

**Jurisprudencia constitucional**  
**PUBLICADA EN ENERO-ABRIL DE 1988 Y CON APLICACION**  
**EN MATERIA PENAL**

**ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA**  
Universidad Autónoma de Madrid

**I. CONSTITUCION**

ARTÍCULOS 1, 9 y 10

*Principio de proporcionalidad*

V. Sentencia de 16 de febrero de 1988 sobre —*Arresto sustitutorio*— Artículo 91 CP.

ARTÍCULO 9.2

*Principio de organización social*

V. Sentencia de 16 de febrero de 1988 sobre —*Arresto sustitutorio*— Artículo 91 CP.

ARTÍCULO 14

*Principio de igualdad*

V. Sentencia de 16 de febrero de 1988 sobre —*Arresto sustitutorio*— Artículo 91 CP.

ARTÍCULO 17.1

*Derecho a la libertad*

El sometimiento de los conductores de vehículos a las normas del Código de la Circulación y, por tanto, a las autoridades encargadas de su cumplimiento, en cuanto no desborden —como ocurre en este caso— el campo de actuación que les es propio, no guardan relación alguna con el derecho a la libertad que consagra y protege el artículo 17 de la Constitución. Como dice la sentencia de

este Tribunal 107/1985, recordada por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, «...la verificación de la prueba que se considera (alcoholemia) supone para el afectado un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía; sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito (art. 1, *in fine*, de la Orden de 29 de julio de 1981)».

(Sentencia de 18 de febrero de 1988. RA 205/86.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Fernando García-Mon.)

Reitera la doctrina contenida en la STC 199/87, dictada desde la perspectiva del artículo 55.2 CE, añadiendo que es clara que «la incomunicación gubernativa con solicitud de comunicación inmediata a la autoridad judicial, constituye una forma de privación de libertad que respeta lo prescrito en el artículo 17.1 CE, y, en consecuencia, no vulnera el derecho fundamental que éste garantiza».

(Sentencia de 21 de marzo de 1988. RA 659/86.—«BOE» de 12 de abril de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

V. Sentencia de 16 de febrero de 1988 sobre —Arresto sustitutorio— Artículo 91 CP.

### ARTÍCULO 17.3

#### *Asistencia de abogado al detenido*

El artículo 17.3 de la Constitución reconoce este derecho al «detenido» en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el número 1 del propio artículo, mientras que el artículo 24.2 de la Constitución lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, según declaran las sentencias 21/1981, de 15 de junio, y 48/1982, de 5 de julio, y, por tanto, en relación con el «acusado» o «imputado».

Esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada no constituye originalidad de nuestra Constitución, sino sistema que guarda esencial paralelismo con los textos internacionales reguladores de los derechos humanos suscritos por España, aunque deba adelantarse que, en materia de asistencia letrada al detenido, nuestra Constitución es más amplia y generosa, al menos explícitamente, que dichos textos internacionales.

El Convenio Europeo de 1950 proclama en su artículo 5 el derecho a la libertad, señalando los derechos del detenido preventivamente, entre los cuales, por cierto, no incluye el de asistencia letrada, y en su artículo 6 consagra el derecho al proceso debido, determinando los derechos del acusado con mención específica del derecho a ser asistido por un defensor de su elección.

El mismo modelo se acoge, sin diferencias sustanciales, en los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de 1966, el primero de los cuales no comprende el derecho del detenido a la asistencia letrada, reconociéndose en el segundo para

el acusado de un delito en los mismos términos establecidos en el 6 del Convenio Europeo.

Por consiguiente, en esos textos internacionales, tienen especial importancia la diferenciación entre «detenido» y «acusado» en relación con el derecho a la asistencia letrada y así lo evidencia, también, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituida, entre otras, por las sentencias de 27 de junio de 1966 (caso Neumeister), 27 de febrero de 1980 (caso Deweer), 13 de mayo de 1980 (caso Artico) y 26 de marzo de 1982 (caso Adolf), en las cuales el reconocimiento del derecho se hace depender de la existencia de «acusación».

En nuestra Constitución, según hemos visto, se reconoce expresamente el derecho tanto «al detenido» como al «acusado», pero se hace en distintos preceptos constitucionales garantizados de derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciada que impiden determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en relación conjunta con ambos preceptos.

Es desde luego muy difícil precisar dónde se encuentra la línea que separa los conceptos de «detenido» y «acusado» y ejemplo bien expresivo de ello es la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, anteriormente citada, en la que es claramente apreciable una oscilación que no permite obtener un criterio único en la determinación del momento en que se inicia la «acusación», ni de cuáles son las autoridades que deben intervenir para que ésta se produzca. Ello, sin embargo, no es obstáculo, aun partiendo de la más rigurosa concepción material de la «acusación», para afirmar que en el concepto supuesto que origina el proceso judicial en el que se plantea esta cuestión de inconstitucionalidad—detención de una persona por la policía en diligencias de investigación criminal, que duró catorce horas y cesó sin pasar el detenido a disposición judicial, ni intervenir el fiscal— no es posible apreciar la concurrencia de elemento inculpatorio o actuación procesal alguno que autoricen a entender que ha habido «acusación».

Nos encontramos, por tanto, con un caso de detención policial autónoma manifiestamente incardinable en el artículo 17.3 de la Constitución y ello determina que el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada deba ser obtenido en el marco normativo de dicho precepto constitucional, al margen de toda conexión con el contenido esencial que a ese derecho pueda corresponderle en relación con el acusado en proceso penal, respecto del cual los textos internacionales citados reconocen un derecho a la libre elección de Abogado, que no puede, sin más y por las razones dichas, predicarse del derecho de asistencia letrada que garantiza nuestra Constitución, al detenido en diligencias policiales.

(Sentencia de 11 de diciembre de 1987. CI 286/84.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

## ARTÍCULO 18.2

### *Derecho a la inviolabilidad del domicilio*

La inviolabilidad del domicilio, o sea, el derecho de no penetración en el domicilio en contra de la voluntad del titular del mismo, protegida por el artículo 18 de la Constitución, es un derecho relativo y limitado en cuanto que la propia Constitución autoriza su restricción en supuestos contemplados por la Ley,

aunque exige, en principio, una decisión judicial al respecto, salvo en los casos de «flagrante delito». Ello supone que el derecho a la inviolabilidad del domicilio consiste sustancialmente en un derecho a que, contra la voluntad del titular y, salvo delito flagrante, no haya penetración en el propio domicilio, sin una autorización judicial, cuya concesión y realización se somete además en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la existencia de determinados requisitos (arts. 546 y ss.).

(Sentencia de 16 de diciembre de 1988. RI 285 y 292/85.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

### ARTÍCULO 18.3

#### *Secreto de las comunicaciones*

Del artículo 55.2 de la Constitución no puede deducirse la posibilidad de una inicial competencia gubernativa para decidir sobre la observación o interceptación de las comunicaciones: el mismo no autoriza a la Ley a suprimir, de forma general y para todos los casos en aras de una mayor efectividad de la suspensión del derecho, la previa intervención judicial. Una adecuada ponderación de las finalidades perseguidas, suspensión singular del derecho al secreto de las comunicaciones e intervención judicial ha de llevar también a un proceso de concordancia entre ellas que consiga el objetivo constitucional de la suspensión del derecho, garantizado al mismo tiempo el máximo posible de intervención judicial. Debe tenerse en cuenta además, que el derecho al secreto de comunicaciones es un derecho relativo, un derecho a que no haya intervención de las mismas sin resolución judicial que la autorice. Por ello, la suspensión de este derecho ha de afectar de algún modo a esa exigencia de resolución judicial, que es contenido típico del derecho. De ahí la necesaria conexión entre la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones y la reducción de la intervención judicial al respecto. Aunque la Ley no podría establecer de forma general una plena libertad de acción policial al respecto, sin previa intervención judicial, sí que está habilitada por el artículo 55.2 de la Constitución y como régimen excepcional del Derecho, para eliminar el carácter previo de la intervención judicial, en supuestos en los que las circunstancias del caso no permitiesen la oportuna adopción previa de una resolución judicial, sin perjuicio de la ratificación posterior de la medida por la autoridad judicial.

(Sentencia de 16 de diciembre de 1988. RI 285 y 292/85.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

### ARTÍCULO 20

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1987 sobre *Suspensión de derechos y libertades*— Artículo 55.1 CE.

## ARTÍCULO 24.1

*Derecho a la tutela judicial efectiva*

Es verdad que este Tribunal ha dicho —y debe repetir ahora— que la tutela judicial efectiva de que habla el artículo 24 de la Constitución, se satisface primordialmente mediante una sentencia de fondo, que se pronuncie sobre las pretensiones sostenidas por las partes del proceso. Sin embargo, la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido también la posibilidad de que el derecho del artículo 24 de la Constitución se satisfaga mediante otro tipo de resolución fundada en Derecho, cuando así lo requiera o lo determine la naturaleza y las características del procedimiento seguido. En definitiva, el artículo 24 de la Constitución garantiza a los ciudadanos la efectiva prestación de la actividad jurisdiccional, que corresponde a la naturaleza y al tipo del procedimiento tal como éste se encuentra legalmente regulado, lo cual significa, como ha sido muchas veces establecido por la doctrina de este Tribunal, que en la configuración de la actividad jurisdiccional contemplada por el artículo 24 de la Constitución como tutela efectiva, tiene una influencia decisiva la intervención legislativa, siempre y cuando, como es obvio, en ella se respeten los principios y reglas sobre el proceso debido o el proceso justo, implícitas también en el mencionado artículo 24. De aquí hay que deducir que, si bien la forma prioritaria de satisfacción del derecho a la tutela judicial es la sentencia de fondo, que se pronuncie y decida sobre las pretensiones de las partes del proceso, nada obsta a que el proceso pueda concluir mediante otro tipo de resolución judicial configurada legalmente al efecto, cuando ninguna tacha de orden constitucional pueda oponerse a la regulación legal.

(Sentencia de 10 de marzo de 1988. RA 1.263/86.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1987 sobre *órganos jurisdiccionales competentes*. Artículo 11 de la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

## ARTÍCULO 24.2

*Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*

Cierto es que en dicho acto de la vista se alegaron esas dos excepciones, la incompetencia territorial y la prescripción, y cierto también que la sentencia que, asimismo, se impugna del Juez de la apelación no da respuesta a esas cuestiones, omitiéndola tanto en la fundamentación como en el fallo. Se da, pues, un supuesto de incongruencia (art. 359 LEC) en tanto no se han decidido todos los puntos objeto de debate, ni dado respuesta a una pretensión de la parte —en realidad una denegación técnica de justicia, STC 142/1987, de 23 de julio— que es tanto como una negativa de tutela judicial, que debe ser reparada ahora en esta vía

por constituir aquélla una vulneración del derecho a obtenerla, garantizado por el artículo 24.1 CE.

(Sentencia de 22 de enero de 1988. RA 106/87.—«BOE» de 5 de febrero de 1988.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

Es, por tanto, improcedente que este Tribunal se pronuncie sobre la petición de nulidad de la sentencia del Juez de Distrito, por supuesta vulneración del derecho «al Juez ordinario predeterminado por la Ley» (art. 24.2 CE), en cuanto ello supondría decidir sobre una declinatoria de jurisdicción de exclusiva competencia de los Tribunales, a quienes corresponde en principio la determinación del Juez competente (en este caso territorial) y ordinario señalado por la Ley o según los criterios que ésta indica.

(Sentencia de 22 de enero de 1988. RA 106/87.—«BOE» de 5 de febrero de 1988.—Ponente Carlos de la Vega Benayas.)

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1987 sobre *órganos jurisdiccionales competentes*. Artículo 11 de la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

## ARTÍCULO 24.2

### *Principio acusatorio*

Y ésta es también reiterada, la doctrina de este Tribunal, referida al Derecho penal y, por analogía, al sancionador, cuando se pronuncia sobre «la identidad del hecho punible», entre el señalado por la acusación y el objeto de nueva calificación jurídica, o sobre la «homogeneidad» de los hechos, por sentar que no existe infracción constitucional si el Juez valora éstos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 104/1986, de 17 de julio, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso.

(Sentencia de 1 de febrero de 1988. RA 422/87.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

La información en segunda instancia de la acusación formulada no subsanaría el aducido defecto cometido en la primera, pues el resultado final de todo el proceso sería que el acusado habría tenido una ocasión de informarse y defenderse de la acusación —esto es, en la apelación— y, en consecuencia, se le habría privado, efectivamente, de una primera instancia con todas las garantías, y con ello, de la tutela judicial que las Leyes le reconocen y el artículo 24 CE le garantiza. La resolución del presente caso reside pues, en determinar si se llevó a cabo o no en la primera instancia la vulneración del principio acusatorio; pues de haberse producido, no habría podido verse subsanada en la segunda, cuando ya

existía una condena penal, basada en elementos no sometidos al debate contradictorio.

El reconocimiento que el artículo 24 CE efectúa del derecho a la tutela judicial efectiva y a ser informado de la acusación, junto con la interdicción de la indefensión, suponen, considerados conjuntamente, no sólo por el acusado ha de conocer la acusación contra él formulada en el curso del proceso penal, y que ha de tener oportunidad de defenderse frente a ella, sino que además (y para que la tutela sea efectiva) el pronunciamiento del Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal como han sido formulados en las pretensiones de la acusación y la correspondiente defensa. Ello significa que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia, puesto que el juzgador penal queda vinculado, en su decisión, por la pretensión penal de la acusación. Sobre los términos de ésta habrán de versar, pues, tantos los alegatos de la defensa como el fallo de la sentencia correspondiente.

Como este Tribunal ya ha señalado, la acusación y el debate procesal ha de versar sobre los hechos considerados punibles que se imputan al acusado, que se configuran así como el objeto del proceso penal. De la misma forma, el debate contradictorio debe recaer, asimismo, sobre la calificación jurídica de esos hechos (STC 12/1981, de 10 de abril, fundamento jurídico 4.º), de manera que el acusado tenga la oportunidad de defenderse, pronunciándose, no sólo sobre la realidad de los hechos aducidos por la acusación, sino también sobre su ilicitud y punibilidad. El debate procesal, de este modo, vincula al juzgador penal, en cuanto que no podrá pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso ni objeto de la acusación, ni podrá calificar jurídicamente esos hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido en la acusación. Si el Juez o Tribunal entendiere que la calificación acusatoria se ha efectuado con manifiesto error, podrá utilizar la vía que prevé el artículo 733 LECr., de forma que la acusación y la defensa puedan pronunciarse sobre otras calificaciones jurídicas alternativas. Salvo este supuesto, no podrá el Juez penal calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente, ni condenar por delito distinto, excepto que en este último supuesto (y como este Tribunal ha indicado en sus SSTC 12/1981, de 10 de abril, fundamento jurídico 4.º, y 105/1983, de 23 de noviembre, fundamento jurídico 3.º, entre otras), se respete la identidad del hecho y se trate de tipos penales homogéneos.

Queda, por tanto, así acotada la vinculación del juzgador por el principio acusatorio, tal como resulta de los mandatos constitucionales, a los hechos objeto del debate y a su calificación jurídica, asimismo, dentro de los términos del debate procesal. Pero esta vinculación, si bien impide que la resolución judicial imponga una pena mayor que la correspondiente al delito efectivamente imputado en el proceso, no impide que, dentro de los límites de la señalada por la Ley al tipo penal incriminado, el juzgador remedie errores de la acusación (si ésta ha omitido pedir penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión, o ha pedido penas inferiores a las realmente correspondientes) e imponga penas superiores a la solicitada por el Fiscal cuando ello no suponga alterar los hechos aducidos en el proceso y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación jurídica de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso. Pues el Juez se halla sometido a la Ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, según su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito, siempre que, como se dijo, la calificación

como tal de unos hechos y los hechos mismos, hayan sido objeto del correspondiente debate.

(Sentencia de 16 de febrero de 1986. RA 1.060/86.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

La configuración legal del proceso penal en nuestro ordenamiento jurídico, frente a cuya legitimidad constitucional ningún reparo se opone, obliga a que el juicio sólo pueda abrirse cuando se formula, por el Ministerio Fiscal o por los sujetos privados oportunamente comparecidos, una acusación, pues sin acusación el proceso penal no puede funcionar, sin que sea inoportuno recordar que precisamente la proclamación del principio acusatorio, expresamente mencionado en el artículo 24, párrafo 2.º, haya de considerarse como una conquista en favor de los derechos de los ciudadanos. No es posible, por consiguiente, que el proceso penal se abra sin acusación por la sola petición de quien, desafortunadamente, se ha visto implicado en unos hechos de carácter criminal.

(Sentencia de 10 de marzo de 1988. RA 1.263/86.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

#### ARTÍCULO 24.2

##### *Presunción de inocencia. Valoración de las pruebas. Prueba de alcoholemia*

Como primera aproximación para resolver el problema, sin perjuicio de las precisiones que por su propia naturaleza requiere la prueba de alcoholemia, hay que recordar que, con arreglo a los elementales principios que rigen el proceso penal acusatorio —contradicción, publicidad, oralidad e inmediatez—, únicamente pueden considerarse pruebas con valor para su apreciación por los órganos judiciales las practicadas ante los mismos en el acto del juicio oral. Para decirlo con palabras del artículo 741 de la LECr., «el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley».

Con base en aquellos principios, en lo establecido en el precepto transcrito y en lo dispuesto por el artículo 120 de la Constitución, viene declarando insistentemente este Tribunal que los órganos judiciales no pueden basar su convicción sobre el material probatorio que figure en los atestados policiales que no tienen otro valor que el de denuncia (art. 297 LECr.) a investigar en las diligencias sumariales, y que éstas, encaminadas a la identificación del delincuente y a la averiguación del delito con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación (art. 299 de la citada Ley), no constituyen en sí mismas pruebas de cargo. Esto no quiere decir, en lo relativo a las diligencias sumariales, que carezcan de toda eficacia para la formación de la convicción a que se orienta la investigación sumarial, pero sí es necesario que se cumpla el requisito de su reproducción en el juicio oral, no como una simple fórmula de estilo, sino en condiciones que permita a las partes someterlas a contradicción, dentro de los principios de publicidad, oralidad e inmediatez que se cumplen en el juicio oral.



Sobre las garantías procesales que han de cumplirse en el proceso para que la prueba de alcoholemia pueda desvirtuar la presunción de inocencia reconocida como derecho fundamental por el artículo 24.2 de la Constitución, ha de decirse, en primer lugar, que es aplicable a la misma las consideraciones generales que han quedado expuestas en el fundamento jurídico 2.º de esta sentencia. Pero, concretamente con referencia al *test* alcoholométrico, las SSTC 145/1985, de 28 de octubre, y 148/1985, del día 30 del mismo mes, recuerdan que el atestado policial, al tener simple valor de denuncia con respecto al hecho enjuiciado y al autor a quien se imputa, debe ser objeto de ratificación en el juicio oral para que pueda ser considerado legítimamente como prueba de cargo; que la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en que consta el resultado del *test* alcoholométrico no puede por sí mismo servir de fundamento al fallo condenatorio; que es preciso realizar en el curso del proceso una actividad probatoria que permita contrastar su contenido en cuanto a la fiabilidad del *test* y al valor de éste como elemento determinante del tipo delictivo contemplado por el precepto penal aplicado [art. 340 bis a), 1, del CP]. En suma, para que el *test* alcoholométrico pueda ser considerado y, por tanto, apreciado como prueba de cargo, ha de ser posible su contradicción en el juicio oral con la presencia de agentes que lo hayan practicado o, al menos, que haya sido ratificado o complementado durante el curso del procedimiento judicial. De no ser así, por falta de las garantías procesales exigibles, no puede atribuirse al *test* de alcoholemia valor probatorio de cargo con entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

No corresponde al Tribunal Constitucional, sino a los órganos judiciales competentes, apreciar el valor probatorio de los medios utilizados en el proceso (art. 741 LECr.), pero este principio de la libre valoración de la prueba no excluye, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre, entre otras muchas) que cuando se alegue ante él la presunción de inocencia, pueda verificarse si ha existido la prueba de la que racionalmente resulte, o pueda deducirse motivadamente de ella, el hecho o los hechos que desvirtúen la presunción.

(Sentencia de 18 de febrero de 1988. RA 205/86.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Fernando García-Mon.)

*Presunción de inocencia. Elementos específicos que configuran un tipo delictivo. Medios de pruebas válidas. «In dubio pro reo»*

La actividad probatoria que, para respetar la presunción de inocencia impone el artículo 24.2 de la Constitución, ha de ponerse en relación con el delito por el que se es condenado, de modo que cuando un mismo bien jurídico —en este caso la propiedad del automóvil— se protege mediante la tipificación de diversas conductas como delito —en este caso el robo y el hurto— y la diferencia se encuentra en la existencia o no de una circunstancia específica —aquí el haber forzado la cerradura o utilizar instrumento distinto de la llave—, la presunción de inocencia se refiere a todos los elementos fácticos que integran la tipificación del delito, y por ello también al que discute en la demanda. Como dice la STC 140/1985, de 21 de octubre, la existencia de la actividad probatoria de la que pueda deducirse la culpabilidad de una persona «ha de serlo en relación al

delito por el que ha sido condenado y no a otro que, incluso aunque proteja el mismo bien jurídico, declare punibles conductas en parte coincidentes. En definitiva, por lo que aquí interesa, para castigar a una persona por un delito de robo —y no de hurto— deberá existir una mínima actividad probatoria de la que el Juez pueda deducir la culpabilidad del procesado respecto al delito de robo».

Para condenar al recurrente por el delito de robo no habría bastado la actividad probatoria referente a la mera sustracción del vehículo, hecho además admitido por aquél, sino que era necesario también una actividad probatoria respecto los elementos específicos que configuran el delito de robo, sin cuya actividad probatoria sobre tales elementos la condena por robo supondría una violación del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución. Para resolver si, en el presente caso, ha tenido lugar la violación denunciada en la demanda, hemos de verificar si se han traído al proceso, con las debidas garantías, medios probatorios sobre esas circunstancias específicas, aunque no nos «compete revisar la valoración que de tal prueba haya realizado el juzgador en conciencia, de acuerdo con el artículo 741 LECr., pues su jurisdicción respecto a la actuación de los Tribunales ordinarios, se reduce a determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales [arts. 119.3, 123.1 y 161 b) de la Constitución y 44 y 54 de la LOTC], sin que pueda ni deba actuar como una tercera instancia» (STC 174/1985, de 17 de diciembre).

Si bien es cierto que los medios de prueba válidos para desvirtuar al presunción de inocencia son, en principio, los utilizados en el juicio oral y los preconstituidos de imposible o muy difícil reproducción, ello no puede entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlos a contradicción (STC 80/1986, de 17 de junio).

Tampoco podría alegarse el juego del principio *in dubio pro reo*, que sólo opera cuando la prueba practicada no ha desvirtuado la presunción, *iuris tantum*, de inocencia.

(Sentencia de 23 de febrero de 1988. RA 563/86.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

## ARTÍCULO 25.1

### *Principio de legalidad*

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el significado de ese artículo constitucional, y los requisitos que de él se derivan para la imposición de sanciones administrativas. Así ha señalado que el artículo 25.1 CE comprende una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, y la segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas

conductas y reguladoras de aquellas sanciones (STC 42/1987, de 7 de abril, fundamento jurídico 2.º).

Ha de recordarse que, para delimitar el sentido del artículo 25.1 CE, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el significado del término «legislación vigente» en él contenido («nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyeran delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento») señalando que, en el aspecto penal, constitucionaliza el principio de legalidad de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en norma distinta o de rango inferior a la legislativa (STC 8/1981, de 30 de marzo, fundamento jurídico 3.º), que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (STC 18/1981, de 8 de junio, fundamento jurídico 2.º), y que, en consecuencia, la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 el límite consistente en el principio de legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, como consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan.

Desde esta perspectiva, la utilización del Decreto-ley para la previsión de tipos ilícitos y las correspondientes sanciones que supondría una contradicción con lo dispuesto en el artículo 25.1 al configurarse el Decreto-ley, según el artículo 86.1 CE, como «disposición legislativa» que se inserta en el ordenamiento jurídico (provisionalmente hasta su convalidación, y definitivamente tras ésta) como una norma dotada de fuerza y valor de Ley (STC 29/1982, de 31 de mayo, fundamento jurídico 2.º) y como tal, sujeta al recurso y cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal de acuerdo con lo previsto en el artículo 27.2 LOTC.

Conviene a este respecto precisar el alcance del referido mandato del artículo 86.1 CE. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha debido ya enfrentarse con la delimitación de la restricción que constitucionalmente se impone a los Decretos-leyes de no poder afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE, delimitación que ha efectuado, teniendo en cuenta la peculiar naturaleza y finalidad de ese tipo de normas. Ha señalado así que no cabe una interpretación de esa restricción que suponga el vaciamiento de la figura del Decreto-Ley, y su inutilidad absoluta, lo que resultaría del otorgamiento al verbo «afectar» de un contenido literal amplísimo (STC 111/1983, de 2 de diciembre, fundamento jurídico 8.º). Y ha indicado igualmente que, en consecuencia, la prohibición a que nos referimos ha de entenderse como impeditiva, no de cualquier incidencia en los derechos recogidos en el título I, sino de una regulación por Decreto-ley del régimen general de los derechos, deberes y libertades contenidos en ese título, así como de que «por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos», habida cuenta de la configuración constitucional del derecho de que se trate, e incluso de su posición en las diversas secciones en el texto constitucional (STC 111/1983, fundamento jurídico 8.º).

Este Tribunal ha confirmado que es necesario, para cumplir con lo querido en el artículo 25.1 CE, que se predeterminen en la norma legal, las conductas ilícitas y las correspondientes sanciones. Ahora bien, también ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 42/1987, de 7 de abril, fundamento jurídico 2.º) que

el alcance de esa reserva de Ley «no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias (STC 2/1987, de 21 de enero), bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (STC 87/1985, de 16 de julio) o materiales». El mandato del artículo 25.1 determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a normas reglamentarias, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica (de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de Ley) y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer. El artículo 25.1 CE, pues, prohíbe la remisión al reglamento que «haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (STC 83/1984, de 24 de julio), pero no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora.

(Sentencia de 21 de enero de 1988, CI 926/84 y 237/86.—«BOE» de 5 de febrero de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

«Este Tribunal ha venido reconociendo la transcendencia constitucional del principio de legalidad penal y, por ende, la relevancia constitucional de la prohibición de analogía.»

(Sentencia de 16 de diciembre de 1987. RI 255 y 292/85.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

V. Sentencia de 16 de febrero de 1988 sobre *Imprudencia: penalidad*. Artículo 565 CP.

V. Sentencia de 16 de febrero de 1988 sobre *Arresto sustitutorio*. Artículo 91 CP.

## ARTÍCULO 25.2

### *Reinserción social*

V. Sentencia de 16 de febrero de 1988 sobre —*Arresto sustitutorio*— Artículo 91 CP.

Este Tribunal se ha ocupado en numerosas ocasiones en interpretar el inciso del artículo 25.2 de la Constitución invocado por el recurrente. En el ATC 15/1984 (sección tercera) ya dijimos que dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos». La misma sección tercera, en su Auto de 10 de julio de 1985 (ATC 486/1985) dijo

que «lo que dispone el artículo 25.2 es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y a la reinserción social, mas no que a los responsables de un delito al que se anuda una privación de libertad se les condene la pena en función de la conducta observada durante el período de libertad provisional». Tras estas resoluciones y tras los AATC 303 y 780 de 1986, en los que se reiteraron las afirmaciones contenidas en los antes transcritos, añadiéndose además que «el artículo 25.2 de la Constitución no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad» (ATC 780/1986), esta Sala en su STC 2/1987, de 21 de enero, volvió a insistir en que, aunque no debe desconocerse la importancia del principio constitucional en él contenido, «el artículo 25.2 no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación».

(Sentencia de 23 de febrero de 1988. RA 580/87.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

#### ARTÍCULO 53.1

##### *Contenido esencial de los derechos fundamentales*

Según doctrina iniciada por la STC 11/1981, de 8 de abril, y recientemente recordada por la STC 37/1987, de 26 de marzo, la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo, y, por tanto, también de los derechos fundamentales de las personas, viene marcada en cada caso por el conjunto de «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin los cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales», lo cual también expresan las citadas sentencias, desde otro ángulo metodológico no contradictorio, ni incompatible con el anterior, como «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al Derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

(Sentencia de 11 de diciembre de 1987. CI 286/84.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

## ARTÍCULO 55.2

*Necesaria intervención judicial. Suspensión de los derechos y libertades*

Buena parte del contenido de los recursos hace referencia al alcance de la exigencia constitucional de la «necesaria intervención judicial». Se trata de un tema particularmente complejo, dada la difícil compatibilidad, puesta de relieve por la doctrina, entre la suspensión de los derechos previstos en los artículos 17.2 y 18.2 y 3 de la Constitución y el mantenimiento de una intervención judicial, calificada como «necesaria» en cada uno de dichos supuestos de suspensión. No cabe sacrificar enteramente ninguno de los dos contenidos del artículo 55.2 de la Constitución, ya sea la necesaria intervención judicial a la suspensión, ya sea esta última a la primera, pues la Constitución trata de hacer compatibles la suspensión de los derechos y la intervención judicial al respecto. Nos encontramos en un supuesto característico de aplicación del llamado «principio de concordancia práctica», que impone tratar de hacer compatible la suspensión de los derechos y la intervención judicial. Quiere ello decir que el respeto a la fuerza normativa de la Constitución exigiría mantener toda la eficacia posible de la intervención judicial que fuera compatible con la voluntad, también de la Constitución, de posibilitar una suspensión singular de estos derechos, teniendo en cuenta, además, que la finalidad del precepto es hacer posible esa suspensión, imponiendo, complementariamente y como garantía de esa suspensión, una intervención judicial que ha de hacerse en todo caso compatible con aquélla. Ello supone que en último extremo, pero sólo en último extremo, la «necesaria intervención judicial», debe modalizarse para asegurar la posibilidad de la suspensión.

Precisamente por ello, no cabe, como pretenden los recurrentes, un tratamiento unitario e idéntico para todos los casos y para todos los derechos a que se refiere el artículo 55.2 de la Constitución del alcance de la necesaria intervención judicial, sino que ésta ha de abordarse en relación con los específicos problemas que la misma plantea para cada uno de los derechos suspendibles, y también en relación con las circunstancias en las que esa suspensión haya de realizarse. En particular, los recurrentes insisten en la necesidad de que la intervención judicial sea en todo caso previa a la actuación gubernativa que supone la suspensión del derecho. La Constitución exige, desde luego, una intervención judicial, y que además ésta sea decisiva al respecto, que pueda ratificar o levantar la suspensión del derecho. Para su mayor efectividad la intervención judicial, debería preceder a la puesta en práctica de la suspensión. Sin embargo, ello no excluye el que en ciertos casos la efectividad de la suspensión misma requiera una actuación inmediata de la autoridad gubernativa, sin perjuicio de la intervención sucesiva del órgano judicial, de forma que la medida podría ser adoptada provisionalmente por la autoridad administrativa a reserva de su ratificación o levantamiento por la autoridad judicial. En estos casos extremos la efectividad de la suspensión puede requerir posponer la intervención judicial a un momento posterior a la actuación gubernativa, pero esta modalización de la necesaria intervención judicial para hacer posible la suspensión entra en la lógica misma de la previsión incluida en el artículo 55.2 de la Constitución. Si la intervención judicial en estos casos fuera idéntica a todos los efectos a la existente en el régimen común de los derechos de los artículos 17.2 y 18.2 y 3 de la Constitución, no cabría hablar, como la Constitución hace, de suspensión de tales derechos.

En todo caso, esa labor de ponderación y de compaginación de la suspensión y la intervención judicial ni puede ser examinada de forma general para todos los derechos afectados, ni tampoco, respecto a cada uno de ellos, supone una respuesta única que permita una solución rígida en favor o en contra de la posibilidad de que la intervención judicial haya de ser en todo caso previa a la actuación administrativa en que se concrete la suspensión del derecho en cuestión.

(Sentencia de 16 de diciembre de 1987. RIs 255 y 292/85.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

## II. LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### ARTÍCULO 35.2

*Cuestión de inconstitucionalidad. Juicio de relevancia. Presupuestos procesales del proceso judicial.*

La función del control de los presupuestos procesales de las cuestiones de inconstitucionalidad debe entenderse limitada a los que establece el artículo 35.2 LOTC como propios de las mismas, sin que sea extensible a los que corresponden al proceso judicial en el que se plantean, pues la observancia de los presupuestos de éste es competencia del órgano judicial ante el cual se promueve y no es integrable en el juicio de relevancia en cuanto que, respecto al mismo, lo único que nos incumbe comprobar es que venga exteriorizado en el Auto de planteamiento y resulte adecuado a los términos en que se expresa el citado artículo 35.2 LOTC y no incurra, por tanto, en notoria falta de fundamento o consistencia. Una vez realizada dicha comprobación con el resultado positivo de que se estima suficientemente justificada la dependencia de la decisión del proceso a la validez de la norma cuestionada, el control del juicio de relevancia queda agotado, al margen de que en el proceso judicial se cumplan o no los presupuestos formales que legalmente le corresponden.

Estos presupuestos son ajenos al ámbito objetivo de las cuestiones de inconstitucionalidad, las cuales se plantean «una vez concluso el procedimiento», según dispone el repetido artículo 35.2 LOTC y, por tanto, cuando el órgano judicial, en ejercicio de su exclusiva potestad jurisdiccional, considera que no existe obstáculo formal alguno que se oponga a la decisión de fondo, la cual queda pendiente, tan sólo, del pronunciamiento que dicte este Tribunal sobre la duda de inconstitucionalidad que dicho órgano judicial le plantea.

(Sentencia de 11 de diciembre de 1987. CI 286/84.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

## ARTÍCULO 44.1 C)

*Invocación formal del derecho constitucional violado*

Es, asimismo, doctrina reiteradísima que el requisito exigido por el artículo 44.1, c), LOTC no es un mero formalismo retórico o inútil, ni una fórmula inocua, pues su más profundo sentido reside en facilitar que los Jueces y Tribunales puedan cumplir su función de tutelar los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (STC 11/1982) o bien la de conseguir que los órganos judiciales ordinarios remedien por sí mismos la violación que ellos causen del derecho o libertad fundamental, dándoles la oportunidad de argumentar y pronunciarse sobre la cuestión que luego pueda ser objeto del recurso último y subsidiario de amparo. Y que esa invocación previa puede hacerse ante el mismo órgano judicial cuando exista un remedio procesal previsto, aunque las posibilidades de acogida sean remotas, o bien, ante el Tribunal superior directamente o por inadmisión del remedio a través del recurso procesal (STC 46/1983, de 27 de mayo). Todo ello, obviamente, para preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se trajeran cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos del Poder Judicial, que son los que de modo directo y en primer término garantizan los derechos fundamentales que la Constitución proclama (STC 75/1984, de 27 de junio).

(Sentencia de 18 de diciembre de 1987. RA 413/87.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

## III. CODIGO PENAL

## ARTÍCULO 10.15

*Reincidencia*

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1987 sobre *Reincidencia internacional*. Artículo 2.3 LO 9/84, de 26 de diciembre.

## ARTÍCULOS 57 bis a), 174 bis a) y 174 bis b)

*Bandas armadas y actividades rebeldes*

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1987 sobre *Bandas armadas y actividades rebeldes*. Artículo 1 LO 9/84, de 26 de diciembre.

## ARTÍCULO 91

*Arresto sustitutorio. Doctrina general*

a) Nada dice el precepto controvertido en orden a la identificación de la «responsabilidad personal y subsidiaria», cuya adopción encomienda al prudente



arbitrio del Tribunal para el caso de que no se satisficiera la multa. La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia y una práctica consuetudinaria de juzgados y tribunales han propendido a entender que se trata de un arresto, que debe ser cumplido en el correspondiente establecimiento penitenciario. Sin embargo, la amplitud y la extensión de esa doctrina y jurisprudencia, adoptadas o establecidas en momentos anteriores a la vigencia de la Constitución, no pueden significar que sea lo que hoy deba aceptarse como la más conforme con nuestra norma suprema. Ante todo, ha de señalarse que la idea de una «responsabilidad personal y subsidiaria» fue introducida en el Código penal de 1932 con el fin de sustituir, e indudablemente suavizar, la norma del artículo 50 CP de 1870, cuya referencia a la prisión era inequívoca. Ha de señalarse también que después del Código de 1932 y del de 1944, que mantuvo ya idéntica redacción, no faltaron voces autorizadas, aunque minoritarias, que entendieron que la configuración de la modalidad de esta responsabilidad debe fijarla el Tribunal, tal como el artículo establece, lo que significa, obviamente, la posibilidad de elegir fórmulas de restricción de la libertad, que encajen mejor con el sentido general del precepto y con una interpretación del mismo favorecedora de las menores restricciones de la libertad individual, lo que sucede, muy en particular, con el arresto domiciliario.

No constituye obstáculo para esta conclusión la disposición que contiene el artículo 93 del mismo Código penal, pues, si bien a primera vista, al señalar las condiciones para la suspensión del cumplimiento de la pena, parece asimilar la responsabilidad personal y subsidiaria por falta de pago en caso de multa a una privación de libertad, lo cierto es que tal conclusión no es en modo alguno necesaria, porque el precepto está referido únicamente a aquellos casos en que, por decisión del Tribunal, la responsabilización subsidiaria se haya configurado como efectiva privación de libertad.

b) La segunda característica que es menester destacar de la regulación legal de la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa en el ordenamiento penal vigente es el número de paliativos y de suavizaciones de que aparece rodeada. Así, el artículo 91 le señala un plazo máximo de duración: seis meses cuando se hubiese procedido por razón de delito y quince días cuando hubiese sido por falta. Además, se permite, según el artículo 93 antes citado, la suspensión condicional de la condena. Por último, el párrafo 2.º del artículo 90 autoriza que el Tribunal disponga el pago de la suma en plazos, dejándole en completa libertad respecto del número de plazos, el tiempo de duración y el importe de cada uno de ellos, de forma que, en todo caso, pueda realizarse del modo que se acomode mejor a las posibilidades reales del condenado a la pena de multa cualesquiera que aquéllas fuesen.

Es verdad que todos estos paliativos o suavizaciones, según la letra del Código penal, se dejan al prudente arbitrio del Tribunal, pero es igualmente cierto, como también hemos dejado dicho, que nada obliga a entender que tal facultad sea enteramente discrecional. Antes bien, la decisión del Tribunal ha de adoptarse conforme a la interpretación del sentido global del ordenamiento jurídico y de acuerdo con una interpretación conforme a la Constitución, dentro de la cual, como también hemos recordado, rige un principio de favor de la libertad individual y de la menor restricción de ella.

c) No puede omitirse alguna referencia a la notoria polémica suscitada entre los penalistas sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad personal subsidia-

ria de que habla el artículo 91 del Código penal. Un importante sector doctrinal la considera como pena y como pena de arresto, de suerte que la norma del citado precepto vendría a producir, o a permitir, una transformación o conversión de una pena inicial en otra de contornos y características similares. Sin embargo, seguramente con mejores argumentos, se ha sostenido que la previsión del artículo 91 CP no es propiamente una pena por no hallarse incluida en la escala del artículo 27 del Código y que, en consecuencia, no puede participar de la naturaleza jurídica de la pena y de los fines de corrección y readaptación por ésta perseguidos, recordándose alguna línea jurisprudencial del Tribunal Supremo (por ejemplo, S. de 21 de junio de 1955) que determina que se trata de una modalidad elegida por la Ley para que en casos de inejecución la pena efectivamente impuesta se cumpla.

d) Ha de señalarse, por último, que la idea de la excusión de bienes en el artículo 91 CP («una vez hecha excusión de sus bienes»), que a primera vista puede considerarse introductoria de un factor de diferenciación, aparece por primera vez, en la LO 8/1983, con el fin de impedir la opción o alternativa de pagar la multa o sufrir el arresto, como algo dejado a la libertad del condenado que la doctrina admitía en las redacciones anteriores del Código penal. La exigencia de una excusión de los bienes trata, según los comentaristas más autorizados, de poner fin al carácter opcional y obligar, dentro de lo posible, a que la pena se cumpla según su propio tenor. Y, efectivamente, cualquiera que sea el rigor técnico del concepto utilizado, que no tiene porqué ser examinado aquí, a la idea de excusión de los bienes no puede atribuírsele otro sentido, siendo hoy en día muy escasas las opciones doctrinales que sostienen que, pese a la reforma, continúa existiendo en favor del penado la citada alternativa u opción.

### *Derecho a la libertad*

La responsabilidad personal subsidiaria que se prevé en el artículo 91 CP ha sido ordenada por el legislador, mediante la ya citada LO 8/1983, para su aplicación, cuando se den las circunstancias de impago de la multa a que el mismo precepto se refiere, a quien haya sido condenado por la comisión de un ilícito penal (delito o falta) que tenga legalmente atribuida aquella pena de carácter patrimonial. Por las garantías que rodean la aplicación de la medida en cuestión —su previsión en Ley Orgánica y su adopción sólo al término del debido proceso judicial, llamado en este caso a la depuración de una responsabilidad criminal—, no puede decirse que el precepto examinado conculque la norma constitucional que declara el derecho de todos a la libertad, pues en su artículo 17.1 la Constitución ha concretado tal garantía, en lo que ahora importa, imponiendo que la privación o restricción de la libertad no se lleva a cabo sino «en los casos y en la forma previstos en la Ley»; y entre las hipótesis que justifican constitucionalmente la privación o restricción *pro tempore* de la libertad se halla la de haber sido el individuo «penado legalmente en virtud de sentencia dictada por un Tribunal competente» [ap. 1, a) del art. 5.º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950]. No otra cosa ha venido recordando este Tribunal al interpretar, en procesos anteriores, las garantías del derecho a la libertad personal (por todas las resoluciones en este sentido, y con expresada referencia al carácter de Ley orgánica

con el que ha de ser adoptada la disposición que así prevea una supresión del derecho. STC 140/1986, de 11 de noviembre, fundamentos jurídicos 4.º y 6.º).

### *Principio de culpabilidad*

No es necesario ahora entrar a determinar en qué medida el principio *nullum crimen sine culpa* puede ser deducido de los dictados constitucionales, ni cuál fuera, en tal caso, su basamento normativo propio (al respecto, STC 65/1986, de 22 de mayo, fundamento jurídico 3.º), pues basta con apreciar, para resolver sobre este fundamento de la cuestión, que la privación subsidiaria de libertad contemplada en el artículo 91 CP no está llamada a recaer sobre una persona al margen y con independencia de toda estimación sobre su culpabilidad, sino, según antes advertimos, en tanto que medida sustitutoria de un apena —inejecutable— asignada al término del debido proceso judicial, a quien ha sido precisamente considerado culpable por la realización de la acción típica y antijurídica sancionada por la Ley penal. La insolvencia no es el fundamento de la inejecutabilidad de la pena patrimonial, no es el fundamento de la posible aplicación de la medida subsidiaria que se considera. La finalidad de la sustitución es la de procurar que no quede sin sanción, en esta hipótesis, una determinada transgresión del ordenamiento penal. Como observa el Letrado del Estado, aquel fundamento para la aplicación de la medida no se puede considerar distinto del que llevó a la condena misma del acusado en el procedimiento criminal, de tal forma que el dolo o la culpa que en ese proceso fueron apreciados por el juzgador no son en modo alguno disociables de las consecuencias sancionadoras ligadas por la Ley, principal o subsidiariamente, a la condena en tal culpabilidad motivada.

### *Principio de igualdad*

Esta disposición legal, en efecto, no puede ser entendida sino como una regla adicional o complementaria respecto de todas y cada una de las que, a lo largo del articulado del Código sancionador, prevén una penalidad de multa para el supuesto de la comisión de determinado ilícito y su sentido no es otro que el de ordenar una previsión específica —no «diferenciadora»— para la hipótesis en la cual la regla general (impositiva de la pena de multa) se resintiese de una aplicación inevitablemente diversa al proyectarse el mandato abstracto de la norma sancionadora sobre realidades fácticas distintas. Ninguna diferenciación es, pues, imputable a la acción del legislador que adoptó este precepto, pues sea cual sea el criterio que se sostenga sobre el tipo de respuesta normativa dada a la hipótesis del impago de la multa, la previsión específica de tal eventualidad y de los efectos que habrían de reconocerse a la inejecutabilidad de la pena patrimonial era, sin duda, obligada. Diferentes así, los igualmente sujetos a la pena de multa en razón de su diversa capacidad para sufrirla efectivamente, no es posible establecer el parangón que da lugar al juicio de igualdad entre unos y otros —entre los solventes y quienes no lo sean—, ni considerar a la luz de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, por lo mismo, la validez de una norma legal que, en lo que ahora importa, se ha limitado a disponer una previ-

sión específica para hacer frente a un supuesto en el que habría de quebrar, por causa de las diferencias patrimoniales entre los igualmente sujetos a la Ley penal, la generalidad del mandato sancionador.

### *Principio de proporcionalidad*

En el presente caso, sin embargo, no estamos enjuiciando la previsión normativa de una medida que se oriente como tal a un fin singular respecto del cual pudiera medirse, a través de un criterio de adecuación, la proporcionalidad de la medida misma. Estamos considerando la constitucionalidad de una responsabilidad personal dispuesta por la Ley penal, que tiene, por tanto, su fundamento material en la reacción prevista por el ordenamiento frente a su contravención, sin perjuicio de que la medida en cuestión venga a sustituir, con un común fundamento sancionador, a la pena de multa inejecutable, procurando así al Ley —y éste es, desde luego, un fin constitucionalmente inobjetable— que no queden sin sanción delitos o faltas por la circunstancia de que la pena establecida pueda resultar inefectiva sobre algunos de los responsables del ilícito. Es cierto que frente a los casos de insolvencia pueden concebirse respuestas normativas distintas a la que hoy recoge el artículo 91 CP, aunque también lo es que tales hipotéticas alternativas legales —de no aceptarse la pura y simple exención de toda sanción— han de incidir, de un modo u otro, sobre la persona. En todo caso, este Tribunal no ha de hacer las veces de legislador ni puede, específicamente, considerar arbitrarias las determinaciones de éste cuando las mismas, no expresamente prohibidas por la Constitución, tienen su fundamento, como en el presente caso ocurre, en la previa apreciación de la responsabilidad criminal de quien quebrantó la Ley penal, sin que —como se dijo— sea aquí posible, por las propias características de la norma enjuiciada, ponderar la proporción entre la medida legalmente prevista y el daño inferido en el bien penalmente tutelado. Fundamentada de este modo la privación de libertad, que no es instrumento para la consecución de ninguna finalidad exterior a la norma, el juicio de proporcionalidad que se nos plantea se ha de detener aquí, sin que nos sea posible, como ya dijimos en la STC 180/1985, de 19 de diciembre (fundamento jurídico 2.º), proceder a ulteriores indagaciones sobre la corrección de la opción concreta incorporada a la norma ni, por lo mismo, hacer declaración alguna en orden a hipotéticas formulaciones del precepto distintas de la actual y que, expresando una decisión igualmente legítima, acaso mitigasen o matizasen —cabe añadir ahora— la gravedad de la responsabilidad personal cuya validez se cuestiona.

En suma, la norma enjuiciada no puede considerarse inconstitucional por desproporcionada, rodeada, como está, del conjunto de paliativos y de suavizaciones con que nuestro legislador penal la adorna y dado que el conjunto de variantes dejados a la decisión del Tribunal, con el fin de adecuar sus consecuencias a las características de cada caso, decisión, que, como hemos dicho, no pertenece a su libre discreción, sino que debe ser adoptada en virtud de una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos por la Constitución. Podrá existir, si acaso, desproporción en algunas de las aplicaciones concretas que de la norma se hagan a las que pueda tildarse de inconstitucionales. Mas la eventualidad de tales aplicaciones no empaña el juicio que la norma, en sí misma considerada, merece. Si eventualmente en algún caso de desproporciona-

da aplicación la inconstitucionalidad se produjera, están abiertas las vías de corrección y de rectificación a través de los recursos ordinarios en la vía judicial a través del recurso de casación, por no tratarse de actividad discrecional, sino reglada y, finalmente, a través del recurso de amparo constitucional ante este Tribunal en la medida en que se hayan violado los derechos fundamentales y las libertades públicas que a este Tribunal toca proteger.

### *Reinserción social*

Dispone allí la norma fundamental, en efecto, que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social», pero de esta declaración constitucional no se sigue ni el que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución «la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista» (Auto de la Sala Primera, de 19 de noviembre de 1986, Asunto 780/86). Puede aceptarse de principio que las penas cortas privativas de libertad —y las medidas a ellas asimiladas por la Ley, como ésta que consideramos— se prestan con dificultad mayor a la consecución de los fines aquí designados por la Constitución, pero, con independencia de que la posible frustración de tal finalidad habría de apreciarse atendiendo tanto a la duración de cada medida concreta como a su modo de cumplimiento, esta sola posibilidad no puede llevar a la invalidación del enunciado legal. La reeducación y la resocialización —que no descartan, como hemos dicho, otros fines válidos de la norma punitiva— han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que éstas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial de este artículo 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla, y sin perjuicio de que la misma pueda resultar trascendente a otros efectos, de innecesaria consideración ahora. No cabe pues, en su virtud, descartar, sin más, como inconstitucionales todas cuantas medidas privativas de libertad —tengan o no el carácter de «pena»— puedan parecer inadecuadas, por su relativamente corta duración, para cumplir los fines allí impuestos a la Ley y a la Administración penitenciarias.

### *Principios de organización social*

Pero aun dictada la medida que aquí se enjuicia como último recurso para asegurar la común sujeción de todos a la Ley penal, no cabe compartir la conclusión de que con ello se contrarie lo dispuesto en el citado artículo 9.2. Puede imponer este precepto, como consideración de principio, la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia norma fundamental y así este Tribunal ha tenido ya ocasión de señalar que lo proclamado en el repetido artículo 9.2 puede exigir

un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial (STC 114/1983, de 6 de diciembre, fundamento jurídico 2.º; en términos análogos, STC 98/1985, de 29 de julio, fundamento jurídico 9.º). Mas el precepto no puede ser invocado para sostener la inconstitucionalidad de las previsiones normativas que, con unos u otros contenidos preceptivos, aseguren, sin quiebras singulares, la sanción debida de las normas que definen el *agere licere* en el ordenamiento y que así preserven los bienes objeto de tutela penal. En la norma concreta que aquí consideramos no se extraen consecuencias desfavorables del hecho de la carencia de recursos, lo que entrañaría la más patente perversión de los principios que ordenan nuestro Derecho. La norma busca, estrictamente, mantener, aunque a través de una medida específica, la común sujeción de todo el ordenamiento, modulando, para estos casos, la reacción frente a su contravención que el legislador ha considerado pertinente establecer. No es, en definitiva, el objeto de la disposición cuestionada una circunstancia económica determinada, sino una situación de contravención del ordenamiento, apreciada al término del debido proceso judicial, frente a la que, en ausencia de previsiones legales específicas, carecería de eficacia la norma punitiva de carácter patrimonial. No estamos pues, ante la inaceptable sanción de la pobreza que se sugiere en el Auto de remisión, sino, según hemos indicado repetidamente.

(Sentencia de 16 de febrero de 1988. CI 593/87.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.)

## ARTÍCULO 92

### *Remisión condicional*

No corresponde a este Tribunal determinar si procede la remisión condicional de la pena, salvo en el extremo de que su concesión no puede estar subordinada al pago de las costas y de la indemnización por responsabilidad civil.

(Sentencia de 4 de febrero de 1988. RA 641/86.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

## ARTÍCULO 340 bis a)

### *Conducción en estado de embriaguez*

Hay que decir que el delito introducido por el artículo 340 bis, a), 1, CP, como un tipo autónomo de los delitos contra la seguridad del tráfico que, con independencia de resultados lesivos, sanciona, entre otros supuestos, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, requiere no sólo la presencia de determinada concentración alcohólica como entiende la sentencia recurrida, sino que, además, esa circunstancia influya o se proyecte en la conducción. En la sentencia de este Tribunal 145/1985, de 28 de octubre, al analizar el valor del *test* alcoholométrico como elemento determinante del supuesto delictivo, ya se dijo que dicho supuesto «no consiste en la presencia de un determinado grado

de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas». Y en este mismo sentido en la STC 148/1985, de 30 de octubre, se afirma que «la influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que, consecuentemente, requiere una valoración del Juez en el que éste deberá comprobar si en el caso concreto de que se trate el conductor se encontraba afectado por el alcohol». No basta, pues, para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aunque resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la Ley exige —de cuyo tema nos ocuparemos a continuación—, sería también necesario comprobar su influencia en la conducción; comprobación que, naturalmente, habrá de realizar el juzgador ponderando todos los medios de prueba que, obrantes en autos, reúnan dichas garantías.

(Sentencia de 18 de febrero de 1988. RA 205/86.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Fernando García-Mon.)

#### ARTÍCULO 565

##### *Imprudencia: penalidad*

La argumentación del recurrente en amparo consiste, esencialmente, en afirmar que, habiéndosele considerado autor de un delito de imprudencia temeraria cometido con vehículo de motor, con resultado de lesiones, la pena que correspondía aplicar, a consecuencia de lo mandado en el artículo 565, párrafo 4.º, CP, era la inmediatamente inferior a la prevista en el artículo 420.4 del mismo Código; y al ser ésta de arresto mayor y multa, la pena inmediatamente inferior sería, de acuerdo con la jurisprudencia que aporta, la de multa, y no la impuesta de arresto mayor. Ahora bien, lo cierto es que el *Juzgado de Arenas de San Pedro* y, más extensamente, la Audiencia Provincial, justifican una solución contraria, consistente en estimar —aduciendo también citas jurisprudenciales—, que la pena inmediatamente inferior a la del artículo 402.4 CP es la de arresto mayor, sin el aditamento de multa. No cabe duda, a la vista de las resoluciones mencionadas, que lo que aquí se discute es una determinada interpretación de las normas legales (la relativa a cuál sea la pena «inmediatamente inferior» a que se refiere el art. 565, ap. 4.º, CP) y no la ausencia de tipos o sanciones penales legalmente previstas que originasen una falta de cobertura legal para las resoluciones que se impugnan. Lo cierto es que el recurrente ha sido condenado, en virtud de una disposición legal vigente en el momento de ocurrir los hechos objeto del proceso, de acuerdo con el tipo penal allí previsto, y a una sanción contenida en la norma; el examen de los hechos para su subsunción en el tipo legal, y la determinación de la pena a imponer, en consecuencia, de acuerdo con los mandatos del Código Penal, es tarea que incumbe a los Tribunales ordinarios, según con lo mandado en el artículo 117 CE, sin que este Tribunal, al examinar si se ha respetado el principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 CE, pueda sustituir al Juez o Tribunal ordinario en esa subsunción y determinación, una vez verificada la existencia de la previsión legal de la sanción aplicada, y la no manifiesta irrazonabilidad de la resolución sancionadora. En el presente caso se

confirma la existencia de la primera (art. 565, en relación con el art. 420.4 CP) y no hay indicios de la segunda, al haberse motivado coherente y razonadamente las sentencias que se impugnan, dentro de los límites más estrictos de la legalidad.

(Sentencia de 16 de febrero de 1988. RA 1.060/86.—«BOE» de 1 de marzo de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

#### ARTÍCULO 570.5

##### *Falta de respeto por Letrado a la Autoridad Judicial*

V. Sentencia de 9 de marzo de 1988 sobre *Corrección disciplinaria de Abogados*. Artículos 448 y siguientes LOPJ.

### IV. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

#### ARTÍCULO 492

##### *Detención*

V. Sentencia de 18 de febrero de 1988 sobre *Derecho a la libertad*. Artículo 17.1 CE.

#### ARTÍCULO 520 bis

##### *Tiempo máximo de la detención. Incomunicación*

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1987 sobre *Detención preventiva e incomunicación del detenido*. Artículos 13 y 15.1 LO 9/84, de 26 de diciembre.

#### ARTÍCULO 527 a)

##### *Incomunicación del detenido. Letrado designado de oficio*

La especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos o las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos pueden hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto, a fin de evitar que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propicien que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyen u ocultan pruebas de su comisión.

En atención a ello, la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede a la autoridad judicial la competencia exclusiva para decretar la incomunicación del detenido, medida excepcional de breve plazo de duración que tiene por objeto aislar al detenido de relaciones personales, que pueden ser utilizadas para transmitir al



exterior noticias de la investigación en perjuicio del éxito de ésta. En tal situación, la imposición de Abogado de oficio se revela como una medida más de las que el legislador, dentro de su poder de regulación del derecho a la asistencia letrada, establece al objeto de reforzar el secreto de las investigaciones criminales.

Teniendo en cuenta que la persecución y castigo de los delitos son pieza esencial de la defensa de la paz social y de la seguridad ciudadana, los cuales son bienes reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 de la Constitución y, por tanto, constitucionalmente protegidos, la limitación establecida en el artículo 527, a) LECr. encuentra justificación en la protección de dichos bienes que, al entrar en conflicto con el derecho de asistencia letrada al detenido, habilitan al legislador para que, en uso de la reserva específica que le confiere el artículo 17.3 de la Constitución, proceda a su conciliación, impidiendo la modalidad de libre elección de Abogado.

De esta forma, la medida de incomunicación del detenido adoptada bajo las condiciones previstas en la Ley sirven en forma mediata a la protección de valores garantizados por la Constitución y permiten al Estado cumplir con su deber constitucional de proporcionar seguridad a los ciudadanos, aumentando su confianza en la capacidad funcional de las instituciones estatales. De ello resulta que la limitación temporal del detenido incomunicado en el ejercicio de su derecho de libre designación de Abogado, que no le impide proceder a ella una vez haya cesado la incomunicación, no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada, sino de conciliación ponderada del derecho de asistencia letrada —cuya efectividad no se perjudica— con los valores constitucionales citados, pues la limitación que le impone a ese derecho fundamental se encuentra en relación razonable con el resultado perseguido, ajustándose a la exigencia de proporcionalidad de las leyes.

Esta declaración no contradice en modo alguno los convenios internacionales suscritos por España, cuyo valor interpretativo de los derechos fundamentales y libertades públicas se consagra en el artículo 10.2 de la Constitución, pues ya hemos señalado que estos derechos son más restrictivos en materia de asistencia letrada al detenido que en nuestra Constitución en cuanto que no incluyen este derecho entre los que se reconocen al detenido por los mencionados artículos 5 del Convenio Europeo de Roma y 9 del Pacto Internacional de Nueva York; el derecho a la libre elección de Abogado tan sólo se reconoce en los artículos 6 y 14 de los mismos en relación con el acusado en proceso penal, supuesto no aplicable al detenido o preso en diligencias policiales o judiciales, que es el contemplado en el artículo 527, a) LECr., en redacción aprobada por LO 14/1983, de 12 de diciembre, que desarrolla el derecho de asistencia letrada reconocido al detenido y previsto en el artículo 17.3 de la Constitución y no el que garantiza el artículo 24.2 de la misma Ley fundamental.

En consecuencia con todo lo argumentado, procede considerar que, en nuestro orden constitucional, el artículo 527, a) LECr. no vulnera el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada garantizado al detenido por el artículo 17.3 de la Constitución, pues ello es conclusión a la que conduce la interpretación y aplicación de la Constitución, concebida como una totalidad normativa garantizadora de un orden de convivencia integrado por un conjunto de derechos y valores, que el legislador tiene el deber de armonizar mediante fórmulas que permitan la adecuada protección de cada uno de ellos a través de limitaciones coordinadas y razonables, evitando el desequilibrio del orden constitucional que ocasiona la

prevalencia absoluta e ilimitada de uno sobre los demás, los cuales resultarían así desconocidos y sacrificados con grave quebranto de los mandatos constitucionales que imponen a todos los poderes públicos el deber de protegerlos y hacerlos efectivos en coexistencia con todos aquellos otros con los que concurren.

Idéntica doctrina en Sentencia de 21 de marzo de 1988.—«BOE» de 12 de abril de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.

(Sentencia de 11 de diciembre de 1987. CI 286/84.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

#### ARTÍCULO 553

##### *Registro domiciliario*

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1988 sobre *Registro domiciliario*. Artículo 16 LO 9/84, de 26 de diciembre.

#### ARTÍCULO 579

##### *Observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas*

V. Sentencia de 16 de diciembre de 1987 sobre *estas cuestiones*. Artículo 17 LO 9/84, de 26 de diciembre.

#### ARTÍCULO 637

##### *Sobreseimiento libre*

No resulta posible formular una crítica de carácter constitucional a la regulación que del sistema del sobreseimiento hace nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ninguna tacha puede oponerse al sistema del sobreseimiento libre previsto en el artículo 637 para los casos en que no existen indicios racionales de haberse perpetrado los hechos y para los casos en que los hechos no son constitutivos de delito o en que hay una manifiesta exención de responsabilidad criminal, así como en aquellos otros en que prospera lo que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal denomina artículo de previo y especial pronunciamiento, según el artículo 675.

(Sentencia de 10 de marzo de 1988. RA 1.263/86.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

##### *Sobreseimiento provisional*

Es cierto que han existido críticas doctrinales al sistema del sobreseimiento provisional, sin que hayan faltado opiniones que ven en él un resurgimiento de la vieja figura de la absolucón en la instancia hoy proscrita por el artícu-

lo 742 LECr. Hay que dejar constancia de posibles abusos en la utilización práctica de esta figura, pero de ello no puede seguirse su genérica falta de legitimidad constitucional, sino sólo de remedio de tales abusos. No hay —desde luego— falta de legitimidad constitucional, en los casos en que el procedimiento penal no ha llegado a dirigirse contra ninguna persona por no habersele demostrado la participación de ninguna en los hechos perseguidos, mas tampoco puede formularse la crítica en aquellos otros casos en que, aun habiendo existido con anterioridad un procesamiento, éste resulta revocado o levantado. Se ha señalado acertadamente que nada impone a los órganos del Estado la obligación de sostener una acusación que conduzca necesariamente a una absolución por falta de pruebas y que nada debe impedir una eventual y posible reapertura de las investigaciones sumariales si llegan a producirse nuevas pruebas demostrativas de la existencia del delito imputado y de la participación que determinadas personas puedan haber tenido en él, pues nada impone, fuera de los términos de prescripción del delito, una renuncia al *ius puniendi* del Estado y a la de persecución de las actividades criminales.

(Sentencia de 10 de marzo de 1988. RA 1.263/86.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

#### ARTÍCULO 675

##### *Artículo de previo y especial pronunciamiento*

V. Sentencia de 10 de marzo de 1988 sobre *Sobreseimiento libre*. Artículo 637 LECr.

#### ARTÍCULOS 733 y 851.4

##### *Tesis. Penas: imposición de penas superiores a las solicitadas*

V. Sentencias de 1 y 16 de febrero de 1988 sobre *Principio acusatorio*. Artículo 24.2 CE.

#### ARTÍCULO 741

##### *Libre apreciación de la prueba*

V. Sentencia de 23 de febrero de 1988 sobre *Presunción de inocencia*. Artículo 24.2 CE.

V. Sentencia de 18 de febrero de 1988 sobre *Presunción de inocencia*. Artículo 24.2 CE.

## ARTÍCULO 847

*Recurso de casación: derecho al recurso*

Este Tribunal se ha ocupado en numerosas sentencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con la casación penal y con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, firmado el 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en septiembre de 1976, vigente entre nosotros desde el 27 de julio de 1977, a tenor de lo dispuesto en el instrumento de ratificación y, desde luego, vigente en la actualidad *ex Constitutione*, puesto que el artículo 96.1 dispone que los tratados válidamente celebrados y oficialmente publicados «formarán parte del ordenamiento interno». En atención a ello, y sin olvidar que las normas relativas a derechos fundamentales deben ser interpretadas de conformidad, entre otros parámetros, con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias (art. 102 CE), este Tribunal ha perfilado el contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la casación penal.

Como hemos declarado en numerosas resoluciones, el derecho a una tutela judicial comprende no sólo el de acceso a los Tribunales, sino también el derecho a los recursos que para cada género de procesos estén establecidos en el ordenamiento. El legislador, en principio, es libre para disponer cuál sea el régimen de recursos dentro de cada proceso, pero esa disponibilidad tiene un límite en el proceso penal que viene impuesto por el artículo 14.5 del pacto citado, según el cual «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior conforme a lo prescrito por la Ley». «Este mandato —como dijimos en la STC 42/1982— no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes», pero obliga a considerar que entre las garantías derivadas del artículo 24 CE se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior. La libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el artículo 14.5 del pacto («...conforme a lo prescrito por la Ley»). Ello permite que en nuestro ordenamiento cumpla tal función en determinados supuestos el recurso de apelación, lo que nos condujo en el caso de la STC 42/1982 antes citada a otorgar el amparo a quien se había visto obligado de apelación y a reconocer su derecho a que se le admitiera a trámite el recurso de apelación por él intentado; y permite, asimismo, que dentro del ordenamiento y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador sea la casación penal el recurso que abra el condenado en la instancia el acceso a un Tribunal superior, bien entendido que, creada la casación por el legislador interno para determinados supuestos, «tal garantía procesal ha de estar a disposición de todas las partes» (STC 76/1982), lo que nos llevó en otro proceso a declarar inconstitucional una norma que lo restringía en favor sólo del Ministerio Fiscal. De la lectura del artículo 14.5 del pacto «se desprende claramente que no establece propiamente una doble instancia», sino un sometimiento del fallo y la pena a un Tribunal superior, y como estos requisitos se dan en nuestra casación, este Tribunal ha entendido que tal recurso a pesar de su cognición restringida, cumple la función revisora y garantizadora exigida por el artículo 14.5 del pacto.

Ahora bien, la interpretación integradora entre el derecho a la tutela judicial,

el derecho al sometimiento a un Tribunal superior y la regulación interna de la casación penal impone varias consecuencias ineludibles. Es la primera que la casación penal «no está sólo al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que el desenvolver esta función (la del art. 14.5 del pacto) protege también al justiciable» (STC 60/1985). Es la segunda, muy ligada a la anterior, que de todo ello deriva no sólo un mandato al legislador interno, sino un derecho fundamental para el ciudadano, de tal manera que la norma que lo contradiga será inconstitucional, «inconstitucionalidad que no nace de su contradicción directa con el artículo 14.5 del pacto, sino de su contradicción con el artículo 24 de la Constitución» (STC 76/1982). La tercera consecuencia, válida para casos ya resueltos aquí y también para el presente, es que ese recurso puede ser la casación penal, y ese Tribunal Superior, el Tribunal Supremo, «juzgando en casación»; «recurso al que, si previsto en la Ley y con las condiciones por ella requerida, tendrá derecho aquél contra quien se hubiere dictado Sentencia condenatoria (STC 60/1985).

(Sentencia de 5 de marzo de 1988. RA 604/85.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

#### ARTÍCULO 851.3

##### *Incongruencia omisiva*

V. Sentencia de 22 de enero de 1988 sobre *Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*. Artículo 24.2 CE.

#### ARTÍCULO 876, párrafo 2.º, inciso final

##### *Inadmisión. Dictamen de Letrados y Fiscal*

Al declarar nosotros derogado por contrario al artículo 24.1 CE el inciso final del párrafo 2.º, del artículo 876 LECr., el legislador deberá proveer con una norma de rango legal que disponga qué ha de hacer la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando se produzca el triple supuesto de hecho previsto en tal párrafo. Las garantías que éste contiene desde la reforma de 1949 no son en sí mismas contrarias a ningún precepto constitucional, pero son insuficientes en cuanto que pueden abocar el condenado a una situación en la que quede sin defensa y, por ende, sin recurso. El legislador, dentro de su libertad de acción, pero dentro de los límites constitucionales, deberá completar el precepto de manera tal que el condenado en la instancia no pueda verse privado del recurso de casación por falta de defensa, y como tratándose de un recurso eminentemente técnico como es la casación en España, no es pensable que el propio recurrente asuma la auto-defensa, el legislador habrá de regular las dos formas de asistencia de Letrado de modo tal que por un lado, el derecho prestacional asumido por el Estado en el artículo 876 (nombramiento de Abogado de oficio) no desemboque en una simple designación sin asistencia efectiva, y, por otro, de tal manera que la legítima opción por la asistencia del turno de oficio no impida al ciudadano recurrente acudir en su caso a un Abogado de su simple designación.

Dentro de estos límites la elección del legislador tiene un amplio margen de libertad que este Tribunal ni puede ni debe restringir.

Mientras el legislador no se pronuncie en favor de alguna de las opciones compatibles con los citados límites derivados *ex Constitutione*, la Sala Segunda del Tribunal Supremo habrá de utilizar las posibilidades que le brinda el ordenamiento de modo que quien quiere recurrir y quiere y debe ser defendido no se vea privado de uno y de otro derechos fundamentales, ya que, como bien se dijo en la citada STC 42/1982, «deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de este género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento», comenzando por hacer algo que el artículo 876 no le impone ni le prohíbe, pero que viene exigido como consecuencia lógica de todo lo antedicho, a saber, comunicar al condenado en la instancia las decisiones tomadas sucesivamente por cada Letrado y por el Fiscal a fin de que el recurrente pueda reaccionar oportunamente.

(Sentencia de 5 de marzo de 1988. RA 604/85.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

## V. LEYES ESPECIALES

### LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

#### ARTÍCULO 448

##### *Corrección disciplinaria de Abogados y Procuradores*

El artículo 448 LOPJ dispone que «los Abogados y Procuradores que intervengan en los pleitos y causas, cuando incumplan las obligaciones que les impone esta Ley o las leyes procesales, podrán ser corregidos a tenor de lo dispuesto en este Título, siempre que el hecho no constituya delito». El artículo 449 enumera las conductas de Abogados y Procuradores que son sancionables disciplinariamente, y el artículo 450 establece las correcciones que pueden imponerse. A tenor del artículo 451, tales correcciones se impondrán por el Juez o por la Sala ante la que se sigan las actuaciones, y contra ellas cabrán los recursos previstos en el artículo 452. Como se desprende de esta referencia, el régimen de sanciones instaurado por la Ley Orgánica del Poder Judicial implica para el Abogado no tanto una mayor garantía cuanto un traslado del proceso sancionador del Derecho penal al Derecho disciplinario, que obviamente favorece y potencia el derecho de defensa, al evitar el desdoro que para un profesional del Derecho supone el que, por lo dicho o escrito en el proceso en el ejercicio de su función al servicio del ciudadano, pueda ser llevado a un juicio de faltas. Esta sustracción del asunto del ámbito penal y su adscripción al disciplinario trae consigo la consecuencia significativa de que el Abogado sólo responda ante el propio Juez o la propia Sala de lo que ante ellos haga en su actuación forense como cooperante con la Administración de Justicia.

Con ello, la cuestión de si para sancionar una determinada conducta ilícita del Abogado en el ejercicio de su actuación forense ha de acudir a la vía penal

o a la disciplinaria, deja de ser una cuestión de legalidad ordinaria, por cuanto la «libertad de expresión y defensa» de aquél, cuya protección, según vimos, vincula el artículo 437.1 LOPJ a la «dignidad de su función», tiene su raíz en el artículo 20.1, a), CE, en relación con el 24.2. Tratándose de conductas no constitutivas de delito, el régimen sancionador aplicable a los Abogados y Procuradores por su actuación forense habrá de ser el de los artículos 448 y siguientes de la LOPJ, con preferencia sobre el establecido con carácter general para las conductas constitutivas de falta. Así lo exige no sólo el carácter de régimen especial constituido por dichos artículos 448 y siguientes, que ha de prevalecer en su aplicación frente al régimen sancionador de las faltas, sino también, y sobre todo, porque el régimen de corrección disciplinaria establecido por dichos artículos 448 a 453 LOPJ lo ha sido al servicio de bienes y valores constitucionales reconocidos por los artículos 20.1, a), y 24 CE y, como hemos señalado, ofrece a los Abogados por hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa una mayor garantía que la del juicio de faltas, cuya posibilidad puede provocar en dicho ejercicio una reserva excesiva, limitadora en mayor o menor medida de su libertad de expresión y defensa, sin que ello signifique obviamente que puedan rebasar el límite que resulta del debido respeto, en este caso, a la Administración de Justicia.

Al no haberlo estimado así los órganos judiciales ordinarios, dando preferencia a la vía del juicio de faltas sobre la de la corrección disciplinaria de los artículos 448 y siguientes LOPJ, y por consiguiente el artículo 570.5 CP sobre el 449.1 LOPJ, dichos órganos judiciales no se han atendido a las exigencias del propósito despenalizador que inspira la nueva vía para tutelar mejor un derecho constitucional del Abogado en el ejercicio de su actuación forense, lo que implica coartar, en supuestos como el de que aquí se trata, el derecho de defensa reconocido en los artículos 20.1, a), y 24.1 de la Constitución, y lleva a estimar el recurso de amparo por tal motivo.

(Sentencia de 9 de marzo de 1988. RA 860/86.—«BOE» de 18 de marzo de 1988.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

## **LEY ORGANICA 9/1984, DE 26 DE DICIEMBRE, CONTRA LA ACTUACION DE BANDAS ARMADAS Y ELEMENTOS TERRORISTAS Y DE DESARROLLO DEL ARTICULO 55.2 DE LA CONSTITUCION**

### **ARTÍCULO 1**

#### *Bandas armadas*

El concepto de «bandas armadas» ha de ser interpretado así restrictivamente y en conexión, en su transcendencia y alcance, con el de «elementos terroristas» mencionado en el precepto constitucional. En esta misma línea la jurisprudencia penal también ha definido de forma restrictiva el tipo delictivo contemplado en el artículo 7 de la LO 9/1984, de 26 de diciembre, haciendo referencia no sólo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y a su carácter armado (con armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos),

sino también a su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática. Cualquiera otra interpretación más amplia de la expresión «bandas armadas», que permitiera la aplicación de la LO 9/1984 y singularmente de los preceptos de su Capítulo III a personas o grupos que actuaran con armas, sin provocar el terror en la sociedad ni pretende alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro, carecería de la cobertura constitucional del artículo 55.2.

### *Apología*

Debe considerarse contraria al artículo 55.2 de la Constitución la inclusión de quienes hicieran apología de los delitos aludidos en el artículo 1 de la Ley en el ámbito de aplicación de esta última en la medida en que conlleva una aplicación a dichas personas de la suspensión de derechos fundamentales prevista en tal precepto constitucional, es decir, en relación con los artículos 13 a 18 de la LO 9/1984.

### *Actividades rebeldes*

Es cierto que el artículo 55.2 no ha mencionado expresamente a los rebeldes, sino sólo a las bandas armadas o elementos terroristas. Sin embargo, no cabe duda de que, como señala el Letrado del Estado, la rebelión es la más grave de las acciones delictivas susceptibles de ser realizadas, o intentadas, por una banda armada. Por definición, la rebelión se realiza por un grupo, que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional. A su vez el artículo 8 de la LO 9/1984 equipara la integración en una organización rebelde a la integración en una banda armada, refiriéndose a la utilización de «armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos o medios incendiarios de cualquier clase». Por ello a tales rebeldes en cuanto integran el concepto de banda armada del artículo 55.2 de la Constitución, les resulta legítimamente aplicable la suspensión de derechos a la que habilita el precepto constitucional.

En consecuencia, no resulta contraria a la Constitución la mención de las actividades rebeldes en el artículo 1 de la LO 9/1984, y por ello su inclusión dentro del ámbito de la misma.

## ARTÍCULO 2.3

### *Reincidencia internacional*

No puede decirse que el artículo 2.3 impugnado imponga y suponga el uso de la analogía, en el sentido técnico del término. Se trata más bien, de establecer si existe una sustancial correspondencia entre los supuestos de hecho y los bienes protegidos por la norma en el delito que se enjuicia y en otro precedentemente



enjuiciado en un ordenamiento extranjero. Ello puede generar dificultades en ciertos casos, dadas las grandes diferencias existentes al respecto entre las legislaciones penales comparadas, pero el elemento fundamental a tomar en cuenta es que el delito sea cometido por bandas armadas o terroristas, existiendo instrumentos internacionales, muy en particular el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977 ratificado por España («Boletín Oficial del Estado» de 8 de octubre de 1980) que establecen criterios objetivos en la determinación del concepto de terrorismo. De modo que esta llamada «reincidencia internacional» —ya contemplada en nuestro Código en los artículos 289 (falsificación de moneda), 344 (cultivo y tráfico de drogas) y 452 bis f) (prostitución)—, no presupone una extensión analógica del precepto penal, sino una precisa previsión legal que identifica la agravación de reiteración en un hecho perfectamente tipificable mediante la valoración, para la apreciación de reincidencia, de la similitud entre dos delitos en razón a su igual naturaleza o entidad, lo que es conceptualmente inherente a la propia naturaleza de esta circunstancia modificativa. En consecuencia, ha de rechazarse que el artículo 2.3 de la Ley impugnada esté en contradicción con el artículo 25.1 de la Constitución.

El segundo motivo de impugnación del precepto, respecto a la violación «de manera indirecta o mediata» del artículo 24 de la Constitución, se sostiene porque se entiende que los Tribunales extranjeros podrán no haber respetado todos los derechos reconocidos en dicho artículo 24, y que, pese a ello, se otorga automáticamente eficacia ante los Tribunales españoles a la Sentencia de los órganos judiciales extranjeros. En realidad esta impugnación lo que implícitamente viene a sostener es que la eficacia de la Sentencia extranjera, a efectos de la apreciación de la reincidencia, debería estar subordinada a que, a su vez, los Tribunales extranjeros hubieran respetado los derechos de defensa y las garantías constitucionales del proceso reconocidas en el artículo 24 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una lesión directa del artículo 24, sino de la eventualidad de que tal lesión pudiera producirse, y de la omisión de garantías para reaccionar frente a esa virtual lesión.

Este planteamiento no resulta admisible, pues no basta la existencia de una eventualidad de falta de tutela judicial del Tribunal extranjero para afirmar que el artículo 2.3 de la LO 9/1984 contradiga, en todo caso, el artículo 24 de la Constitución, precepto que, además, tiene como destinatario al órgano judicial español. A ello se une el que en nuestro ordenamiento existen remedios suficientes frente a ese riesgo, pues, de acuerdo al artículo 12.3 CC, si la Ley extranjera aplicada fuera contraria al orden público no tendría aplicación en España. Esta excepción de orden público habrá de entenderse que incluye también el respeto de los derechos de defensa, consagrados en nuestra Constitución y en los tratados internacionales relativos a los derechos humanos. La falta de respeto de tales derechos en el proceso realizado ante órganos judiciales extranjeros podrá dar lugar a la invocación del artículo 12.3 CC, evitándose con ello una aplicación del artículo 2.3 aquí impugnado en contradicción con el artículo 24 de la Constitución. Todo ello hace que carezca de fundamento este segundo motivo de impugnación del artículo 2.3 de la LO 9/1984, que no resulta, en consecuencia, contrario a la Constitución.

## ARTÍCULO 11

*Organos jurisdiccionales competentes. Tutela judicial efectiva*

La Constitución prohíbe Jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta experiencias propias y ajenas. Resulta evidente que el legislador estatal al establecer la planta orgánica de los Tribunales ha de tener en cuenta y respetar la estructura autonómica del Estado y el reconocimiento constitucional de la existencia de los Tribunales Superiores de Justicia, pero la actuación de éstos presupone la radicación en el territorio de la Comunidad del órgano competente en primera instancia. Existen supuestos que, en relación con su naturaleza, con la materia sobre la que versan, por la amplitud del ámbito territorial en que se producen y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad, pueden hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos pueda llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado, sin que con ello se contradiga el artículo 152.1 de la Constitución, ni los preceptos estatutarios que aquí se alegan, ni tampoco el artículo 24.2 de la Constitución. En efecto, tanto los Juzgados Centrales de Instrucción como la Audiencia Nacional son orgánica y funcionalmente, por su composición y modo de designación, órganos judiciales «ordinarios», y así ha sido reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su informe (de 16 de octubre de 1986) sobre el caso Barberá y otros, en el que se afirma: «La comisión comprueba que la Audiencia Nacional es un Tribunal ordinario instituido por un Real Decreto-ley y compuesto de Magistrados nombrados por el Consejo General del Poder Judicial».

El legislador, al regular la constitución y funcionamiento de los Tribunales, debe considerar los posibles riesgos de ineffectividad de la tutela y eliminarlos en la medida de lo posible, por lo que podría ser contraria a la Constitución una regulación que se despreocupase de la efectividad de la tutela, y ello aún al margen de si ese riesgo no resultase realizable en todos los casos, es obligación, pues, del legislador lograr en lo posible la efectividad de la tutela judicial, pero ello no impide, sin embargo, el que dentro de su libertad de opciones pueda prever en función de otros valores constitucionales una centralización del órgano judicial que conoce la instrucción, y en concreto de la detención, siempre claro está que al establecer esta regulación no se impida gravemente la efectividad de la tutela judicial. O lo que es lo mismo, el mayor grado de efectividad de la tutela judicial no es el único criterio que pueda tener en cuenta el legislador al decidir, dentro de los constitucionalmente posibles, el órgano judicial competente para conocer de las detenciones que tengan lugar en relación con este tipo de delitos de terrorismo y pertenencia a bandas armadas.

La asignación del conocimiento de la detención a los Juzgados Centrales de Instrucción no supone un obstáculo que impida el control judicial de esas detenciones, aunque las dificultades para el justiciable que se derivan de ello imponen en todo caso una mayor diligencia del órgano judicial para asegurar la efectividad de la protección y defensa judicial de la libertad que la corresponde. Nada le impide al Juez, pues la incomunicación del detenido no juega para el órgano judicial de acuerdo al artículo 524.3 LECr., el verificar la legalidad y las condiciones de la detención, velando por el respeto de los derechos constitucionales

del detenido, no sólo los del artículo 24, como también los demás derechos constitucionales afectados en cada caso. Dado que su competencia territorial incluye todo el territorio del Estado, por lo que le es permitido desplazarse personalmente o, en otro caso, de acuerdo con el artículo 14 de la LO 9/1984, delegar en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido. Todo ello supone que la Ley ha tratado de hacer compatible y permite el efectivo control judicial de la detención, aunque la centralización del órgano judicial imponga a éste una mayor diligencia en la utilización de las facultades y atribuciones que la Constitución y la Ley le reconocen para la tutela de las libertades.

## ARTÍCULO 13

### *Detención preventiva*

La prolongación de la detención gubernativa más allá de las setenta y dos horas no puede ni iniciarse ni llevarse a cabo, de acuerdo con los artículos 17.2 y 55.2 de la Constitución, sin una previa y expresa autorización judicial. Por hacer posible esa prolongación con la mera comunicación o petición de prolongación, sin exigir la previa y expresa autorización del órgano judicial, el artículo 13 de la LO 9/1984 es inconstitucional. '

El artículo 13 de la LO 9/1984, al permitir una prórroga de la detención hasta un plazo adicional de siete días, no ha respetado ni el requisito del artículo 17.2 de la Constitución —no durar más del tiempo estrictamente necesario—, ni la exigencia del «plazo más breve posible» del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ambos ratificados por España. Por ello ha de ser declarado inconstitucional también por este motivo relativo a la duración excesiva de la prolongación de la detención.

## ARTÍCULO 15.1

### *Incomunicación del detenido*

Como demuestran experiencias ajenas y propias, un uso ilimitado y extensivo de la situación de incomunicación en las detenciones gubernativas puede poner en peligro derechos tales como los previstos en los artículos 15, 17 y 24.2 de la Constitución. Por ello en nuestro ordenamiento la decisión de incomunicación corresponde siempre al órgano judicial aun en el caso de las detenciones gubernativas.

No deja de ser significativo que el artículo 55.2, que alega el Letrado del Estado para justificar la competencia gubernativa, mencione la «intervención judicial», que en esta materia puede ser más necesaria que en ninguna otra, dada la función de garante de la libertad y de los derechos y libertades de los ciudadanos, que corresponde al órgano judicial. De ahí que ni siquiera dicho precepto constitucional podría justificar la eliminación de la intervención judicial al respecto, si es que la incomunicación se considerara desde la perspectiva de la mera pérdida de libertad. Por ello ha de estimarse que el artículo 55.2 de la Constitu-

ción no ha habilitado al legislador orgánico para suprimir en este caso la intervención judicial y para encomendar a la autoridad gubernativa, sin intervención judicial alguna, la medida de incomunicación.

Por la propia naturaleza de la medida, y dada su finalidad de no perjudicar «el éxito de la instrucción» (art. 524 LECr.) ha de entenderse que la ordenación inmediata de la incomunicación puede realizarla la autoridad gubernativa, pero ello no excluye ni impide el que la decisión definitiva al respecto haya de adoptarse por el órgano judicial. Es decir, se justifica, en aras de la efectividad de la medida, una previa decisión de carácter provisional de la autoridad gubernativa, pero sometida y condicionada a la simultánea solicitud de la confirmación por el órgano judicial, garantía suficiente del derecho del afectado.

Sin embargo, el artículo 15.1 no ha previsto esta intervención judicial confirmatoria, y parece partir de la idea de la no necesidad de intervención judicial en la decisión de la incomunicación durante el período inicial de detención gubernativa en las primeras setenta y dos horas, aunque los artículos 15.2 y 14 no excluyen, desde luego, un eventual control judicial sobre la detención y también sobre la incomunicación, que, según se ha dicho, no afecta en ningún caso a la comunicación del detenido con el órgano judicial.

En consecuencia, el artículo 15.1 resulta contrario a la Constitución en cuanto permite que la autoridad gubernativa que haya decretado la detención pueda, en todos los casos, y sin intervención judicial alguna, ordenar la incomunicación del detenido durante las primeras setenta y dos horas. Sin embargo, no es contrario a la Constitución el que la autoridad gubernativa pueda ordenar provisionalmente, cuando ello resulte necesario, la incomunicación del detenido, aunque solicitando al mismo tiempo del órgano judicial la confirmación de la medida. El precepto legal ha omitido, pero no ha excluido, la exigencia de una ratificación judicial de la decisión gubernativa. No excluye así, una lectura integradora del precepto conforme y a la luz de los preceptos constitucionales, que es la que habría de elegirse en todo caso (SCTC 19/1982, de 5 de mayo, y 115/1987, de 7 de julio); de ahí que sólo ha de entenderse inconstitucional en la medida que se interprete excluyendo la ratificación judicial de la decisión gubernativa de incomunicación.

En consecuencia, el artículo 15.1 de la LO 9/1984 es contrario a la Constitución en la medida en que se entienda que la ordenación de la incomunicación por parte de la autoridad gubernativa, durante las primeras setenta y dos horas, no haya de ser objeto de simultánea solicitud al órgano judicial competente, de acuerdo con el apartado segundo del propio artículo. O dicho en otros términos, el artículo 15.1 es parcialmente inconstitucional a no ser que se interprete que la incomunicación por parte de la autoridad gubernativa ha de ser objeto de simultánea solicitud de confirmación al órgano judicial competente.

## ARTÍCULO 16

### *Registro domiciliario*

Lo primero que procede precisar es el sentido de la suspensión de la inviolabilidad del domicilio que el mismo regula. De la dicción del precepto se deduce que el mismo contempla primaria y únicamente el registro domiciliario que tiene

por objeto la inmediata detención de un presunto terrorista o miembro de una banda armada. Es decir, sólo permite la entrada en un domicilio, sin previa autorización judicial, para efectuar una inmediata detención, y, con ocasión de ella, proceder al registro y ocupación de los instrumentos y efectos relacionados con las actividades terroristas. Se ha aplicado, así, la regla del artículo 553 LECr., suponiendo el efecto de la suspensión del derecho el prescindir del requisito legal general del mandamiento de prisión para hacer posible la entrada en el domicilio sin previa autorización judicial para proceder a una detención inmediata. Esta razón de inmediatez indica que la Ley ha querido limitar esta posibilidad a supuestos excepcionales en los que en función de la «inmediata detención» (art. 16) se hace absolutamente imprescindible la adopción directa de la medida, y en las que el mínimo de retraso que supondría la intervención judicial haría inviable el éxito de la detención y registro.

El artículo 16 de la LO 9/1984, no ha establecido así como regla general la falta de autorización judicial previa, ni puede decirse que la sola vigencia de la Ley sea suficiente, sin la presencia de otra circunstancia, para que la fuerza de policía pueda entrar en cualquier domicilio para proceder a su registro y, en su caso, ocupar los instrumentos y efectos correspondientes. Sólo, de forma excepcional, en supuestos absolutamente imprescindibles y en los que las circunstancias del caso no permitan la oportuna adopción previa de medidas por la autoridad judicial, por tener que procederse a la inmediata detención de un presunto terrorista, es cuando podrá operar la excepción a la necesidad de previa autorización o mandato judicial. No puede decirse que esta regulación, así entendida, no haya ponderado adecuadamente la efectividad de la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la suficiente intervención judicial. La Ley ha tratado de concordar ambos elementos, y sólo ha sacrificado el carácter previo de la intervención judicial en supuestos límite, en aras de hacer efectivos los fines por los que el artículo 55.2 permite la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En este caso, y sólo en este caso, la intervención judicial habrá de ser *a posteriori*, pero sin que pueda entenderse, como se razona en los recursos, que en este caso esa intervención se limite a la mera recepción de información, pues el artículo 16.2 no establece, ni podría establecer, ningún límite al control judicial al respecto.

La conclusión de todo ello es la de que el artículo 16 de la LO 9/1984 ha respetado la exigencia de la necesaria intervención judicial que establece como garantía y límite el artículo 55.2 de la Constitución, y no ha hecho prevalecer en todo caso el contenido básico del precepto constitucional (la «suspensión») sobre la exigencia de autorización judicial de la entrada en el domicilio, sino sólo de forma excepcional, en supuestos absolutamente imprescindibles, cualificados por la necesidad de proceder de forma inmediata a la detención de un presunto terrorista. Por ello el artículo 16.1 no resulta contrario al artículo 55.2 de la Constitución, y debe desestimarse la impugnación del mismo, por ambos recurrentes.

## ARTÍCULO 17

*Observación postal, telegráfica y telefónica*

El artículo 17 de la LO 9/1984 ha partido del principio general, también en las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, de atribución a la autoridad judicial de la resolución de levantamiento del secreto de las comunicaciones, y sólo en determinados supuestos, cualificados por la urgencia y durante un tiempo limitado, el número 2 del artículo permite la «observación» de las comunicaciones por una resolución gubernativa, permitiendo que momentáneamente la autoridad gubernativa pueda decidir de forma inmediata y directa una interceptación de comunicaciones necesaria en el curso de investigaciones sobre las actividades delictivas a las que la Ley se refiere. En cuanto que afecta a la limitación de un derecho fundamental, las razones de urgencia han de ser interpretadas restrictivamente y, además, el precepto impone una inmediata comunicación motivada al Juez competente (motivación que debe incluir, desde luego, las razones de urgencia que justifiquen la ordenación gubernativa de la medida), correspondiendo al órgano judicial confirmar o revocar la medida de forma inmediata.

Al suprimir la intervención judicial previa sólo en supuestos excepcionales cualificados por la urgencia, el legislador ha realizado una adecuada ponderación de la efectividad de la suspensión y de la intervención judicial, por lo que el artículo 17.2 de la LO 9/1984 no resulta contrario al artículo 55.2 de la Constitución.

## ARTÍCULO 21

*Clausura de medios de difusión*

El legislador no estaba, pues, habilitado para establecer una suspensión singular del derecho reconocido en el artículo 20 de la Constitución para el caso de los delitos de terrorismo y bandas armadas. Sin embargo, la consecuencia práctica del artículo 21.1 equivale a una auténtica suspensión del derecho. Si se comparan los efectos del artículo 21 de la LO 4/1981, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio que regula la «suspensión» de todo tipo de publicaciones y emisiones radiotelevisivas, con el artículo 21.1 impugnado que impone preceptivamente el «cierre provisional» del medio de difusión, habrá de concluirse que los efectos son idénticos sin que obste para ello, como alega el Letrado del Estado, el que el órgano judicial pueda levantar posteriormente la medida en el plazo de tres días, puesto que la existencia de este plazo indica ya que la eficacia del precepto ha operado una suspensión temporal del derecho del artículo 20 de la Constitución, para lo que el legislador orgánico no estaba habilitado. En los demás casos de delitos realizados a través de medios de comunicación no está prevista esta medida, lo que refuerza la idea de que aquí no se ha tratado de introducir, sin habilitación constitucional, un régimen de suspensión singular del derecho, que resulta carente de la habilitación contenida en el artículo 55.2 de la Constitución.

Por otro lado, en este caso concreto, aun si no se entendiera como suspensión

singular del derecho a la libertad de expresión e información, el artículo 21.1 impugnado ha establecido una restricción y una limitación del ejercicio de la libertad de expresión que resulta evidentemente desproporcionada al mero hecho de la admisión de una querrela criminal, suponiendo una restricción de esas libertades que no puede encontrarse amparada en el límite genérico establecido en el artículo 20.4 de la Constitución. En efecto, no permite una adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego, manteniendo de la seguridad pública y libertades de expresión e información, pues una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades, las cuales además tienen efectos que trascienden al presunto imputado, y afectan a personas sin conexión alguna con el hecho presuntamente delictivo, existiendo medios adecuados en el ordenamiento para asegurar medidas cautelares que no supongan esa limitación de las libertades de expresión e información. La previsión legal contenida en el artículo 21.1 es, también desde esta perspectiva, contraria al artículo 20 de la Constitución.

Finalmente, no resulta ocioso indicar los efectos indirectos negativos de «auto-censura» en el ejercicio de la libertad de expresión y de información que podían resultar de la amenaza potencial del cierre o clausura temporal del medio de información por el mero hecho de la admisión de una querrela criminal por cualquier tipo de delito relacionado con la actividad terrorista o de bandas armadas, que cualquier persona pueda cometer a través de ese medio. La disposición legal puede operar así como una coerción indirecta sobre el ejercicio de las libertades de expresión y de información del artículo 20 de la Constitución, que resultarían incompatibles con éstas, y con un Estado democrático de Derecho.

Por todo ello, el artículo 21.1 de la LO 9/1984 resulta contrario al artículo 20 de la Constitución y ha de ser declarado inconstitucional. Aunque los recurrentes sólo impugnan el número 1 del artículo 21, la declaración de nulidad del mismo ha de llevar acarreada también la nulidad de los números 2 y 3 del artículo, por necesaria conexión con el párrafo que se anula. De ahí que la declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, haya de predicarse de la totalidad del artículo.

(Sentencia de 16 de diciembre de 1987. RI 285 y 292/95.—«BOE» de 8 de enero de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

