

PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE LAS MEDIDAS DE INTERVENCION DE LAS COMUNICACIONES I(*)

M.^a Lourdes Noya Ferreiro**

Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El principio de proporcionalidad.- A). El principio de proporcionalidad en la Constitución de 1978.- B). Presupuestos del principio de proporcionalidad.- C). Contenido del principio de proporcionalidad; a) Idoneidad; b) Necesidad; c) Proporcionalidad en sentido estricto.- D). Proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica.- 3. La reserva jurisdiccional.- A) Principio de exclusividad.- B) Motivación de las resoluciones judiciales.- a) Fundamento de la motivación.- b) La motivación en la Constitución de 1978.- c) Motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales.- d) Suficiencia de la motivación

1. Introducción

La promulgación de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 supone el restablecimiento del Estado de Derecho en nuestro país, lo que conlleva dentro del ámbito del proceso penal un cambio esencial tanto en su finalidad como en los principios que lo inspiran (1). Precisamente, partiendo de los referidos principios constitucionales, el proceso penal deja de identificarse con la finalidad represora que tradicionalmente se le venía asignando, donde la condición de delincuente y culpable era atribuida al sujeto antes de haberse producido su condena, configurándose como el cauce adecuado para el enjuiciamiento de una persona que “mientras no se demuestre lo contrario es inocente del delito del que se le acusa. El proceso penal aparece así como el mecanismo más drástico para la tutela de la convivencia en libertad en las diversas esferas de la vida” (2). Sus funciones son perfectamente reflejadas

(*) La segunda parte de este trabajo será publicada en el próximo número de *Dereito*.

** Profa. Titular Interina de Derecho Procesal.

(1) Art. 1.1. CE: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

(2) RAMOS MENDEZ, F., *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona, 1993, pág. 4.

por GIMENO SENDRA, para quien el “*ius puniendi*” no representa ya la única función del proceso penal. Junto a ella, es preciso destacar dos finalidades tan esenciales como la declaración de libertad del inocente y la protección de la víctima, esta última como consecuencia de la acumulación en el proceso penal de la acción de responsabilidad civil (3).

Ahora bien, dentro del Estado democrático, la defensa del interés de la sociedad a través del castigo del culpable, ha de realizarse atendiendo a una serie de garantías que impidan lograr esta finalidad a cualquier precio, debiendo respetarse en la mayor medida posible los derechos de los individuos afectados, incluidos los del presunto culpable (4); dichas garantías han sido elevadas a rango constitucional fundamentalmente, aunque no de modo único, a través del art. 24 CE (5).

-
- (3) GIMENO SENDRA, V., (con Cortés Domínguez y Moreno Catena) *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1996, pág. 25. También señala este autor entre las funciones propias del proceso penal, la rehabilitación del imputado, que si bien en un principio ha de ser considerada como una finalidad a cumplir por la pena (la reinserción del delincuente en la sociedad), lo cierto es que en algunos hechos delictivos calificados como leves, y en aquellos a los que corresponden penas cortas de prisión, ha de tenderse a evitar el ingreso del imputado en los centros penitenciarios, puesto que es necesario admitir que en estos supuestos la rehabilitación se hace difícil, por no decir imposible. En este sentido, han de arbitrarse medidas alternativas a la prisión provisional bajo el control judicial, que impidan las influencias negativas que aquella pueda realizar en el delincuente no reincidente. En la misma línea anterior RUIZ VADILLO, E., *Algunas consideraciones sobre la Constitución y el Derecho Penal*, en “Boletín del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya”, núm 13, 1983, pág. 42, señala que “la protección de las víctimas debe alcanzar un rango verdaderamente prioritario. Los perjudicados por el delito se encuentran hoy, en general, y de hecho, abandonados”.
- (4) Así lo señalaba ya la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando constataba que uno de los fines que se pretendían conseguir con la celeridad de los juicios era que al ciudadano no se le causaran “más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente”. V. en este sentido, PASTOR LOPEZ, M., *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, Valencia, 1979, págs. 140-141; RUIZ VADILLO, E., *Algunas consideraciones...*, op. cit., pág. 41.
- (5) Así, en nuestra Carta Constitucional y en el resto del ordenamiento jurídico se establecen una serie de normas dedicadas a su constatación, concretándose en una garantía “penal”, recogida en el art. 25.1 CE y derivada del principio “*nulla poena sine lege*” y en una garantía “procesal”, prevista en el art. 1 LECrim y contenida en el principio “*nulla poena sine iudicio*”. Esta garantía procesal es puesta de relieve igualmente por el Tribunal Constitucional en su STC de 18 de mayo de 1981 que la encuadra en el art. 24.2 CE, considerando que este precepto “reconoce el viejo principio que prohíbe imponer una pena sin un juicio previo con todas las garantías. Este principio que se suele expresar con el aforismo “*nulla poena sine iudicio*” o “*sine previo legali iudicio*”, junto con los bien conocidos que proclaman “*nullum*

Característica del proceso penal es, como se sabe, que el juicio oral va siempre precedido de una fase preparatoria o preliminar denominada por la doctrina "fase de instrucción", que se inicia con la toma o puesta en conocimiento por parte del órgano jurisdiccional de la existencia de un hecho delictivo, y cuyo objetivo principal es la averiguación de las circunstancias de comisión del mismo y de la persona responsable, proporcionando los elementos necesarios para decidir sobre la apertura o no del juicio contra una persona determinada (6). Su existencia se justifica además porque la práctica de esta investigación previa va a permitir realizar la acusación con un mínimo de seguridad, evitándose que los perjuicios personales y sociales que ésta conlleva se produzcan en personas sobre las que no existan indicios de comisión del hecho delictivo (7).

Dentro de esta fase, encomendada en nuestro ordenamiento jurídico a los órganos jurisdiccionales (8), y atendiendo a su finalidad investigadora,

crimen sine lege", "*nulla poena sine lege*", constituyen el triple fundamento de la legalidad penal en todo Estado de Derecho".

- (6) STC 137/1988, de 7 de julio. En el mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de julio de 1986 (RA 4324), cuando considera que "el sumario, como se infiere del texto del artículo 299 de la referida Ley, tiene una finalidad doble, preparatoria y cautelar, siendo presidida, dicha fase de instrucción por principios propios del sistema inquisitivo, por lo cual, las diligencias practicadas para la averiguación del delito y de sus circunstancias, no tienen el carácter y rango de verdaderas pruebas...". Igualmente, pueden consultarse las SSTs de 1 de octubre de 1986 (RA 5473); 10 de julio de 1986 (RA 4066) y 6 de febrero de 1987 (RA 1206). Este carácter preparatorio de la fase de instrucción lo corrobora también CORTES DOMÍNGUEZ, V., (con Gimeno Sendra y Moreno Catena), *Derecho Procesal. Proceso Penal...*, op. cit., pág. 235, cuando estima que la primera fase, la de instrucción, "está dirigida a determinar hasta qué punto la noticia criminis puede dar lugar a un juicio, es decir a la fase del juicio oral", para afirmar a continuación que se trata de la realización de las "actuaciones necesarias para decidir si se debe o no abrir el juicio contra una determinada persona".
- (7) A nuestro juicio, y de acuerdo con lo manifestado por ORTELLS RAMOS (con Gómez Colomer, Montero Aroca y Montón Redondo), *Derecho Jurisdiccional, III, Proceso Penal*, Valencia, 1997, pág. 113, es necesario determinar con la mayor seguridad posible si se procede o no a la apertura del juicio oral, puesto que, dejando a un lado las repercusiones sociales que este hecho pueda tener para el imputado, la presentación de acusaciones insuficientemente fundadas pueden provocar una resolución absolutoria con fuerza de cosa juzgada, provocando la impunidad del acusado. En el mismo sentido se manifiesta PASTOR LOPEZ, M., *El proceso de persecución...*, op. cit., pág. 131, cuando estima que la función procesal esencial que cumple la fase de instrucción es la de "evitar la celebración de juicios penales innecesarios o improcedentes", es decir, "permitir sólo la celebración de aquellos juicios que aparezcan justificados por los datos y pruebas obtenidos en la investigación".
- (8) En la actualidad existe una cierta "tentativa" de atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de esta fase de instrucción, y a ella responde las atribuciones que la LO 7/1988, de 28

se hace imprescindible en algunas ocasiones la adopción de medidas que implican la restricción de derechos fundamentales de los individuos. Sin embargo, en el cumplimiento de los objetivos de la instrucción resulta obligada la búsqueda de un equilibrio entre la necesidad de limitar los derechos de los ciudadanos y el deber de respetar al máximo esos mismos derechos (9). La actividad investigadora no justifica en sí misma el desconocimiento de tales derechos, sino únicamente su limitación temporal, rodeándose en todo momento de las máximas garantías.

Es en este contexto donde tienen cabida las medidas de intervención de las comunicaciones personales privadas que como restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones permite al Estado la intrusión en las mismas (art. 18.3 CE).

La licitud de este tipo de medidas ha de examinarse partiendo de los presupuestos constitucionales que el propio precepto exige, y de aquellos que se derivan de su naturaleza jurídica como medida instrumental restrictiva de un derecho fundamental.

2. El principio de proporcionalidad

La primera formulación del principio de proporcionalidad se encuentra en el pensamiento de MONTESQUIEU, concretamente en su teoría de la división de poderes al defender el ejercicio moderado del mismo, dando satisfac-

de diciembre, le otorga en relación con el procedimiento abreviado. El art. 785 bis LECrim, redactado por esta ley, establece que "Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo". Finalizadas estas diligencias, el Ministerio Fiscal podrá decretar el archivo de las actuaciones o, instar al órgano jurisdiccional correspondiente la incoación de diligencias previas. En su investigación, el Ministerio Fiscal podrá ordenar todas las actuaciones que no estén expresamente reservadas a la autorización judicial, excluyéndose por tanto el acuerdo de medidas limitativas de derechos fundamentales. Respecto de la atribución al Ministerio Fiscal de la función instructora v. GIMENO SENDRA, V., *El nuevo proceso penal*, Valencia, 1989, pág. 100; CORTES DOMÍNGUEZ, V., (con Gimeno Sendra y Moreno Catena) *Derecho procesal penal*, op. cit., págs. 253-254.

(9) PASTOR LOPEZ, M., *El proceso de persecución...*, op. cit., pág. 140.

ción a los intereses generales reconocidos en la ley (10), y en el de BECCARIA que apunta la idea de la proporcionalidad en el orden punitivo (11). También podemos encontrar referencias a dicho principio en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuyo art. 8 señala que “la ley no debe establecer mas que penas estricta y evidentemente necesarias...”. No obstante, su aplicación efectiva en el campo del ordenamiento jurídico se produce en el Derecho administrativo y concretamente en el Derecho policial (12) para instaurarse después en el campo del Derecho penal sustantivo (13).

(10) V. PEDRAZ PENALVA, E., *Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad*, en “Constitución, jurisdicción y proceso”, Madrid, 1990, pág. 343.

(11) PEDRAZ PENALVA, E./ORTEGA BENITO, V., *El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializadas alemanas*, PJ, núm. 17, 1990, pág. 72.

(12) La actuación de las fuerzas policiales no debía ir más allá de lo estrictamente necesario a la finalidad perseguida, debiendo por tanto adaptar los medios empleados para la represión a esa finalidad. Se enfrentaban así dos posicionamientos en conflicto, de un lado, los medios que los agentes de la policía tenían a su disposición y, de otro, la alteración de la seguridad y del orden público. En la actividad policial las dos puntas del iceberg están constituidas por la protección de los derechos humanos y, al mismo tiempo, porque resulta imprescindible proporcionarle a la policía todos los medios posibles para que la lucha contra la criminalidad resulte más eficaz, puesto que dicha lucha se realiza también en defensa de la libertad de los ciudadanos. Determinar cuál de los dos valores debe resultar prioritario sería una tarea sumamente complicada, y debe tenderse a que ambos constituyan una conjunción perfecta. V. BARBERO SANTOS, M., *El respeto de los derechos humanos: grandeza y servidumbre de la actividad policial. (La situación en España)*, en “Estudios penales y criminológicos 1984-85”, Santiago de Compostela, 1985, págs. 23 y 36; FORSTHOFF, E., *La jurisprudencia*, en “El Estado de la sociedad industrial” (traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz), Madrid, 1975, pág. 232; GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, págs. 37 a 47; RACZ, G., *La defensa de los derechos del hombre en el marco de las actividades policiales*, DP, núm. 11, 1980, págs. 583 y ss.

(13) En el derecho penal sustantivo se hacía referencia a la idea de proporcionalidad, exigiéndose una adecuación entre la gravedad de las penas previstas y la gravedad de los hechos delictivos realizados. Podría colegirse que se está defendiendo con esta concepción el carácter retributivo de la pena, que se impone como venganza de la sociedad hacia los delincuentes. Sin embargo, conformes con las posturas de PEDRAZ PENALVA, E., *Principio de proporcionalidad...*, op. cit., pág. 319, la fundamentación de la pena no debe realizarse únicamente en atención a la gravedad del hecho delictivo cometido, sino que ha de partir en primer lugar del bien jurídico protegido y, en segundo lugar de la realización culpable o dolosa del acto delictivo. V. también GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos...*, op. cit., págs. 29 a 34, que analiza en profundidad los problemas concretos que ha planteado la aplicación del principio de proporcionalidad al proceso penal, criticando en este sentido la función retributiva de la pena. Asimismo, es necesario precisar que las dificultades de aplicación del principio en este campo no operan en la fase de individualización legal, puesto que en los cuerpos sustantivos penales se establece una pena para cada delito sin que surja ningún problema, éste se produce cuando el juez tiene que señalar la pena

La aplicación del principio de proporcionalidad a las normas procesales, y especialmente a aquellas que se ocupan de la regulación del proceso penal, no se produce hasta que, finalizada la Segunda Guerra Mundial, se empieza a defender que las normas procesales penales debían encontrarse limitadas en su regulación por los principios generales y los valores constitucionales. Este hecho obedece probablemente a una reacción causada por los horrores cometidos durante el conflicto armado, que indirectamente ocasionan una mayor preocupación por los derechos fundamentales de la persona, otorgándoseles mayor protección.

La expansión del citado principio está pues en estrecha relación con la redefinición de los derechos fundamentales, que pasan de ser simple letra impresa en las Cartas Constitucionales con carácter programático, a convertirse en espacios mínimos a respetar por todos los individuos y principalmente por el Estado (14).

El fenómeno delictivo obliga al Estado a asumir la protección de la sociedad en una doble vertiente, de un lado, la defensa de sus miembros, especialmente de aquellos que pueden ser considerados como víctimas de la acción criminal y, de otro, que esa protección se realice con respeto a los derechos de los individuos, incluso de aquellos que puedan resultar culpables de esos hechos (15).

La prohibición de exceso por parte de los poderes públicos, o lo que es lo mismo el principio de proporcionalidad entendido en un sentido amplio

concreta que ha cumplir una persona determinada. Para ello ha de tenerse en cuenta lógicamente las circunstancias en las que se ha cometido el hecho delictivo, pero también juega un importante papel la finalidad a cumplir por la pena que se impone, cuestión ésta en la que no existe una posición muy clara, influyendo esta inconcreción en la aplicación del principio de proporcionalidad.

- (14) PEDRAZ PENALVA, E., *Principio de proporcionalidad...*, op. cit., pág. 341. Así, el principio de proporcionalidad es inherente al Estado de Derecho y adquiere a partir de la instauración del mismo plena operatividad práctica, puesto que su aplicación se presentó como una de las garantías básicas que han de observarse en toda hipotética lesión de derechos y libertades fundamentales. V. también GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos...*, op. cit., págs. 24 y ss.
- (15) V. GIMENO SENDRA, V., *La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español*, en "La prueba en el proceso penal", CEJ, Madrid, 1993, págs. 145-146; PASTOR LOPEZ, M., *El proceso de persecución...*, op. cit., pág. 141; RUIZ VADILLO, E., *Estudios de Derecho procesal penal*, Madrid, 1995, pág. 37, entre otros.

se configura como un principio general del Derecho, que en todos los ámbitos de la ciencia jurídica impone al especialista jurídico buscar el equilibrio ponderando los intereses en conflicto, esto es, el “*ius puniendi*” del Estado por un lado, y el “*ius libertatis*” del ciudadano por el otro. Como medio de protección del “*status civitatis*” implica el establecimiento de límites a la intervención estatal en la consecución de una armonía entre los intereses generales que ha de perseguir y los derechos fundamentales de los individuos y grupos “que sólo justificada y extraordinariamente, pueden ser afectados sin lesionar su esencia, y siempre que no sobrepase lo estrictamente necesario para la consecución del fin pretendido (16).

De esta manera, el juicio de la proporcionalidad en cuanto límite a la intervención estatal corresponde en primer lugar al legislador, es la ley la que ha de fijar dichos límites, y sólo posteriormente será el juzgador el que haya de realizar el juicio de la proporcionalidad pero respecto del caso concreto (17). A juicio de RUIZ VADILLO sería incluso aconsejable que fuera el propio legislador quien señalara las pautas o criterios que los juzgadores tendrían que seguir en su juicio de la proporcionalidad, evitándose así una excesiva dispersión de los criterios judiciales (18).

La incidencia del principio de proporcionalidad en las medidas limitativas de derechos fundamentales, y más concretamente en aquellas que suponen la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, ha sido abordada por nuestro Tribunal Constitucional en la importante sentencia 37/1989, de 15 de febrero, señalando que “...la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un

(16) PEDRAZ PENALVA, E., *Principio de proporcionalidad...*, op. cit., pág. 342; V. también RAMAJOLI, S., *La prova nel processo penale*, Milán, 1995, pág. 283.

(17) Así se pronuncia LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, 1991, pág. 37, cuando estima que “no es sólo que el juez a la hora de ejercitar su potestad jurisdiccional tenga que interpretar la normativa sustancial y procesal de acuerdo con una determinada ponderación de los intereses en conflicto, también la proporcionalidad alcanza al legislador a la hora de innovar el ordenamiento jurídico, teniendo que ajustarse, tanto en materia de derecho penal sustantivo (o, en general, de derecho sancionador), cuando en lo relativo a las normas procesales que tengan por objeto la limitación de derechos fundamentales, a determinadas coordinadas y valores constitucionales”. V. también RUIZ VADILLO E., *Estudios de Derecho...*, op. cit., pág. 156.

(18) RUIZ VADILLO, E., *Estudios de Derecho...*, op. cit., pág. 156.

derecho fundamental...” (19). Por tanto, ante la adopción de una medida de intervención de las comunicaciones privadas ha de exigírsele siempre al órgano jurisdiccional que proceda a la ponderación de los intereses en conflicto en cada supuesto concreto, función ésta que se enmarca dentro del contenido del principio de proporcionalidad (20).

Sin embargo, no resultaría acertado reducir tan importante logro del Estado de Derecho a una simple tarea de búsqueda del equilibrio entre posiciones en conflicto, desde luego este es uno de los aspectos del principio de proporcionalidad, pero no el único como a continuación exponremos.

A) El principio de proporcionalidad en la Constitución de 1978

En España, la protección de los derechos fundamentales por el Texto Constitucional ha sido ampliamente reconocida, al igual que las garantías establecidas para su restricción.

Aunque la Constitución de 1978 no regula expresamente el principio de proporcionalidad, su rango constitucional se puede deducir de varios preceptos de la misma (21).

En primer lugar dicho principio se encuentra estrechamente relacionado con el Estado de Derecho y los pilares básicos del mismo (22), la justicia y la libertad consagrados en el art. 1.1 CE (23). “El sistema de valores establecido por nuestra Constitución sitúa en primer lugar la libertad y seguridad

(19) V. también las SSTs de 3 de diciembre de 1993 (RA 9233); 27 de junio de 1994 (RA 5034); 17 de octubre de 1994 (RA 8322); 20 de febrero de 1995 (RA 1201); 14 de junio de 1995 (RA 5345); 19 de julio de 1995 (RA 5610), entre otras.

(20) V. STEDH de 22 de octubre de 1981, *Caso Dudgeon*.

(21) JAEN VALLEJO, M., *Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional*, RGD, núm. 507, 1986, pág. 4936.

(22) SOTO NIETO, F., *La motivación, la proporcionalidad y el control judicial en las intervenciones telefónicas*, en “Revista jurídica La Ley”, t. II, 1995, pág. 338.

(23) Para PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Los valores superiores*, Madrid, 1986, pág. 13, este precepto constitucional no tiene antecedentes históricos en nuestra legislación ni en el Derecho comparado, puesto que se ponen en relación el poder, el Estado social y democrático de Derecho, el ordenamiento jurídico y los valores superiores, respondiendo el constituyente

de los ciudadanos, erigiendo el respeto a su vigencia y plena efectividad en el soporte y fundamento del orden político y la paz social" (24). De esta manera la "libertad" expresa la opción valorativa realizada por la Constitución y dota de contenido el principio de proporcionalidad al inclinar la balanza en caso de duda, en favor de la efectividad de los derechos fundamentales (25).

Otros de los preceptos de nuestra Carta Magna que pueden tomarse como apoyo del reconocimiento constitucional del principio de proporcionalidad es el art. 9.3, regulador de los principios generales del Derecho, que como expresión de los rasgos más característicos de un Estado social y democrático tienen a los poderes del Estado como destinatario principal, actuando como criterios de interpretación para los operadores jurídicos. La prohibición de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos les impone acudir a criterios de razonabilidad, lo que implica el establecimiento de límites a la intervención estatal (26).

Asimismo, es obligada la referencia al art. 10 CE, que tanto en su primer apartado, al elevar a rango constitucional la dignidad humana, como en el segundo, otorgando validez de los tratados y acuerdos internacionales, abre el camino por el cual ha de llegarse al reconocimiento de la proporcionalidad en la aplicación de las medidas de intervención de las comunicaciones.

más a una visión filosófica del Derecho que a una visión constitucional. Estima además este autor que el sentido de los valores superiores puede resumirse en las siguientes notas: 1º) El artículo 1 de la Constitución se configura como una verdadera norma jurídica, y otros muchos preceptos constitucionales no son más que un desarrollo de este precepto. 2º) Los valores consagrados en el mencionado precepto representan los máximos ideales de una comunidad y sus principales objetivos. 3º) Estos valores tienen un fundamento racional e histórico y están avalados por toda la sociedad que los ha aprobado. 4º) Han de entenderse como los elementos identificadores del sistema político consagrado en la Constitución de 1978. 5º) Se convierten en fuente de interpretación del ordenamiento jurídico pero al mismo tiempo en un límite. 6º) El modelo constitucional que establece no puede ser sustituido sin variarse al mismo tiempo la propia concepción del Estado, sin embargo se trata de criterios de amplio contenido y sujetos a una evolución constante. 7º) Se configuran como el eje central sobre el que han de girar los razonamientos del Tribunal Constitucional.

(24) STS de 25 de junio de 1993 (RA 5244).

(25) GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos...*, op. cit., pág. 54. V. también la STC 65/1996, de 22 de mayo.

(26) PEDRAZ PENALVA, E., *Principio de proporcionalidad...*, op. cit., pág. 342; V. también PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores...*, op. cit., págs. 30-40.

La intervención de las comunicaciones personales como medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones y, en algunos casos, del derecho a la intimidad, incide directamente en la dignidad de la persona, base fundamental de la teoría de los derechos fundamentales. Por tanto, los órganos jurisdiccionales deben valorar si esta ofensa se encuentra amparada por los fines que se persiguen con la intervención, es decir, si la finalidad de la medida justifica el sacrificio de la dignidad (27). Como afirma el Tribunal Supremo, el respeto a la dignidad y a la intimidad de la persona obliga a la exigencia de cierta proporcionalidad entre el reconocimiento de la plenitud de estos derechos y las intromisiones en la vida privada de las personas que, en principio, son ilegítimas (28).

Finalmente, el principio de proporcionalidad se encuentra implícitamente recogido en el art. 25 CE que “al consagrar el principio de “legalidad”, no sólo establece el de “tipicidad”, sino también el de “proporcionalidad” entre la medida y la sanción” (29). La importancia del reconocimiento del principio

(27) Atendiendo precisamente a esos fines que legitimarian la adopción de medidas limitativas del derecho a la vida privada, y concretamente del derecho del secreto de las comunicaciones, establece el art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos los requisitos mínimos exigibles, señalando entre otros que se encuentre prevista en la ley, que sea adecuada para alcanzar el fin que se persigue y que constituya una medida necesaria en una sociedad democrática, haciéndose mención expresa de que la injerencia se realice para garantizar la defensa del orden y la prevención del delito, requisitos que son igualmente observados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determina en su sentencia de 25 de marzo de 1983, “Caso Silver y otros”, lo que debe entenderse por la expresión “necesaria en una sociedad democrática” señalando al respecto las siguientes cuestiones: “a) el adjetivo “necesaria” no es sinónimo de “indispensable”; tampoco tiene la flexibilidad de términos como “admisible”, “normal”, “útil”, “razonable” u “oportuno”; b) los Estados contratantes disfrutaban de cierto margen de apreciación -no ilimitado- en materia de restricciones, pero la resolución final sobre la compatibilidad de éstas con el Convenio corresponde al Tribunal; c) “necesaria en una sociedad democrática” significa que, para estar de acuerdo con el Convenio, la intervención debe corresponder especialmente a “una necesidad social imperiosa” y ser “proporcionada con la finalidad legítima perseguida”; d) los artículos del Convenio que establecen una excepción a un derecho garantizado deben ser interpretados restrictivamente”. V. también las SSTH de 6 de septiembre de 1978, “Caso Klass y otros”; de 17 de octubre de 1983, “Caso Malone”; de 26 de octubre de 1988, “Caso Norris”; de 30 de marzo de 1989, “Caso Chappell”.

(28) ATS de 18 de junio de 1992 (RA 6102). Sobre la interpretación del sentido que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos da al contenido de vida privada y correspondencia pueden consultarse las sentencias de 6 de septiembre de 1978, “Caso Klass y otros”; 27 de octubre de 1983, “Caso Malone”; 24 de abril de 1990, “Caso Kruslin y Huwing”, entre otras.

(29) GIMENO SENDRA, V., (con Cortés Domínguez y Moreno Catena), *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 45.

de proporcionalidad como principio constitucionalmente protegido estriba no sólo en este hechos, ya por sí mismo destacable, sino también en su ubicación en sede de derechos fundamentales, lo que hace posible la interposición del recurso de amparo ante su violación.

B) Presupuestos de la proporcionalidad

Partiendo del art. 8 CEDH, el principio de proporcionalidad se fundamenta en dos presupuestos, uno de carácter formal, como es el principio de legalidad y otro de carácter material, representado por el principio de justificación teleológica (30).

En virtud del primero, las medidas de intervención de las comunicaciones como limitadoras de un derecho fundamental han de estar previstas legalmente. Los jueces y magistrados en el momento de su adopción deben ajustarse a aquellas medidas que tengan un apoyo legal, puesto que la defensa del Estado no puede justificar cualquier actuación, hasta tal punto que pueda utilizarse como vehículo para recortar las libertades y quebrar los sustentos básicos del Estado de Derecho (31).

Atendiendo al segundo de los presupuestos, dichas medidas deberán responder a un fin legítimo, fines que deberían contemplar las normas que desarrollan el art. 18.3 CE, y necesariamente han de estar relacionados con los principios que inspiran nuestra Constitución y los bienes y valores que en ella se protegen (32).

La legitimidad del fin no está determinada únicamente por su importancia abstractamente considerada, sino también por su relevancia social, y

(30) Tradicionalmente el principio de legalidad procesal penal se venía incluyendo dentro del contenido del principio de legalidad penal, abarcando éste cuatro garantías: la criminal, la penal, de ejecución y la procesal. V. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1996, pág. 61; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, pág. 75. El sometimiento de las actuaciones procesales a la ley, se infiere no sólo del art. 1 LECrim, sino directamente del Texto Constitucional, y concretamente de su art. 24 en el que se establecen las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva.

(31) V. más ampliamente, GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos...*, op. cit., págs. 70-71.

(32) STC de 8 de abril de 1981.

por ello las medidas deben ir destinadas a la consecución de un fin imperiosamente reclamado por la sociedad (33).

Así se pronuncia el Tribunal Constitucional, cuando en respuesta al Fiscal General del Estado defensor de la tesis de que el ejercicio de un derecho fundamental no podía ser alegado para impedir un fin social, generalmente de rango superior, precisaba que este tipo de afirmaciones realizada sin ninguna matización "conduce indudablemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución" (34).

Como señala el Tribunal Supremo, el principio de proporcionalidad exige que las medidas de intervención de comunicaciones privadas sólo se utilicen respecto de aquellos hechos que provoquen gran preocupación en los ciudadanos por las consecuencias producidas en la sociedad (35). De esta

(33) V. SSTS de 18 de junio de 1993 (RA 5191); 25 de junio de 1993 (RA 5244); 20 de febrero de 1995 (RA 1201); 28 de marzo de 1995 (RA 2246); 2 de abril de 1996 (RA 3215); 22 de junio de 1996 (RA 6072); 24 de junio de 1996 (RA 4728); 18 de julio de 1996 (RA 6069); 8 de febrero de 1997 (RA 888); 6 de mayo de 1997 (RA 3632); 7 de junio de 1997 (RA 4898); 4 de febrero de 1998 (RA 939); 3 de abril de 1998 (RA 3282); 11 de mayo de 1998 (RA 4356); 23 de septiembre de 1998 (RA 7365), entre otras.

La relevancia social del fin es abordada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 22 de octubre de 1991, "Caso Dudgeon", estimando que la tipificación como conductas criminales de las relaciones homosexuales para la protección de la moral de una sociedad, no puede estimarse como una necesidad social importante, justificando con ello la limitación de la vida privada y de la intimidad. Resulta más gravosa la criminalización de este tipo de conductas para los individuos de orientación homosexual que los beneficios que pueda reportar para la moralidad pública. Si bien es cierto que existen determinados sujetos, como por ejemplo los menores, que pueden verse afectados en su educación y formación por este tipo de actos, este hecho no justifica por sí solo la penalización de las conductas homosexuales entre adultos que libremente han consentido.

(34) STC 22/1984, de 17 de febrero. V. igualmente, la STEDH de 26 de abril de 1979, *Caso "The Sunday Times"*.

(35) V. NAPPI, A., *Guida al nuovo Codice di procedura penale*, Milán, 1992, pág. 185; CONSO, S./GREVI, V., *Profili del nuovo Codice di procedura penale*, Padua, 1990, pág. 187; LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, Turín, 1994, pág. 140; FUMU, G., *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, Turín, 1990, pág. 785, entre otros.

manera, no sólo serán objeto de estas medidas los delitos castigados con penas graves, sino también aquellos que por las circunstancias concurrentes o por su trascendencia social hagan aconsejable la intervención de las comunicaciones de los sujetos investigados (36).

C) Contenido del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad entendido como la prohibición de exceso por parte de los poderes públicos, engloba a su vez otros tres "subprincipios": la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto o proporcionalidad del sacrificio. Por tanto, cuando el órgano jurisdiccional pretenda la adopción de una medida de intervención de las comunicaciones personales, deberá partir necesariamente del contenido de cada subprincipio (37)

a) Idoneidad

La idoneidad supone que la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales debe ir precedida de un riguroso examen sobre su aptitud para la obtención del fin perseguido, de otra forma la gravedad de la intromisión no resultaría justificada (38). En este sentido y siguiendo a FORSTHOFF, antes de que el juez acuerde la intervención de una comunicación personal es imprescindible que examine si esa es la medida más adecuada para conseguir el fin que se propone, esto es para averiguar tanto la comisión del delito como su autor, justificándose sólo en este caso su adopción (39). El grado de eficacia que debe exigirse a la medida deberá ser valorado en cada supuesto concreto, atendiendo para ello a estos tres requisitos (40):

(36) STS de 25 de junio de 1993 (RA 5244).

(37) GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos...*, op. cit., págs. 69 y 153.

(38) FUMU, G., *Commento al nuovo Codice...*, op. cit., pág. 785.

(39) FORSTHOFF, E., *La jurisprudencia...*, op. cit., pág. 231.

(40) A ellos alude GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos...*, op. cit., pág. 180 a 184, cuando señala respecto del primero, que "en el caso concreto sea previsible la aptitud de la medida para la consecución del fin"; en relación con el segundo que "una medida procesal restrictiva de derechos fundamentales, cualitativamente adecuada con el

- 1º) La medida debe ser por su naturaleza la más apta para la consecución del fin previsto;
- 2º) Su duración debe estar en estrecha relación con su finalidad;
- 3º) El sujeto al que se dirija la medida ha de estar debidamente individualizado (41).

b) *Necesidad*

La necesidad supone que de todas aquellas medidas que se han reputado como aptas para conseguir el fin perseguido en la investigación, debe elegirse aquella que cause menor lesión en los derechos del sujeto afectado (42). Si el resultado perseguido puede obtenerse con otra medida que implique una restricción menor de los derechos fundamentales, la necesidad de la intervención de comunicaciones no estaría justificada (43). El juez ha de valorar por tanto que la intromisión en el derecho al secreto de las comunicaciones sea imprescindible para la obtención de la finalidad de la investigación del hecho delictivo, frustrándose dicha finalidad si adopta una medida diferente (44).

fin perseguido, puede ser intolerable en un Estado de Derecho si su duración e intensidad no son exigidas por la propia finalidad que pretenda alcanzar, cualquiera que sea el carácter del proceso y el fin de la medida... En el marco del proceso penal toda injerencia debe resultar también adecuada cuantitativamente, como se desprende no sólo del rango constitucional del principio de idoneidad, sino del propio tenor de ciertas normas de la L.E.Cr. relativas a medidas cautelares y de investigación"; finalmente, y en referencia al tercer requisito, señala que "en un Estado democrático de Derecho las medidas limitativas de derechos fundamentales deben ser aplicadas previa la individualización de los particulares cuyos derechos sea preciso restringir con objeto de alcanzar los fines previstos por las normas que habilitan a los poderes públicos para practicar las injerencias".

- (41) En este mismo sentido se pronuncian LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas...*, op. cit., pág. 40; PEDRAZ PENALVA, E., *Principio de proporcionalidad...*, op. cit., pág. 343.
- (42) STC 62/1982, de 15 de octubre. V. también las SSTs de 18 de junio de 1993 (RA 5191); 25 de junio de 1993 (RA 5244); 18 de abril de 1994 (RA 3340); 27 de septiembre de 1994 (RA 1415); 4 de noviembre de 1994 (RA 8395); 12 de enero de 1995 (RA 130); 20 de enero de 1995 (RA 139); 8 de julio de 1997 (RA 5588); 14 de febrero de 1998 (RA 1174); 23 de septiembre de 1998 (RA 7365), entre otras.
- (43) PEDRAZ PENALVA, E., *Principio de proporcionalidad y principio...*, op. cit., pág. 346. V. también las SSTs de 25 de marzo de 1994 (RA 2591); 18 de abril de 1994 (RA 3340); 3 de junio de 1995 (RA 4533), entre otras.
- (44) En este sentido ASENIO MELLADO, J.Mª., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid, 1989, pág. 98; FORTUNA, E./DRAGONE, S./FASSONE, E./GIUSTOZZI, R./PIGNATELLI, A., *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Padova, 1993, pág. 413;

A este respecto señala el Tribunal Supremo, con ocasión de un análisis sobre la licitud de una intervención telefónica, que “la resolución autorizando la escucha de las conversaciones telefónicas de una persona tiene que concederse con carácter excepcional y siempre que no exista un medio de investigación menos incisivo que permita el desenvolvimiento de la actividad judicial sin interferirse y dañarse derechos y libertades fundamentales de carácter trascendental para el libre desarrollo de la libertad y seguridad del individuo como el derecho al respeto de la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones telefónicas... El principio de proporcionalidad que ha de regir toda la actuación judicial determinará en cada caso la justificación de la medida limitativa de los derechos fundamentales” (45). Consiguientemente la exigencia de proporcionalidad entre la medida y la finalidad, como principio inherente a la justicia, supone el deber de graduar “la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos traumáticos social e individualmente considerados y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes (46).

En la misma línea argumental el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que “el concepto de necesidad implica una exigencia social imperiosa; y, sobre todo, la medida tomada debe ser proporcionada a la legítima finalidad perseguida. Además, el alcance del margen discrecional que tienen las autoridades no depende solamente de la finalidad de la restricción, sino también de la naturaleza del derecho de los demandantes... Para determinar la amplitud del margen discrecional concedido al Estado, hay que tener en cuenta la importancia del mencionado derecho para la persona individual” (47).

LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas...*, op. cit., pág. 40; LOZZI, G., *Lezioni di procedura...*, op. cit., pág. 140; NAPPI, A., *Guida al nuovo codice...*, op. cit., pág. 185; RAMAJOLI, S., *La prova nel processo...*, op. cit., pág. 292.

(45) STS de 25 de junio de 1993 (RA 5244). V. igualmente, las SSTS de 18 de junio de 1993 (RA 5191); 5 de julio de 1993 (RA 5875); 18 de abril de 1994 (RA 3340); 27 de septiembre de 1994 (RA 1415); 4 de noviembre de 1994 (RA 8395); 12 de enero de 1995 (RA 130); 20 de enero de 1995 (RA 139); 22 de enero de 1996 (RA 49); 11 de marzo de 1996 (RA 1913); 15 de marzo de 1996 (RA 1953); 12 de abril de 1996 (RA 2902); 24 de junio de 1996 (RA 4798); 18 de julio de 1996 (RA 6069); 29 de julio de 1996 (RA 6072); 20 de enero de 1998 (RA 75); 3 de abril de 1998 (RA 3282); 11 de mayo de 1998 (RA 4356), entre otras.

(46) ATS de 18 de junio de 1992 (RA 6102).

(47) STEDH de 22 de noviembre de 1986, “Caso *Gillow*”. V. igualmente las SSTEDH de 26 de octubre de 1988, “Caso *Norris*”; 20 de junio de 1988, “Caso *Schönenberger y Durmaz*”.

c) Proporcionalidad en sentido estricto

Examinados los principios de idoneidad y de necesidad hemos de referirnos al principio de proporcionalidad en sentido estricto, poniendo de relieve que es después de haberse determinado la concurrencia de los otros dos sub-principios cuando el órgano jurisdiccional debe proceder a la valoración de los intereses en conflicto, para determinar si se justifica el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones en función del interés estatal que se trata de proteger (48).

Como señala el propio Tribunal Constitucional respecto de la restricción de la libertad de expresión, una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades, existiendo medios adecuados en el ordenamiento para asegurar medidas cautelares que no supongan esa limitación de las libertades de expresión e información (49).

Si el juez llega a la conclusión que partiendo de ese interés estatal el sacrificio resulta excesivo habrá de denegar la medida, aunque se hayan cumplido el resto de los presupuestos. Por tanto, resulta decisivo "el criterio de la ponderación del peso de los intereses enfrentados". Sin embargo, como señala GONZALEZ CUELLAR no puede defenderse la plena equiparación entre proporcionalidad y contrapeso, puesto que aunque realizada la función de ponderar valores en conflicto se observe que el interés individual debe ceder ante el interés estatal, por la importancia de este último, si la medida es legal-

(48) Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con ocasión de examinar lo que debe entenderse por plazo "plazo razonable" en la detención preventiva, considera en la sentencia de 27 de junio de 1968, "*Caso Wemhoff*", que el art. 5 CEDH no se limita a consagrar el derecho de toda persona a la libertad y seguridad, sino que señala también los casos y las condiciones en que este derecho puede verse limitado en función de un interés estatal superior como es el mantenimiento del orden público. Producida ya la derogación del derecho a la libertad por medio de la detención de una persona, es en función de ese estado de detención cuando los tribunales nacionales y, en todo caso el Tribunal Europeo, han de examinar si el tiempo transcurrido antes del juicio del encausado supera los límites razonables, es decir si en las circunstancias de ese caso concreto puede imponérsele a una persona que se presume inocente, el sacrificio del derecho. V. también las SSTEDH de 27 de junio de 1968, "*Caso Neumeister*"; 10 de noviembre de 1969, "*Caso Stögmüller*"; 10 de noviembre de 1969, "*Caso Matznetter*"; 3 de junio de 1985, "*Caso Vallon*".

(49) STC 199/1987, de 16 de diciembre.

mente inadmisibles no puede acordarse su adopción. El principio de proporcionalidad se aplicaría en el proceso penal para acomodar la ley al caso concreto, realizándose su formulación de forma negativa, es decir, no buscando la medida proporcional, sino evitando la desproporción, asegurando además el cumplimiento de las previsiones legales, utilizándose el contrapeso en función de intereses legales iguales o de rango similar (50).

Se puede colegir por tanto, que la legitimación de las intromisiones en los derechos fundamentales exige entre otros requisitos, que "ha de ponderarse razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta, y de otra, la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del "ius puniendi"; estamos pues como el propio Tribunal indica, ante la aplicación de la doctrina de la proporcionalidad de los sacrificios, de constante aplicación por la jurisprudencia constitucional cuando de la ponderación de derechos fundamentales se trata" (51).

La importancia de esta operación adquiere mayor trascendencia si cabe en aquellos casos en que los presupuestos y requisitos de la limitación no se encuentran establecidos en una norma legal, resultando por tanto imprescindible que la ponderación de los intereses en conflicto se realice en cada caso concreto, sin que puedan establecerse pautas o reglas que hayan de ser observadas a la hora de realizar esta valoración (52).

El problema fundamental con que se va a encontrar la autoridad judicial a la hora de realizar la valoración será determinar los criterios que ha de tomar como referencia para calcular la importancia de la persecución penal. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO señala los criterios a los que podría acudir para la defensa del interés estatal o público (53):

1. Las consecuencias jurídicas del hecho delictivo. Es necesario precisar que nuestra ley procesal penal no tiene en cuenta la gravedad de la pena en

(50) GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos...*, op. cit., pág. 229.

(51) PARDO FALCON, J., *Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, REDC, núm. 34, 1992, pág. 165.

(52) V. las SSTEDH de 27 de junio de 1968, "Caso Wemhoff" y de 22 de octubre de 1981, "Caso Dudgeon".

(53) GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos...*, op. cit., págs. 252 y ss.

su regulación de las medidas de intervención de las comunicaciones privadas. Pese a ello se trata sin duda de un dato que la autoridad judicial debe tener presente al acordar la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones. Su apreciación debe realizarse partiendo del caso concreto, determinando en la medida de lo posible la pena que le correspondería cumplir al sujeto afectado de llegar a demostrarse su culpabilidad, valorando la concurrencia de las circunstancias atenuantes que en ese momento se encuentren suficientemente acreditadas.

2. La importancia de la causa. Criterio éste estrechamente relacionado con el anterior, pero de contenido más amplio, puesto que entrarían en juego otros factores como el tipo de delito que se ha cometido, si es perseguible de oficio o no, el bien jurídico que se protege en cada tipo delictivo, etc. (54).

3. Grado de la imputación. Dada la gravedad de las medidas de intervención de comunicaciones han de existir sobre el sujeto pasivo sospechas claras y determinantes de su relación con la comisión del delito.

Pero también será necesario que la autoridad fije qué tipo de intereses individuales serán merecedores de ser tenidos en cuenta a la hora de adoptar tales medidas de intervención, colocándose éstos en el plato de la balanza que defiende los intereses o derechos del individuo, puesto que en caso contrario, tal y como señala la STC 13/1985, de 31 de enero, la medida supondría una violación al derecho fundamental (55).

Parece obvio que el principal interés de los ciudadanos será mantener el pleno disfrute de su derecho al secreto de las comunicaciones, sin que los órganos estatales puedan realizar injerencias que impliquen limitaciones al mismo. Sin embargo, no es éste el único derecho o interés que puede verse afectado por la intervención, puesto que con este tipo de medidas pueden

(54) V. ATS de 18 de junio de 1992.

(55) Señala la citada sentencia que "la apreciación de la necesidad de la limitación de un derecho fundamental y el cálculo consiguiente de la proporcionalidad de la medida adoptada no pudieron ser enunciados en la mente del Juez a falta de un examen, ni siquiera mínimo, del objeto sobre el que recayó su prohibición, que constituye así una ablación del derecho a comunicar y a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución, así como también un acto contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3)".

producirse injerencias en otros derechos fundamentales, ya pertenezcan al mismo individuo sobre el que se ha adoptado la medida, o a otros estrechamente relacionados con él. Por este motivo la autoridad judicial deberá tener en cuenta todas estas cuestiones a la hora de adoptar una medida de intervención de comunicaciones, valorando “los perjuicios ocasionados a los afectados, incluyendo en la ponderación de los intereses enfrentados las consecuencias gravosas que las medidas procesales penales pueden acarrear en su salud, física y psíquica, y en su vida familiar, social y profesional” (56).

En este sentido, el Tribunal Constitucional al hilo de analizar las restricciones del derecho a la intimidad señala que “lo que la protección de la intimidad reclama no es sólo la regularidad formal de la decisión judicial que motivadamente y con fundamento en una inexcusable previsión legislativa, la delimite, sino también, ya en el orden sustantivo, la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la situación en que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con las exigencias de la actuación judicial en curso, pues no se acomodaría, ciertamente, al derecho fundamental la resolución que constriñese el ámbito de la intimidad de quienes no se hallan en posición o situación específica de aquella actuación, como tampoco respetaría la garantía que consideramos la medida desatenta a toda estimación de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone” (57)

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera respecto de la detención provisional alguna de las circunstancias que deben ser objeto de valoración para determinar la adecuación de la medida al caso concreto, apreciando que el peligro de fuga no puede relacionarse únicamente con la gravedad de las penas, sino que “hay otras circunstancias, referentes especialmente al carácter del interesado, a su moralidad, a su domicilio, profesión, recursos, lazos familiares y de cualquier naturaleza con el país en que está procesado, que pueden confirmar que existe peligro de fuga o bien que no se justifica la detención provisional. Se debe tener también en cuenta que el peligro de fuga disminuye a medida que transcurre el tiempo de la detención, porque el ahorro probable de la duración de la prisión preventiva para

(56) GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos...*, op. cit., pág. 274.

(57) STC 37/1989, de 15 de febrero.

el cumplimiento de la pena de privación de libertad que el interesado presume que se le imponga le presentará esta hipótesis como menos temible y atenuará la tentación de huir” (58).

D) Proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica

Si bien resulta obvio que la adopción de una medida de intervención de las comunicaciones privadas lleva consigo irremediabilmente la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y en algunos casos de los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, no podemos dejar de plantearnos si en la estricta aplicación del principio de proporcionalidad podrían resultar igualmente lesionados dos principios fundamentales del Estado de Derecho, la igualdad y la seguridad jurídica (59).

El primero de ellos porque cabe entender que la medida no se aplicaría por igual en todos los supuestos, en cuanto que el principio de proporcionalidad impone la necesidad de tener en cuenta las diferentes situaciones. No obstante ningún trato discriminatorio puede apreciarse en esta forma de proceder, porque siendo las características de cada hecho diferentes, y distintos también los individuos que los cometen, lo desigual sería la aplicación de la medida por igual a todos ellos. Y además, aún en el caso de supuestos iguales puede producirse una decisión diferente del órgano jurisdiccional sin que ello implique trato discriminatorio.

Como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/1984, de 21 de mayo, el art. 14 CE no recoge “un mandato de igualdad absoluta que obligue en todo caso al tratamiento igual de los supuestos iguales pues ello sería contrario a la propia dinámica jurídica que se manifiesta no sólo en una modificación normativa, sino también en una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad concretada en un cambio de criterio que legitima las diferencias de tratamiento... El principio de igualdad en la aplicación de la Ley lo que impone es la prohibición de diferencias

[58] STEDH de 27 de junio de 1968, “Caso Neumeister”.

[59] V. FORSTHOFF, E., *La Jurisprudencia...*, op. cit., pág. 235.

de tratamiento arbitrarias por no justificadas en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal" (60).

De la misma forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera respecto del principio de igualdad recogido en el art. 14 CEDH, que únicamente se violaría cuando la diferencia de trato en casos iguales no tuviera justificación objetiva y razonable (61). La concurrencia de esta justificación se mediría atendiendo a la finalidad y efectos que las medidas de intervención de las comunicaciones pretenden, y a los principios que prevalecen en las sociedades democráticas, debiendo producirse siempre una proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo pretendido (62).

Por su parte, la vulneración del principio de seguridad jurídica encontraría su fundamentación en que los criterios a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional a la hora de proceder a la valoración de los intereses enfrentados para adoptar la medida de intervención de las comunicaciones no se encuentran recogidos en ninguna norma. Este hecho no significa que el juez pueda adoptar la medida de forma arbitraria, puesto que las pautas a las que debe acudir a la hora de realizar la citada valoración se desprenden tanto de la regulación legal de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, no estaría de más que la regulación legal

(60) De forma similar se expresa el Tribunal en la sentencia 85/1989, de 10 de mayo, cuando estima que "tal principio no impide en modo alguno que los órganos de la jurisdicción penal puedan adoptar las medidas cautelares de aseguramiento, personales o reales, previstas en el ordenamiento jurídico con entera libertad respecto de cada uno de los distintos encausados de un mismo proceso, habida cuenta que la finalidad perseguida con la adopción de dichas medidas no es otra que la de garantizar que la persona contra la que se dirige el proceso no intente sustraerse a la acción de la justicia y que la adopción o no de medidas cautelares, la elección de las mismas, e incluso su cuantificación, ha de hacerse en atención al mayor o menor número de probabilidades de que el evento se produzca, siempre y cuando el órgano judicial justifique el distinto tratamiento dispensado a los imputados".

(61) Art. 14 CEDH: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

(62) STEDH de 23 de julio de 1968, "Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica". V. igualmente, STEDH de 21 de febrero de 1975, "Caso Golder".

de este tipo de medidas fuese más estricta y los criterios de valoración fueran fijados en la medida de lo posible en una norma legal.

En definitiva, toda medida de intervención de las comunicaciones, requiere para su licitud no sólo la previsión constitucional del art. 18.3 CE, sino que los presupuestos, requisitos y límites que constituyen su régimen jurídico se vean reflejados en una norma legal, respetándose en todo caso el principio de proporcionalidad, que dentro del proceso penal de los países democráticos desempeña un evidente papel garantista, adquiriendo en las actuaciones que impliquen limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones relevancia constitucional.