago del rescate, pero sin relación alguna con la participación del actor en la acción delictiva.

C) Ello no obstante, resta como prueba de la culpabilidad del recurrente las declaraciones sumariales

prestadas por el testigo que actuó como intermediario de la familia, en la parte no afectada por la prueba prohibida, que explica que mantuvo una entrevista en una cafetería del casco viejo de San Sebastián, en la que habló sobre el secuestro y el pago del rescate, así como las propias declaraciones del acusado reconociendo una entrevista con tal testigo. En su declaración sumarial, este último explica «que la persona con la que había mantenido varias conversaciones telefónicas en el último período del secuestro, fue la misma con la que se entrevistó, en vísperas de la liberación del secuestrado, en la cafetería de San Sebastián, donde quedaron precisados definitivamente los términos de la liberación del secuestrado».

Ante la divergencia existente entre lo manifestado en el juicio oral por el referido testigo —acerca de la intervención de varios intermediarios en la negociación del precio del rescate— y lo declarado en la fase sumarial —en que sostuvo que la negociación tuvo lugar con un solo intermediario—, el Presidente de la Sala dispuso que se diera lectura a tal declaración prestada ante el instructor. Una vez leída por el Secretario, y a instancias del Presidente, contestó acerca de las contradicciones existentes en el sentido de que «si antes no se refirió a que hubiera distintos interlocutores fue por los nervios». Así las cosas, podemos afirmar que en la práctica de esta prueba se han respetado los principios de contradicción y defensa, pues la declaración sumarial fue incorporada al juicio oral a través de su lectura, momento en que las partes, a través de la Presidencia, pudieron formular las preguntas que consideraron pertinentes para su defensa, formándose el Tribunal un juicio acerca de la verosimilitud de tales declaraciones que, al ser inherente al principio de inmediación judicial, tan sólo al Tribunal de instancia (y nunca a este Tribunal) corresponde valorar.

Por otra parte, el ahora recurrente reconoció en su declaración indagatoria, que se reprodujo en el juicio oral, la entrevista con el testigo a fin, según afirma, de «cerciorarse del lugar y precio del rescate».

En definitiva, tal manifestación testifical y la propia declaración del recurrente en amparo reconociendo la entrevista constituyen prueba de cargo practicada con independencia de la prueba telefónica inconstitucionalmente obtenida. El Tribunal Supremo, considera de manera razonada y motivada, que esta prueba no afectada en su procedencia por la prueba inconstitucional, es suficiente para acreditar la culpabilidad del recurrente, por lo que procede la desestimación del recurso de casación planteado.

10. Así, pues, ningún reproche de inconstitucionalidad puede merecer la Sentencia de casación en todo lo referente a la vulneración de la presunción de inocencia, toda vez que, comprobada la existencia de prueba de cargo suficiente para justificar una Sentencia de condena, es claro que tanto el Tribunal de instancia como el Tribunal Supremo ninguna vulneración del art. 24.2 han cometido en sus resoluciones impugnadas.

Lo anterior no empece, ello no obstante, a que hayamos podido constatar, como así declaramos, la violación por el Juzgado Central de Instrucción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas previsto en el art. 18.3 CE, si bien dicha infracción, tal y como se ha afirmado, ninguna repercusión ha producido en el derecho a la presunción de inocencia, por lo que, por sí sola, en modo alguno, puede justificar la anulación por este Tribunal de las resoluciones impugnadas.

## FALLO

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

Ha decidido

Otorgar parcialmente el presente recurso de amparo y, en su virtud,

1.º Declarar que fue violado el derecho del recurrente al secreto de las comunicaciones.

2.º Desestimar el recurso de amparo en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y seis.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—Vicente Gimeno Sendra.—Pedro Cruz Villalón.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Javier Delgado Barrio.—Firmado y rubricado.

**9371** Pleno. Sentencia 55/1996, de 28 de marzo de 1996. Cuestiones de inconstitucionalidad 961/1994, 1.125/1995 y 2.736/1995 (acumuladas). En relación con los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 C.E. del apartado 3 del art. 2 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal, y se deroga el art. 45 de la LOTC 2/1979, de 3 de octubre. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Alvaro Rodríguez Bereijo, Presidente; don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Javier Delgado Barrio, don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 961/94, 1.125/95 y 2.736/95, planteadas, respectivamente, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Segovia y por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Valencia, por posible vulneración de los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 C.E. del apartado 3 del art. 2 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal, y se deroga el art. 45 de la LOTC 2/1979, de 3 de octubre. Han comparecido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer, quien expresa el parecer del Tribunal.

### I. Antecedentes

1. El día 23 de marzo de 1994 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal un escrito del Presidente de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla al

que se acompañaba, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de la referida Sección del 16 de marzo anterior, en el que se acordaba plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal, tal como quedó redactado por la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, y en concreto respecto de las palabras «en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena», por su posible oposición al principio de proporcionalidad derivado de los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 C.E.

La cuestión trae causa del recurso de apelación deducido por don Antonio Moreno Mejías contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sevilla que le condenó, como autor de un delito de negativa a cumplir la prestación social sustitutoria, del art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, a las penas de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor y de seis años y un día de inhabilitación absoluta, accesorias legales y costas.

Por providencia de 20 de enero de 1994, la Sección otorgó al apelante y al Ministerio Fiscal un plazo común e improrrogable de diez días para que pudieran alegar lo que estimasen oportuno sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad relativa a la norma mencionada. El Fiscal consideró que no debía promoverse la cuestión; en cambio, la representación del recurrente estimó procedente su planteamiento.

2. La fundamentación de la cuestión, que a continuación se extracta, parte de la premisa de que en «el Derecho Penal propio de un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el art. 1.1 de nuestra Constitución, la pena no responde al mero capricho del legislador. El castigo a un ciudadano, privándole de su libertad o de sus derechos, sólo encuentra legitimación en una necesidad de protección social y exclusivamente en la medida en que responda a dicha necesidad. De lo contrario, se convertiría en un ataque ilegítimo a la dignidad de la persona, reconocida en el art. 10.1 de la Constitución como fundamento del orden político, y supondría una vulneración de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada en el art. 9.3 y, en suma, de los principios de libertad y justicia que, como valores superiores del ordenamiento jurídico, consagra el art. 1.1 del Texto Fundamental». El principio de proporcionalidad «cobra mayor fuerza, si cabe, cuando se trata de una pena de privación de libertad. La restricción extrema de la libertad que significa su privación mediante el internamiento forzoso de un ciudadano en una prisión sólo se justifica cuando resulte necesaria para la protección de un bien jurídico de la suficiente entidad y sólo en la medida en que resulte necesario para ello». El principio de proporcionalidad entre la pena fijada y la trascendencia social del hecho punible se configura, en suma, como un límite al legislador y como presupuesto de una pena «que pueda suscitar el consenso social necesario para una prevención general positiva» y desplegar, a través de ella, eficacia protectora.

«El Tribunal Constitucional (...) ha admitido en diferentes resoluciones la consagración en nuestro Derecho punitivo del principio de proporcionalidad y la necesidad de su respeto tanto en la imposición jurisdiccional como en la previsión legislativa de sanciones penales». Se han dado, incluso, por parte de este Tribunal, pronunciamientos sobre la cuestión ahora planteada. Un primer grupo de ellos, en jurisdicción de amparo, se limitaba a constatar su inadmisibilidad, pues «no cabe deducir del art. 25.1 de la Constitución un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito» (ATC 949/1988). Este obstáculo para el examen del problema, propio del ámbito del recurso