# *T R I B U N A L  S U P R E M O*
## *Sala de lo Penal*
## SENTENCIA

***Sentencia Nº:*** 79/2012

***CAUSA ESPECIAL Nº***: 20716/2009

***Fallo/Acuerdo:***

***Señalamiento:*** 17/01/2012

***Procedencia:*** Querella

***Fecha Sentencia***: 09/02/2012

***Ponente Excmo. Sr. D.***: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

***Secretaría de Sala***: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

***Escrito por***: ARB

**Causa especial.-**

***Nº:*** **20716/2009**

***Ponente Excmo. Sr. D.:*** **Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

***Vista:*** **17/01/2012**

***Secretaría de Sala:*** **Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo**

# *TRIBUNAL SUPREMO*
## *Sala de lo Penal*

***SENTENCIA Nº:*** **79/2012**

**Excmos. Sres.:**

**D. Joaquín Giménez García**
**D. Andrés Martínez Arrieta**
**D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**
**D. Francisco Monterde Ferrer**
**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**
**D. Luciano Varela Castro**
**D. Manuel Marchena Gómez**

---

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Febrero de dos mil doce.

Visto en juicio oral y público y en única instancia la presente Causa Especial número 20716/2009, tramitada por el procedimiento Abreviado y seguida ante esta Sala por delito continuado de prevaricación judicial y delito

cometido por funcionario público de uso de artificios de escucha y grabación, con violación de las garantías constitucionales del art. 536, párrafo 1º, del Código Penal, contra el acusado D. Baltasar Garzón Real, titular del D.N.I. número 26.182.037-X, nacido en Torres (Jaén) el 26 de octubre de 1.955, hijo de Ildefonso y de María, y con domicilio profesional en Madrid, C/ García Gutiérrez s/n, de profesión Magistrado, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional en estas actuaciones en las que no consta haya estado privado de la misma en ningún momento, representado por la Procuradora Sra. Dña Virginia Aragón Segura y defendido por el Letrado D. Francisco M. Baena Bocanegra; y habiendo sido parte el Ministerio Fiscal en la representación que ostenta, en el ejercicio de la acusación particular D. Ignacio Peláez Marqués, representado por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y defendido por los Letrados D. Ignacio Peláez Marquez y Luis Peláez Garmendia; D. Francisco Correa Sánchez, representado por la Procuradora Doña Amparo Laura Diez Espí y defendido por el Letrado D. José Antonio Choclán Montalvo; y D. Pablo Crespo Sabaris, representado por el Procurador Don Francisco J. Abajo Abril y defendido por el Letrado D. Gonzalo Rodríguez Morullo; han dictado sentencia los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, con arreglo a los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho:

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** La presente causa se incoó en virtud de querella formulada, por la representación de D. Ignacio Peláez Marqués, contra el que después sería imputado, en la que tras referir los hechos que imputaban al mismo y entender constituían delito de prevaricación del art. 446.3 del Código Penal y delito cometido por funcionario público de uso de artificios de escucha y grabación, con violación de las garantías constitucionales del art. 536, pfo 1º del Código Penal, terminó suplicando su admisión a trámite y la práctica de las pruebas que en tal escrito se proponían.

**Segundo.-** La Sala Segunda del Tribunal Supremo, a quién correspondía por el fuero del implicado el conocimiento de los hechos expuestos en la mencionada querella, dictó auto el 2 de febrero de 2.011, en el que acordó

declararse competente para la instrucción y, en su caso, el enjuiciamiento de esta causa; admitiendo a trámite la querella y designando instructor de la misma al Magistrado de esta Sala D. Alberto Jorge Barreiro. Contra la referida resolución formuló recurso de súplica el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la defensa del querellado; habiéndose dictado auto de fecha 13 de Abril de 2010 que desestimaba el referido recurso y confirmándose el auto de admisión a trámite. Posteriormente se personaron las demás acusaciones particulares.

**Tercero.-** Que por auto de fecha 19 de octubre de dos mil diez, se acuerda la prosecución de la causa por los trámites de los arts. 780 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contra el querellado Baltasar Garzón Real, por los presuntos delitos de prevaricación y de uso de artificios de escucha y grabación con violación de las garantías constitucionales. Acordándose dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a todas las partes acusadoras para que, en el plazo común de diez días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, o, excepcionalmente, la práctica de las diligencias complementarias, para los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 780 de la LECr.

**Cuarto.-** Que por auto del Juez Instructor de la presente causa de fecha 8 de Abril de dos mil once, se acordó la apertura del juicio oral contra el acusado D. Baltasar Garzón Real.

**Quinto.-** El Ministerio Fiscal interesa se dicte auto de sobreseimiento libre por no estimar existencia de delito -art. 637.2 de la LECrim., en base a las consideraciones que obran en el escrito que figura unido a las presentes actuaciones.

**Sexto.-** La acusación particular en nombre de D. Ignacio Peláez Marqués, en igual trámite, calificó los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación del art. 446.3 del Código Penal y delito cometido por funcionario público de uso de artificios de escucha y grabación, con violación de las garantías constitucionales del art. 536, pfo 1º del Código Penal, y estimó responsable de los delitos citados al acusado D. Baltasar Garzón Real, sin

concurrencia en los hechos de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pidió se le impusiere al acusado pena de multa de 12 meses, a razón de una cuota de 6 euros por día y la pena de inhabilitación especial para empleo y cargo público por un período de 10 años, accesorias y costas.

**Sétimo.-** La acusación particular en nombre de D. Francisco Correa Sánchez en igual trámite calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de prevaricación judicial art 446.3 en relación con el art. 74 del Código Penal y un delito contra las garantías constitucionales, consistente en la colocación de artificios técnicos de escucha y grabación, artículo 536 párrafo 1º del Código Penal, y estimando responsable en concepto de autor al acusado D. Baltasar Garzón Real, sin concurrencia en los hechos de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pidió se le impusiere al acusado a) por el delito de prevaricación judicial continuada, multa de dieciocho meses, a razón de una cuota de 6 euros por día; e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de quince años; b) por el delito contra las garantías constitucionales, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos años; con aplicación del art 77 del Código penal; además de la imposición de las costas, incluida las de la Acusación particular.

**Octavo.-** La acusación particular en nombre de D. Pablo Crespo Sabaris, en igual trámite, calificó los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación de Juez o Magistrado tipificado en el artículo 446.3º del Código Penal, cometido con carácter continuado (artículo 74.1º del Código Penal y un delito de uso de artificios de escucha y grabación con violación de las garantías constitucionales y legales tipificado en el artículo 536 del Código Penal, cometido con carácter continuado (artículo 74.1 del Código Penal). Dándose entre estos dos delitos una relación de concurso de normas o de leyes, por lo que procede aplicar solamente, en virtud de lo establecido en el art. 8.4 C.P., el delito de prevaricación continuado como delito más grave. Estimando responsable en concepto de autor al acusado D. Baltasar Garzón Real, sin concurrencia en los hechos de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pidió se le impusiere las penas de, por el delito continuado de prevaricación (art. 446.3º CP) la pena de multa de dieciocho meses (con cuota diaria de 6 euros) e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 15 años; así como en concepto de responsabilidad civil, interesa proceda imponer al acusado el pago

de una indemnización por los perjuicios y daños de toda índole causados que, más allá de la lesión del bien jurídico protegido, han alcanzado personalmente a su representado, que se fija simbólicamente en un euro.

**Noveno.-** En el acto del Juicio Oral el Ministerio Fiscal, y las acusaciones particulares elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales.

**Décimo.-** La defensa del acusado, elevó a definitivas las conclusiones en el acto del Juicio oral.

**Undécimo.-** Habiéndose señalado para el inicio de la celebración de la vista y posterior deliberación el pasado día 17 de Enero de 2.012, habiendo finalizado la deliberación anteriormente mencionada en el día de hoy.

**HECHOS PROBADOS**

Resulta probado y así se declara:

En el mes de febrero de 2009, el acusado BALTASAR GARZON REAL, Juez con categoría profesional de Magistrado, desempeñaba el cargo de Magistrado Juez del Juzgado Central del Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional. En ese juzgado tramitaba las Diligencias Previas nº 275/2008 en las que se investigaban hechos que podrían ser constitutivos de delitos de blanqueo de capitales, de defraudación fiscal, de falsedad, de cohecho, de asociación ilícita y de tráfico de influencias, que se atribuían a varias personas ya imputadas en la causa, a los que se consideraba integrados en una organización en cuyo marco se ejecutaban las acciones delictivas. La complejidad de los hechos investigados generaban una actividad intensa en los encargados y responsables de la tramitación, así como del acusado y de las fiscales que intervenían en el asunto en representación del Ministerio Público, produciéndose frecuentes informaciones verbales por parte de los funcionarios de policía que desarrollaban las investigaciones, en las que, en ocasiones en presencia de las fiscales, ponían en conocimiento de aquel el estado de las mismas, los avances y las novedades que se producían.

A juicio policial, trasladado al acusado, los datos que manejaban hacían suponer que, a pesar de que se encontraban en prisión provisional acordada por el acusado, los que consideraban los máximos responsables de la organización continuaban con su actividad delictiva organizada procediendo a nuevas acciones de blanqueo de capitales y a otras

actividades que podían implicar la ocultación de importantes cantidades de dinero ilícitamente obtenidas. Según entendían los funcionarios de policía, y así lo comunicaron verbalmente, en esas actividades pudieran estar interviniendo algunos abogados integrados en un despacho profesional cuyos miembros eran conocidos y estaban identificados, llegando a ser imputados en la causa.

Comunicada esta información al acusado, dictó un auto de fecha 19 de febrero de 2009 del siguiente tenor literal:

*"Hechos: Primero.- En este Juzgado se tramitan Diligencias Previas número 275/08 en las que se investigan las presuntas actividades delictivas de un grupo organizado de personas liderado por Francisco Correa Sánchez, y en inmediata relación de jerarquía respecto del mismo, Pablo Crespo Sabaris y Antoine Sánchez y otros imputados en esta causa. Este grupo organizado tendría como principal finalidad, a lo largo del tiempo, y, como mínimo en los últimos 10 años, la realización de operaciones y organización de eventos para captar negocios y por ende de fondos, en las Comunidades Autónomas de Madrid y Valencia, principalmente, a través de un conglomerado empresarial integrado por empresas creadas y controladas a tal efecto por los mismos.*

*Segundo.- En fecha 12.02.09 se dictó por este Juzgado auto de prisión provisional contra los tres mencionados, encontrándose al día de la fecha en tal situación internos en el Centro Penitenciario de Madrid V a disposición de este Juzgado.*

*Razonamientos jurídicos: Primero.- Los hechos que motivaron la medida de prisión decretada por auto de este Juzgado de fecha 12.02.09 contra Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris y Antoine Sánchez, podrían ser constitutivos respectivamente, en cuanto a los dos primeros de un delito de blanqueo de capitales del art. 301 en relación con el 305 del C. Penal; un delito de defraudación fiscal del art. 305 del C. Penal; varios delitos de falsedad de los arts. 392 en relación con el art. 390 del C. Penal; múltiples delitos de cohecho del art. 423 en relación con el art. 420 del C. Penal;*

*un delito de asociación ilícita del art. 315.1 del C. Penal; y de diversos delitos de tráfico de influencias del art. 429 del Código Penal; y respecto del tercero un delito de blanqueo de dinero del art. 301 del C. Penal y de varios delitos de falsedad de los arts. 392 en relación con el art. 390 del Código Penal.*

*Segundo.- A la vista de la complejidad de la investigación que debe seguir desarrollándose en torno a los tres mencionados en el hecho de esta resolución que se encuentran en situación de prisión provisional a disposición de este Juzgado y con el objeto de poder determinar con exactitud todos los extremos de sus ilícitas actividades, y especialmente determinar el grado de imputación que pudieran tener otras personas dentro del grupo organizado investigado, deviene necesario ordenar la intervención de las comunicaciones orales y escritas de los tres internos antedichos.*

*Igualmente y dado que en el procedimiento empleado para la práctica de sus actividades pueden haber intervenido letrados y que los mismos aprovechando su condición pudiesen actuar como "enlace" de los tres mencionados con personas del exterior, deviene necesaria también la intervención que aquellos puedan mantener con los mismos, dado que el canal entre otros miembros de la organización y los tres miembros ahora en prisión podrían ser los letrados que estarían aprovechando su condición en claro interés de la propia organización y con subordinación a ella.*

*En este sentido, el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria distingue entre las comunicaciones "generales" de los internos con terceras personas, y las comunicaciones más "particulares" de aquellos con sus letrados. Esas comunicaciones "generales" pueden ser intervenidas con la autorización del Director del Centro Penitenciario en virtud de razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento penitenciario, sin embargo, las aquí denominadas "particulares" son sometidas a un régimen especial y la autorización de su*

*intervención debe ser solo dispuesta por la Autoridad Judicial, sin posibilidad de que la misma pueda ser acordada por la Autoridad Penitenciaria. Dicho artículo 51 en su segundo párrafo recoge claramente el supuesto fáctico que aquí se denuncia, estableciendo que las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.*

*Dichas intervenciones, tanto las "generales" como las "particulares" deberían ser llevadas a cabo con la coordinación de la Dirección del Centro Penitenciario correspondiente y debe seguir el mismo procedimiento de grabación, intervención, escucha y conservación que se optó para la intervención de las comunicaciones telefónicas que en su momento ya fueron acordadas en las presentes actuaciones, que al día de la fecha se encuentran cesadas. Sin embargo, dadas las dificultades técnicas que pudiesen surgir, es procedente autorizar a los funcionarios de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en el sentido que se dirá.*

*Por lo expuesto y vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.*

*Dispongo 1.- Ordenar la intervención de las comunicaciones orales y escritas que mantengan los internos Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris, y Antoine Sánchez en el Centro Penitenciario en que se encuentran, o cualesquiera otros donde se trasladen, con la coordinación de la Dirección de dichos Centros, así como de forma general con la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, debiendo la Unidad encargada de la investigación disponer los medios necesarios para llevar a cabo dicha intervención en los citados Centros, por un periodo comprendido desde el 19.02.09 hasta el 20.03.09.*

*2.- Ordenar la observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos, y con carácter especial, las que mantengan con el letrado D. José Antonio López Rubal, previniendo el derecho de defensa, en el Centro Penitenciario en que se encuentran, o cualesquiera otros donde se trasladen, con la coordinación de la Dirección de dichos Centros, así como de forma general con la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, debiendo la Unidad encargada de la investigación disponer los medios necesarios para llevar a cabo dicha intervención en los citados Centros, por un periodo comprendido desde el 19.02.09 hasta el 20.03.09.*

*3.- Autorizar a los funcionarios dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a la grabación de las comunicaciones personales que mantengan los internos mencionados, en cualesquiera Centros Penitenciarios que aquellos se hallen internos, debiendo abstenerse de escuchar dichas conversaciones, siendo los funcionarios de la Policía Judicial los únicos competentes para proceder a la escucha y transcripción de las conversaciones, así como a la conversación* (sic) *de los soportes, cuyo procedimiento se mantiene en los términos que se expresarán en los párrafos siguientes.*

*4.- Requerir a la Unidad encargada de la investigación a remitir a este Juzgado las transcripciones más significativas de las conversaciones (literales), quedando las cintas grabadas o cualquier otro soporte en que las grabaciones se materialicen, en depósito en la dependencia policial y a disposición de este Juzgado. Así como dar cuenta en todo caso de la identidad de los funcionarios que lleven a cabo las operaciones relativas a la observación, regrabación y transcripción, a cuyo fin se extenderán las oportunas actas quincenalmente, debiendo a su vez en dicho plazo informar sobre el resultado de las pesquisas concluidas desde su inicio; y si las imputaciones se han ido corroborando en qué sentido y*

*respecto a qué personas, y en lo referente a las razones que le aconsejen sobre su mantenimiento.*

*5.- Requerir a la Unidad actuante a que ponga en inmediato conocimiento del Juzgado la comisión de un delito distinto de aquel para el que en un principio se concede la observación, caso de que en la ejecución de la observación de las comunicaciones que se acuerdan en la presente resolución se tuviera conocimiento de ello.*

*6.- Requerir a la Unidad actuante a que, en caso de solicitarse la petición de prorroga, ésta se efectúe antes de 10 días del vencimiento de la observación.*

*7.- Librar oficio a la Unidad encargada de la investigación y al Sr. Director General de Instituciones Penitenciarias para la efectividad de lo acordado.*

*Así lo dispone manda y firma el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real, Magistrado Juez del Juzgado Central de Instrucción número cinco de la Audiencia Nacional".*

En relación al apartado 3 de la parte dispositiva, no añadió precisión alguna orientada a asegurar la custodia de las grabaciones, hasta ser entregadas a la policía, ni a identificar a los funcionarios responsables de la misma.

Recibida la resolución por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, se solicitó aclaración respecto a si las comunicaciones con los letrados, a las que se hacía expresa referencia en el auto, debían ser grabadas, lo que fue contestado afirmativamente.

Los funcionarios policiales solicitaron del acusado una aclaración respecto del significado de la expresión "*previniendo el derecho de defensa*", precisando el acusado que deberían proceder a recoger las cintas, escuchar lo grabado, transcribir todo su contenido excluyendo las conversaciones privadas sin interés para la investigación y proceder a su entrega en el juzgado, ocupándose él de lo que procediera en orden al cumplimiento de dicha cláusula.

El acusado no comunicó a los funcionarios policiales ninguna precisión respecto a conversaciones que debieran ser excluidas de la grabación, ni tampoco respecto a la imposibilidad de utilizar en la investigación ninguna parte de lo oído en las conversaciones grabadas.

Al dictar el referido auto, el acusado sabía que la previsión que, en su parte dispositiva, textualmente decía "*Ordenar la observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos...*", implicaba que las comunicaciones de los internos que iban a ser intervenidas, grabadas y escuchadas comprendían las que llevaran a cabo con todos los letrados, incluso con sus propios abogados defensores, incluyendo igualmente a los letrados expresamente llamados por los imputados en prisión provisional, sin excepción alguna. Era consciente igualmente de que la grabación y escucha de las comunicaciones iba a incluir no solo las que realizaran con los letrados ya personados en la causa, a los que, salvo al letrado ya imputado José Antonio López Rubal, no se menciona individualizadamente, sino a todos los letrados, fueran quienes fueran, que eventualmente se personaran en el futuro como defensores de los internos. Es decir, que el acusado sabía que, dado el tenor de su acuerdo y la ausencia de disposiciones o instrucciones complementarias al mismo, en el caso de que los internos designaran nuevos letrados, las comunicaciones que mantuvieran con ellos serían intervenidas, aun cuando al momento de firmar la resolución su identidad fuera desconocida y, por lo tanto, no se pudieran conocer y valorar los indicios que, en su caso, existieran contra los mismos.

La finalidad de la intervención de las comunicaciones, según se expresa en el referido auto era "*...poder determinar con exactitud todos los extremos de sus ilícitas actividades* [las de los imputados ingresados en prisión]*, y especialmente determinar el grado de imputación que pudieran tener otras personas dentro del grupo organizado investigado, ...*". Y, en cuanto a los letrados, en relación con lo dicho más arriba, "*...dado que en el procedimiento empleado para la práctica de sus actividades* [las de los imputados en prisión dentro de su organización] *pueden haber intervenido letrados y que los mismos aprovechando su condición pudiesen actuar como "enlace" de los tres mencionados con personas del exterior, deviene necesaria también la intervención que aquellos puedan mantener con los mismos, dado que el canal entre otros miembros de la organización y los tres miembros ahora en prisión podrían ser los letrados que estarían*

*aprovechando su condición en claro interés de la propia organización y con subordinación a ella*".

Por lo tanto, en el auto del acusado no se contenía ninguna mención concreta de la identidad de los letrados sospechosos, lo que habría permitido excluir a los demás, ni tampoco precisión alguna acerca de los indicios que existieran contra los que no hubieran sido hasta entonces imputados.

El día 2 de marzo, el imputado en prisión provisional Francisco Correa procedió a designar a José Antonio Choclán Montalvo como nuevo letrado de su defensa y el imputado Pablo Crespo, igualmente en prisión provisional, procedió, en la misma fecha a designar como nuevo letrado de su defensa a Pablo Rodríguez-Mourullo Otero. Por providencia, firmada por el acusado, del día 3 de marzo se les tuvo por personados en la causa en ese concepto.

En ese momento, no constaba en las diligencias, en lugar alguno, que con anterioridad cualquiera de los dos letrados mencionados aparecieran en las actuaciones como partícipes o intervinientes en alguna de las actividades investigadas. Tampoco sus despachos o letrado alguno perteneciente a los mismos. Igualmente nada consta respecto al letrado Ignacio Peláez, defensor del imputado José Luis Ulibarri, ni del letrado Juan Ignacio Vergara Pérez, defensor designado por el imputado en prisión provisional Antoine Sánchez, en ambos casos, desde el momento en que fueron tenidos como tales por el acusado, lo que había tenido lugar los días 21 de febrero y 17 de febrero, respectivamente.

A pesar de ello, el acusado no acordó, ni por escrito ni verbalmente, ninguna medida para evitar que se grabaran las comunicaciones mantenidas por los referidos letrados con sus defendidos.

La resolución judicial fue ejecutada en sus propios términos y en cumplimiento de la misma, en lo que aquí interesa, fueron intervenidas, grabadas, escuchadas por la policía, transcritas en lo relevante para la investigación, entregadas al juez y examinadas por los representantes del Ministerio Fiscal encargados del caso, varias comunicaciones de los internos Francisco Correa, Pablo Crespo y Antoine Sánchez con distintos letrados. Entre ellas, la mantenida por el querellante Sr. Peláez, letrado en ejercicio, personado en la causa desde el 21 de febrero como defensor del imputado José Luis Ulibarri, con Francisco Correa el 25 de febrero, junto con su letrado José Antonio Rubal, en la que no consta documentalmente que actuara como letrado defensor del interno ni como expresamente

llamado por éste para asuntos penales. La del día 6 de marzo, mantenida por el querellante con Francisco Correa, junto al letrado de su defensa, José Antonio Choclán, en la que figura como letrado expresamente llamado, y el mismo día 6 de marzo con el imputado Pablo Crespo, junto con su letrado defensor Pablo Rodríguez-Mourullo, en la que no consta documentalmente la condición en la que comparece. En esta misma fecha constan intervenidas las comunicaciones efectuadas por los mencionados letrados José Antonio Choclán y Pablo Rodríguez-Mourullo con sus defendidos Francisco Correa y Pablo Crespo. Igualmente constan intervenidas las comunicaciones efectuadas por Juan Ignacio Vergara con su defendido, el imputado en prisión preventiva Antoine Sánchez, en concepto de letrado defensor los días 24 y 25 de febrero y 12 y 17 de marzo.

El día 4 de marzo, los funcionarios policiales responsables de la investigación entregaron en el juzgado un informe sobre las comunicaciones intervenidas, en el que se hacía expresa referencia a la mantenida por el querellante Sr. Peláez junto con el letrado José Antonio Rubal, con el imputado Francisco Correa, de quien este último era letrado defensor, haciéndose referencia expresa en el informe a la estrategia de defensa pactada por los letrados en relación con uno de los hechos investigados. El referido informe policial aparece foliado en la causa ocupando un lugar anterior a la declaración que el mismo día 4 de marzo prestó en el juzgado el imputado José Luis Ulibarri. No aparece expresamente que se realizara pregunta alguna relacionada directamente con el contenido de la conversación mantenida en el curso de la comunicación antes mencionada.

El día 13 de marzo, los funcionarios policiales presentaron un nuevo informe, en el que, al tiempo que solicitaban la prórroga de la intervención acordada en el auto de 19 de febrero, comunicaban el resultado de la intervención de todas las comunicaciones de los internos antes mencionados, expresando que se habían iniciado el día 20 de febrero, y en el que se incluían varias conversaciones de aquellos con sus letrados defensores. En el oficio no se contenían indicios concretos de una posible actuación delictiva por parte de ninguno de los letrados defensores Ignacio Peláez, José Antonio Choclán, Pablo Rodríguez-Mourullo y Juan Ignacio Vergara.

Dado traslado al Ministerio Fiscal, emitió el pertinente informe en el que no se oponía a la prórroga aunque aclaraba que "*...si bien con*

*expresa exclusión de las comunicaciones mantenidas con los letrados que representan a cada uno de los imputados y, en todo caso, con rigurosa salvaguarda del derecho de defensa.*".

El tenor literal del referido informe era el siguiente:

*"El Fiscal, despachando el traslado conferido en el procedimiento arriba referenciado por Providencia de 16 de marzo de 2009 referida al oficio de la UDEF con registro de salida número 25917/09, DICE:*

*1°. El informe de la UDEF incluye la transcripción de las conversaciones mantenidas entre los imputados que se encuentran en situación de prisión provisional y algunos de sus familiares y abogados.*

*Una parte importante de las transcripciones se refieren en exclusiva a estrategias de defensa y, por tanto, deben ser excluidas del procedimiento. En concreto, las conversaciones que el Fiscal considera deben desglosarse de la causa son:*

*— Conversación de 24 de febrero de 2009 entre José Antonio López Rubal, Pablo Crespo Sabaris y Francisco Correa Sánchez salvo en lo relativo a la sociedad de los locales de Boadilla (inicio página 10 transcripciones) y lo referido a un cambio y a la posible alarma que ello causaría (inicio de la página 11 de las transcripciones).*

*— Conversación de 25 de febrero de 2009 entre José Antonio López Rubal, Pablo Crespo Sabaris, Francisco Correa Sánchez e Ignacio Peláez, a excepción de lo comentado entre Francisco Correa e Ignacio Peláez sobre la relación con una de las Fiscales, Concepción Sabadell*

*— Conversación de 2 de marzo de 2009 entre el abogado José Antonio Choclán y Francisco Correa Sánchez. A excepción de los comentarios que, en toma a las relaciones con las Fiscales, se efectúan entre los minutos 22. 19 a 24.40.*

*— Conversación de 3 de marzo de 2009 entre José Antonio López Rubal, Pablo Crespo Sabaris, Juan Ignacio Vergara Pérez y Antoine Sánchez desde la pregunta de Antoine a su letrado 'y, ¿cómo va mi recurso' (páginas 52 y 53 de las transcripciones).*

*— Conversación de 6 de marzo de 2009 mantenida entre Pablo Crespo Sabaris, Gonzalo Rodriguez Mourulio, Pablo Rodríguez Mourullo Otero e Ignacio Peláez Marqués (páginas 82 a 74 de las transcripciones).*

*— Conversación de 6 de marzo de 2009 mantenida entre Francisco Correa Sánchez, José Antonio Choclán Montalvo e Ignacio Peláez Marqués (páginas 74 a 82 de las transcripciones).*

*2°. En fecha 3 de marzo de 2009 se produjo un cambio en la representación de Francisco Correa Sánchez y Pablo Crespo Sabaris, dejando de asistirles el imputado José Antonio López Rubal.*

*3°. Interesa se libre mandamiento al órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales de! Consejo General del Notariado para que remita todas las escrituras en las que intervenga Pablo Crespo Sabaris y/o Mª Consuelo Margarita Vázquez.*

*Por ello, el Fiscal no se opone a la prórroga de las intervenciones solicitadas por la UDEF si bien con expresa exclusión de las comunicaciones mantenidas con los letrados que representan a cada uno de los imputados y, en todo caso, con rigurosa salvaguarda del derecho de defensa.*

*Igualmente, el Fiscal interesa se libre el mandamiento solicitado en el apartado tercero de este escrito".*

Este informe fue remitido por fax al Juzgado Central de instrucción nº 5, y fue entregado al acusado por el funcionario responsable de la tramitación de las Diligencias Previas a las que se refería, las DP 275/2008. Conocido su contenido, el acusado dictó un auto de prórroga de las intervenciones acordadas en el auto de 19 de febrero anterior, sin añadir ninguna cautela especial para la salvaguarda del derecho de defensa, más allá de la expresión "*previniendo el derecho de defensa*", a pesar de que era consciente de que, desde el dictado del auto anterior, se habían personado los nuevos letrados ya mencionados, y de que respecto de los mismos no se había precisado indicio alguno de actuación delictiva o de colaboración en la que se sospechaba que continuarían llevando a cabo los imputados que se encontraban en prisión preventiva.

El auto de 20 de marzo, en los hechos, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, era del siguiente tenor literal:

> "*Hechos: La presente pieza separada se ha incoado en virtud del auto de fecha 19 de febrero de 2009, habiéndose dictado auto del mismo día por el que se acordaba la intervención hasta el día 20 de marzo de 2009 de las comunicaciones orales y escritas de los imputados Francisco Correa, Pablo Crespo Sabaris y Antoine Sánchez, quienes se encuentran en situación de prisión provisional en el Centro Penitenciario de Soto del Real.*
>
> *Por la Fuerza Actuante se ha presentado oficio con nº 25917/09 aportando la transcripción de las conversaciones telefónicas intervenidas de interés y solicitando la prórroga de dicha intervención de las comunicaciones de los imputados indicados, habiéndose dado traslado al Ministerio Fiscal de dicho oficio a fin de que informara sobre la prórroga interesada. Razonamientos jurídicos: Primero.- Los hechos que motivaron la medida de prisión decretada por auto de este Juzgado de fecha 12.02.09 contra Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris y Antoine Sánchez, podrían ser constitutivos respectivamente, en cuanto a los dos primeros de un delito de blanqueo de capitales del art. 301 en relación con el 305 del C. Penal; un delito de defraudación fiscal del art. 305 del C. Penal; varios delitos de falsedad de los arts. 392 en relación con el art. 390 del C. Penal; múltiples delitos de*

*cohecho del art. 423 en relación con el art. 420 del C. Penal; un delito de asociación ilícita del art. 315.1 del C. Penal; y de diversos delitos de tráfico de influencias del art. 429 del Código Penal; y respecto del tercero un delito de blanqueo de dinero del art. 301 del C. Penal y de varios delitos de falsedad de los arts. 392 en relación con el art. 390 del Código Penal.*

*Segundo.- A la vista de la complejidad de la investigación que debe seguir desarrollándose en torno a los tres mencionados en el hecho de esta resolución que se encuentran en situación de prisión provisional a disposición de este Juzgado y con el objeto de poder determinar con exactitud todos los extremos de sus ilícitas actividades, y especialmente determinar el grado de imputación que pudieran tener otras personas dentro del grupo organizado investigado, deviene necesario ordenar la intervención de las comunicaciones orales y escritas de los tres internos antedichos.*

*Igualmente y dado que en el procedimiento empleado para la práctica de sus actividades pueden haber intervenido letrados y que los mismos aprovechando su condición pudiesen actuar como "enlace" de los tres mencionados con personas del exterior, deviene necesaria también la intervención que aquellos puedan mantener con los mismos, dado que el canal entre otros miembros de la organización y los tres miembros ahora en prisión podrían ser los letrados que estarían aprovechando su condición en claro interés de la propia organización y con subordinación a ella.*

*En este sentido, el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria distingue entre las comunicaciones "generales" de los internos con terceras personas, y las comunicaciones más "particulares" de aquellos con sus letrados. Esas comunicaciones "generales" pueden ser intervenidas con la autorización del Director del Centro Penitenciario en virtud de razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento penitenciario, sin embargo, las aquí denominadas "particulares" son*

*sometidas a un régimen especial y la autorización de su intervención debe ser solo dispuesta por la Autoridad Judicial, sin posibilidad de que la misma pueda ser acordada por la Autoridad Penitenciaria. Dicho artículo 51 en su segundo párrafo recoge claramente el supuesto fáctico que aquí se denuncia, estableciendo que las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.*

*Dichas intervenciones, tanto las "generales" como las "particulares" deberían ser llevadas a cabo con la coordinación de la Dirección del Centro Penitenciario correspondiente y debe seguir el mismo procedimiento de grabación, intervención, escucha y conservación que se optó para la intervención de las comunicaciones telefónicas que en su momento ya fueron acordadas en las presentes actuaciones, que al día de la fecha se encuentran cesadas. Sin embargo, dadas las dificultades técnicas que pudiesen surgir, es procedente autorizar a los funcionarios de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en el sentido que se dirá.*

*Por lo expuesto y vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.*

*Dispongo: 1.- Ordenar la prórroga de la intervención de las comunicaciones orales y escritas que mantengan los internos Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris, y Antoine Sánchez en el Centro Penitenciario en que se encuentran, o cualesquiera otros donde se trasladen, con la coordinación de la Dirección de dichos Centros, así como de forma general con la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, debiendo la Unidad encargada de la investigación disponer los medios necesarios para llevar a cabo dicha intervención en los citados Centros, por un periodo comprendido desde el 20.03.09 hasta el 20.04.09.*

*2.- Ordenar la Prórroga de la observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos, previniendo el derecho de defensa, en el Centro Penitenciario en que se encuentran, o cualesquiera otros donde se trasladen, con la coordinación de la Dirección de dichos Centros, así como de forma general con la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, debiendo la Unidad encargada de la investigación disponer los medios necesarios para llevar a cabo dicha intervención en los citados Centros, por un periodo comprendido desde el 20.03.09 hasta el 20.04.09.*

*3.- Autorizar a los funcionarios dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a la grabación de las comunicaciones personales que mantengan los internos mencionados, en cualesquiera Centros Penitenciarios que aquellos se hallen internos, debiendo abstenerse de escuchar dichas conversaciones, siendo los funcionarios de la Policía Judicial los únicos competentes para proceder a la escucha y transcripción de las conversaciones, así como a la conversación de los soportes, cuyo procedimiento se mantiene en los términos que se expresarán en los párrafos siguientes.*

*4.- Requerir a la Unidad encargada de la investigación a remitir a este Juzgado las transcripciones más significativas de las conversaciones (literales), quedando las cintas grabadas o cualquier otro soporte en que las grabaciones se materialicen, en depósito en la dependencia policial y a disposición de este Juzgado. Así como dar cuenta en todo caso de la identidad de los funcionarios que lleven a cabo las operaciones relativas a la observación, regrabación y transcripción, a cuyo fin se extenderán, las oportunas actas quincenalmente, debiendo a su vez en dicho plazo informar sobre el resultado de las pesquisas concluidas desde su inicio; y si las imputaciones se han ido corroborando en que sentido .Y respecto a qué personas, y en lo referente a las razones que le aconsejen sobre su mantenimiento.*

*5.- Requerir a la Unidad actuante a que ponga en inmediato conocimiento del Juzgado la comisión de un delito distinto de aquel para el que en un principio se concede la observación, caso de que en la ejecución de la observación de las comunicaciones que se acuerdan en la presente resolución se tuviera conocimiento de ello.*

*6.- Requerir a la Unidad actuante a que, en caso de solicitarse la petición de prorroga, ésta se efectúe antes de 10 días del vencimiento de la observación.*

*7.- Librar oficio a la Unidad encargada de la investigación y al Sr. Director General de Instituciones Penitenciarias para la efectividad de lo acordado".*

Por lo tanto, y el acusado era consciente de ello, entre las comunicaciones que se iban a intervenir a los internos en el centro penitenciario, imputados respecto de los que había acordado la prisión provisional, se encontrarían, sin excepción alguna, las que mantuvieran con los letrados designados por cada uno de ellos para su defensa, contra los cuales no constaba indicio alguno de actividad criminal.

El auto fue ejecutado en sus propios términos y como consecuencia de ello fueron intervenidas, grabadas, escuchadas por la policía, transcritas en lo relevante para la investigación, entregadas al acusado como juez y conocidas por éste y por los representantes del Ministerio Fiscal responsables del caso, varias conversaciones mantenidas entre los letrados y sus defendidos en los locutorios del centro Penitenciario expresamente destinados a esta clase de comunicaciones.

Entre ellas, y además de las ya mencionadas más arriba, se grabaron las comunicaciones mantenidas entre el interno preso preventivo Francisco Correa y el letrado designado por él para su defensa José Antonio Choclán los días 10 de marzo, 13 de marzo, 23 de marzo, 26 de marzo, 30 de marzo, 2 de abril, 8 de abril y 15 de abril de 2009.

Las comunicaciones mantenidas entre el interno preso preventivo Pablo Crespo y el letrado designado por él para su defensa Pablo Rodríguez-Mourullo los días 10 de marzo, 12 de marzo, 26 de marzo, 30 de marzo, 1 de abril, 8 de abril y 15 de abril de 2009.

Las comunicaciones mantenidas entre el interno preso preventivo Antoine Sánchez con el letrado designado para su defensa Juan Ignacio Vergara los días 27 de marzo, y 2, 6 y 13 de abril de 2009.

Con fecha 27 de marzo de 2009 tuvo entrada en el Juzgado Central de Instrucción n° 5 informe del Ministerio Fiscal de 23 de marzo conforme al cual:

*"El Fiscal, notificado el auto de 20 marzo de 2009 en el que se acuerda la prórroga de la intervención de las comunicaciones de los imputados en situación de prisión provisional, Dice: En fecha 20 de marzo de 2009 se emitió informe en el que se interesaba el desglose de determinadas conversaciones con el fin de salvaguardar el derecho de defensa de los imputados. El Fiscal reitera lo solicitado e interesa, con la misma finalidad, que, en lo sucesivo, se excluyan de la causa todas aquellas comunicaciones que se refieran exclusivamente al ejercicio del derecho de defensa de aquellos."*

El mismo día 27 de marzo de 2009 se dictó nuevo auto por el que se disponía: "excluir de esta pieza las transcripciones de las conversaciones mantenidas entre los imputados Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris y Antoine Sánchez y sus letrados y que se refieran en exclusiva a estrategias de defensa". En cumplimiento de lo dispuesto, el funcionario encargado de la tramitación de la causa, por orden verbal del acusado, que le comunicó que siguiera las indicaciones de uno de los representantes del Ministerio Fiscal en la causa, que en ese momento se encontraba en las dependencias del juzgado, procedió, según éste le indicó, a suprimir distintos párrafos de las trascripciones de las conversaciones mantenidas por los internos y sus abogados defensores en los locutorios de la prisión, a las que antes se hizo referencia.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.-** La cuestión central que debe ser resuelta en esta causa se relaciona directamente con el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa, que corresponde al imputado, frente al interés legítimo del Estado en la persecución de los delitos.

Como luego se dirá, aunque es pertinente adelantarlo, el derecho de defensa es un elemento nuclear en la configuración del proceso penal del

Estado de Derecho como un proceso con todas las garantías. No es posible construir un proceso justo si se elimina esencialmente el derecho de defensa, de forma que las posibles restricciones deben estar especialmente justificadas.

En este caso, no se trata en realidad de examinar la suficiencia de los indicios o de la motivación, o de cuestiones relativas a la proporcionalidad de una medida que restringe el derecho a la intimidad. Sino de la valoración jurídico penal de las dos resoluciones judiciales dictas por el acusado de fecha 19 de febrero y 20 de marzo de 2009, que, incidiendo directamente sobre el derecho a la defensa suprimiendo la confidencialidad, acordaron la escucha y grabación de las comunicaciones entre los imputados presos y sus abogados defensores, sin que existieran datos de ninguna clase que indicaran que los letrados mencionados en los hechos probados estaban aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos.

**PRIMERO.-** En el trámite previsto en el artículo 786.2 de la LECrim, la defensa del acusado planteó varias cuestiones previas.

1. En la primera de ellas hace referencia a la recusación de los Magistrados Srs. Marchena y Varela, miembros de esta Sala, planteada con anterioridad y que ahora alega nuevamente.

Aunque se ha entendido que no era ésta la intención de la defensa, es de toda evidencia que la apertura del turno de intervenciones previsto en el antes citado artículo 786.2 de la LECrim no supone un nuevo plazo para plantear la recusación por las mismas causas ya alegadas, ni una ampliación del ya previsto en el artículo 223 de la LOPJ. En consecuencia, las recusaciones ya fueron planteadas y desestimadas, lo que ha puesto fin a su tramitación en esta causa.

No obstante, desde la perspectiva del derecho a un juez imparcial, conviene recordar que la recusación planteada respecto del primero de los Magistrados de esta Sala antes aludidos fue rechazada por dos causas distintas por la Sala de este Tribunal Supremo prevista en el artículo 61 de la LOPJ. De un lado, por extemporaneidad en su planteamiento. De otro porque se afirmaba en la resolución de la Sala, de forma escueta pero terminante, que el hecho de haber sido instructor en una causa seguida contra el mismo acusado, por sí solo, no es causa de recusación para formar parte del Tribunal que enjuicia unos hechos totalmente diferentes.

Respecto del segundo Magistrado recusado, la recusación fue rechazada liminarmente por esta Sala por extemporaneidad y por absoluta falta de fundamento. Respecto a la primera causa, en la que se alegaba falta de imparcialidad subjetiva, porque, basándose en unas supuestas frases descalificadoras pronunciadas por el recusado, los hechos se relacionaban con tal generalidad y absoluta falta de concreción respecto a su contenido, lugar, fecha y circunstancias, que impedían cualquier juicio, aun cuando fuera muy provisional, sobre la consistencia de lo alegado, de forma que no se evidenciaba, ni siquiera indiciariamente, la sospecha y no se justificaba la tramitación del incidente. En cuanto a la segunda causa de recusación, relativa a la falta de imparcialidad objetiva por haber sido instructor en otro procedimiento diferente también seguido en esta Sala contra el acusado, porque se planteó en los mismos términos que la ya alegada en estas mismas actuaciones respecto del primero de los Magistrados recusados, que había sido rechazada, como ya se dijo, de forma terminante, por la Sala prevista en el artículo 61 de la LOPJ tras su tramitación. Las razones contenidas en el auto que rechazó liminarmente ambas causas permitían, pues, considerarlas totalmente carentes del mínimo fundamento.

El acusado, a través de su defensa, no ha aportado elementos de juicio no valorados ya, por lo que por las mismas razones aludidas, contenidas en las resoluciones que desestimaron o rechazaron liminarmente la pretensión, ésta debe ser ahora igualmente desestimada.

Por lo tanto, la alegación no puede ser estimada ni como reiteración de la recusación, ni como reiteración de la queja respecto al derecho a un tribunal imparcial.

2. En segundo lugar, plantea la defensa del acusado la necesidad de garantizar el derecho que le asiste, conforme al artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual todo condenado tiene derecho a someter el fallo y la condena a un Tribunal superior, lo cual queda aquí impedido por la condición de aforado del acusado. Entiende que mantener una instancia única para los aforados carece de toda razón. Y solicita que esta Sala venga a establecer que el recurso de apelación que está previsto en la regulación del procedimiento abreviado en la LECrim sea conocido y resuelto en estos casos por la Sala prevista en el artículo 61 de la LOPJ.

La pretensión es inatendible por razones obvias. En primer lugar, porque aun cuando pueda entablarse discusión o debate acerca de la justificación del procedimiento contra personas aforadas o sobre la preferencia o mejor calidad de unos sistemas procesales sobre otros, el artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, luego de disponer en el apartado 1 que toda persona condenada por un delito tiene derecho a que su condena o sentencia sea revisada por un Tribunal superior, contempla excepciones a esta regla en el apartado 2, y, entre ellas, los casos en los que la persona afectada sea juzgada en primera instancia por el más alto Tribunal. Y en segundo lugar porque no le corresponde a esta Sala completar la legislación procesal u orgánica estableciendo nuevos recursos, distintos a los previstos, o ampliar las competencias de los órganos jurisdiccionales establecidas de forma precisa por las leyes vigentes.

En consecuencia, la segunda cuestión previa es igualmente desestimada.

3. En tercer lugar, con apoyo en el artículo 24 de la Constitución, en relación al derecho a los medios de prueba, interesa que se admitan las pruebas ya propuestas y que fueron denegadas en el auto de esta Sala de 26 de octubre de 2010.

a) La primera de las pruebas a las que se refiere consistía en la unión a la causa de testimonio de las Diligencias Previas nº 1/2009 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, continuación de las instruidas por el acusado. Entendía la defensa que la intervención de las comunicaciones de los internos en el centro penitenciario acordada por el acusado había sido prorrogada por éste y luego nuevamente, en segunda prórroga, por el nuevo instructor, y argumenta que el conocimiento de estos dos elementos permitirá al Tribunal ver el fundamento de la antijuricidad de las resoluciones que hoy se reprochan al acusado.

Los Autos dictados por el acusado a los que se hace referencia, y el auto de 20 de abril de 2009 dictado por el instructor ya designado por el Tribunal Superior de Justicia al resultar competente para el conocimiento de la causa, ya obran entre las pruebas admitidas y podrán ser valorados por el Tribunal. No se hace mención concreta de otros particulares

relevantes, por lo que no es pertinente la unión de testimonio íntegro de esas actuaciones.

b) La segunda de las pruebas ahora propuestas, consistía en la certificación de todas las sentencias dictadas en los últimos cinco años en las que se revocaran intervenciones telefónicas y que hubieran supuesto la deducción de testimonio contra el juez que las había acordado. Dado que el proponente no había podido encontrar alguna sentencia en ese sentido, entendía que el dato era fundamental para la defensa.

El planteamiento es erróneo a juicio del Tribunal. La declaración de nulidad de las resoluciones que disponen una intervención telefónica, o el acuerdo de prohibición de valoración de lo obtenido mediante la misma, puede estar basado en múltiples causas. Sin embargo, a los efectos de las presentes actuaciones, solo podrían ser relevantes los casos relativos a la vulneración del derecho de defensa, que es lo que aquí se debate, y no las cuestiones relativas a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. No obstante, esta Sala conoce su propia jurisprudencia y, en todo caso, nada impidió a la defensa alegar acerca de anteriores resoluciones de las que pudiera obtener consecuencias que condujeran a la mejor defensa de sus derechos. Por lo tanto, la prueba debió ser inadmitida.

c) En tercer lugar, interesaba la defensa que se dirigiera comunicación a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias para que se procediera al volcado del disco duro donde constan todas las grabaciones efectuadas en ejecución de los autos dictados por el acusado. Entendía la defensa que era necesario conocer la integridad de las grabaciones para determinar si había habido una afectación del derecho de defensa y si la decisión del acusado se había ajustado a Derecho.

Como se expondrá con posterioridad, esta Sala entiende que no es preciso conocer el contenido completo de las conversaciones mantenidas entre los internos en el centro penitenciario y sus letrados defensores. Pues para establecer una lesión material al derecho de defensa, es suficiente con la demostración de que esas conversaciones o comunicaciones fueron intervenidas por quienes participaban en la investigación penal de los hechos.

De otro lado, tras el expurgo ordenado por el Auto de 27 de marzo dictado por el acusado, y en ejecución del mismo, se suprimieron de las transcripciones varias conversaciones que habían sido grabadas, mantenidas entre los internos y sus letrados defensores, porque el propio

acusado, a petición del Ministerio Fiscal, entendió que afectaban al derecho de defensa. Esta constatación, sin perjuicio de cómo se efectuó esa supresión y de si alcanzó a todo lo que afectaba a ese derecho, hace innecesario desde todas las perspectivas incorporar esas grabaciones para su examen en el juicio oral. Además, si se suprimieron por afectar al derecho de defensa, es claro que su incorporación a la prueba supondría ahora una nueva vulneración de la confidencialidad entre letrado y defendido.

Por todo ello, no era procedente admitir esta prueba.

d) En cuarto lugar, solicitaba la defensa que se aportara testimonio del auto de 14 de marzo de 2011 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la causa 1/2009, en el que se revocaba la decisión de sobreseer las actuaciones respecto de algunos abogados.

La cuestión no tenía relación alguna con los hechos investigados en esta causa, dado que los letrados a los que se refiere no son los que, según los hechos de la acusación, fueron escuchados cuando mantenían comunicaciones reservadas con sus defendidos. Si lo que se pretendía con esa prueba era probar que en algún momento existían indicios de actividad criminal contra aquellos, ello no puede acreditar, en ningún caso, que esos indicios fueran trasladables a los letrados concernidos por los hechos que se están enjuiciando.

En consecuencia, la prueba fue denegada.

e) En quinto lugar, la defensa, que renunció a la prueba testifical, propuesta en su momento, del Magistrado instructor designado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sr. Pedreira, propuso como prueba la testifical del funcionario del juzgado central de instrucción nº 5, Vicente Maroto, encargado del control y tramitación de la causa, que esta Sala decidió admitir como pertinente.

f) Finalmente, propuso en ese momento la audición de las cintas que citan las acusaciones para formular su acusación y que contienen las conversaciones grabadas, propuesta que fue admitida en parte, procediéndose en su momento a la audición de parte de lo propuesto, tal como resulta del acta, con la aquiescencia de la defensa.

**SEGUNDO.-** Se han practicado como pruebas el interrogatorio del acusado; la declaración de varios testigos, concretamente el querellante Sr. Peláez, los agentes policiales nº 81.067, 27.450 y 17.561 y Vicente Maroto

Mateos; la audición de parte de las conversaciones grabadas, y la documental propuesta y admitida, tal como consta en el acta.

1. Los aspectos objetivos de los hechos resultan probados de la siguiente forma. La existencia en el Juzgado Central de instrucción nº 5 de una investigación sobre hechos que pudieran ser constitutivos de varios delitos, entre ellos, blanqueo de capitales, se acredita por la documental, por la declaración del acusado y por la testifical de los funcionarios de policía que eran responsables de la misma. Del mismo modo por la testifical del funcionario del Juzgado Vicente Maroto. El dictado por el acusado de los autos de 19 de febrero, de 20 de marzo y de 27 de marzo de 2009 queda acreditado por la prueba documental consistente en testimonio de los mismos y por la declaración del acusado, que reconoció haberlo hecho en los términos que constan. La solicitud de aclaración acerca de la grabación de las conversaciones, por la documental consistente en testimonio del oficio de Instituciones Penitenciarias obrante en la causa. La petición de aclaraciones por parte de los funcionarios de policía respecto del significado de la frase "previniendo el derecho de defensa", se acredita por la testifical de los agentes nº 81.067 y 17.561, que declararon haberse dirigido al acusado con esa finalidad. La respuesta del acusado, en el sentido de que los policías debían proceder a recoger las cintas, escuchar su contenido, transcribir lo que fuera relevante para la investigación y entregárselo a él, quien decidiría lo que afectaba al derecho de defensa, se acredita por la testifical de ambos testigos. La frecuente dación de cuenta, verbal y por escrito de los funcionarios de policía al acusado, por la declaración de éste y la de los agentes ya citados, así como por la declaración del testigo Vicente Maroto.

La ejecución de la medida acordada, se acredita por la documental relativa a las conversaciones grabadas y transcritas. También por prueba documental referida a la información procedente de Instituciones Penitenciarias en cuanto a las visitas efectuadas por los letrados Srs. Peláez, Choclán, Mourullo y Vergara a los internos y el concepto en el que se hacían.

La designación de los letrados Srs. Choclán y Mourullo como defensores de los internos con fecha 2 de marzo, consta también por la prueba documental relativa al hecho de la designación y por el testimonio de la providencia, firmada por el acusado, de 3 de marzo de 2009 en la que se les tiene por personados en ese concepto. De la misma forma, en sus

fechas, las designaciones y personaciones de los letrados Srs. Peláez y Vergara.

La trascripción de las conversaciones, la entrega de aquellas en el juzgado y su conocimiento por el acusado y por los representantes del Ministerio Fiscal que actuaban en la causa, se acredita por el testimonio de las actuaciones, por la declaración del acusado, y por las manifestaciones de los testigos funcionarios policiales antes referidos que intervenían en la investigación, así como del funcionario del juzgado Vicente Maroto.

La entrega al juzgado de los informes de 4 y 13 de marzo, así como su contenido, resulta igualmente del testimonio de las actuaciones y de las anteriores declaraciones. De ellas resulta el conocimiento de los mismos por parte del acusado y de los representantes del Ministerio Fiscal.

El contenido de la declaración prestada ante el acusado por el imputado José Luis Ulibarri consta igualmente por el testimonio de las actuaciones.

El informe del Ministerio Fiscal de 20 de marzo y su contenido queda probado por el testimonio de las actuaciones. Que el acusado conoció su contenido, remitido por fax, antes de dictar el auto de 20 de marzo en el que acordaba la prórroga de las intervenciones acordadas el 19 de febrero, consta por la declaración del funcionario del Juzgado Vicente Maroto, que manifestó en el plenario que entregó el informe al acusado, tal como este le había ordenado, antes de que decidiera sobre la prórroga.

El dictado del auto de 27 de marzo y su contenido queda probado por el testimonio de las actuaciones. La forma en la que se procedió a la exclusión de determinadas conversaciones, por entender que afectaban al derecho de defensa, consta por la declaración del funcionario Vicente Maroto, quien manifestó que el acusado le ordenó que siguiera las instrucciones de una de las fiscales que intervenían en el asunto para concretar los párrafos que debían ser excluidos.

Las conversaciones entre los letrados y los imputados internos que fueron grabadas resulta de las propias trascripciones y de la información remitida por Instituciones Penitenciarias, así como, en parte, por los informes policiales de 4 y 13 de marzo.

Los anteriores elementos fácticos de carácter objetivo no han sido, en realidad, cuestionados.

2. En cuanto al carácter con el que el querellante Sr. Peláez compareció en el centro penitenciario en los momentos en los que fueron

grabadas sus conversaciones con los internos, sostiene la defensa que, ya que nunca se entrevistó con su defendido, que se encontraba en situación de libertad, y no cumplió con los requerimientos contenidos en el reglamento Penitenciario al no solicitar permiso del instructor de la causa, las comunicaciones efectuadas no pueden ser valoradas como realizadas por letrado.

La cuestión, así planteada, sugiere un concepto excesivamente burocrático del derecho de defensa. Aun así, carece de la trascendencia que se pretende. En primer lugar, porque no se discute que los letrados Sres. Choclán, Mourullo y Vergara se entrevistaron con sus defendidos en calidad de letrados defensores y fueron igualmente escuchados y grabados, lo que haría innecesaria la consideración de las grabaciones que se discuten relativas a las comunicaciones del querellante con los internos. En segundo lugar, porque consta en las actuaciones testimonio de un informe remitido por Instituciones Penitenciarias al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al Juez instructor, con fecha 28 de abril de 2010, relativo a las visitas a los internos Correa, Crespo y Sánchez, en el que aparece el querellante en una comunicación efectuada con el interno Francisco Correa el día 6 de marzo, en la que se hace constar que lo hace en concepto de letrado expresamente llamado, lo cual, en ausencia de cualquier otra prueba sobre el particular, resulta fuertemente indicativo de que documentó ante los funcionarios tal condición, como resulta del informe de Instituciones Penitenciarias de 3 de mayo de 2010 en el que se aclara que si se hace constar así es porque comparece con el volante del Colegio de Abogados en el que figura en tal concepto. Lo cual permite tenerlo por probado. Y en tercer lugar, porque, habiéndose efectuado la comunicación en los locutorios específicos para los letrados, lo que resulta de la testifical del querellante y de la misma documental, el acusado no había adoptado ninguna medida que permitiera excluir de la grabación y escucha a los letrados defensores y a los expresamente llamados, por lo que el cumplimiento de las exigencias reglamentarias o la acreditación de aquella condición nunca hubiera impedido la injerencia, como de hecho, no la impidió en el caso referido.

3. La inexistencia de indicios de actuación criminal respecto de los letrados defensores, los Sres. Peláez, Choclán, Mourullo y Vergara, no solo resulta de la ausencia de cualquier elemento en las actuaciones que lo pudiera sugerir, sino también de las declaraciones del propio acusado, que

no aportó ningún dato concreto sobre este particular; y de las de los funcionarios policiales encargados de la investigación, que manifestaron, aunque sin precisar los indicios objetivos, que sospechaban de un despacho de abogados, refiriéndose solamente a los ya imputados entonces en la causa, pero sin que hicieran en ningún momento referencia concreta a los letrados antes mencionados.

Además, ha de tenerse en cuenta que el acuerdo de escucha y grabación de las comunicaciones se dictó antes de conocer la identidad de estos letrados, que fueron designados en su mayoría con posterioridad, y que hasta entonces no habían aparecido en las actuaciones bajo apariencia o sospecha alguna de actuación delictiva. En consecuencia, cuando se acordó, era imposible valorar indicios contra aquellos.

4. La inexistencia de precisiones encaminadas a garantizar la custodia de las grabaciones en el centro penitenciario y a la identificación de los responsables de la misma, resulta del silencio del auto sobre el particular.

5. La inexistencia de órdenes o instrucciones por parte del acusado para que los funcionarios policiales encargados de la investigación no escucharan determinadas conversaciones o prescindieran de ellas en la elaboración de los informes entregados a aquel, resulta de las declaraciones de los agentes nº 81.067 y 17.561, que aparece corroborada en este extremo por la aparición de estas conversaciones en las trascripciones entregadas al juzgado, de las que aparecen suprimidos párrafos y conversaciones completas como consecuencia del expurgo acordado en el auto de 27 de marzo; igualmente resulta de la constancia de valoraciones expresas del contenido de estas conversaciones que aparecen en los informes policiales; y finalmente del informe del Ministerio Fiscal de fecha 20 de marzo, en el que se relacionan algunas de estas conversaciones que, a juicio del representante del Ministerio Público que lo firma, deberían ser excluidas por afectar al derecho de defensa.

6. Finalmente, en cuanto a la afectación del derecho de defensa y demás derechos presentes en la relación entre imputado y letrado defensor, sin perjuicio de lo que luego se dirá respecto de la lesión de los mismos por la mera supresión de la confidencialidad, de un lado se han suprimido de las trascripciones párrafos enteros que se consideró, por el Fiscal y por

el propio acusado, que afectaban al derecho de defensa. Además, restan en algunas trascripciones manifestaciones de los comunicantes claramente relacionadas con la defensa, entre ellas, la mantenida por el imputado Correa con su letrado defensor Sr. Choclán el día 2 de febrero, en la que tratan de las posibles decisiones del instructor, de cómo enfocar la situación y de las relaciones del letrado con el mismo instructor y con las fiscales del caso; o la mantenida entre el letrado Sr. Mourullo con su defendido el día 6 de marzo, en la que hablan de distintos aspectos de la tramitación de la causa, de gestiones para asegurar el pago de deudas hipotecarias con cargo a cuentas bloqueadas judicialmente, y de otros aspectos relacionados con el estado de la investigación, así como de aspectos relacionados con los hechos ya ocurridos que el interno transmite a su letrado. Así como la mantenida el mismo día 6 de marzo entre el letrado Sr. Choclán y su defendido, en la que interviene el letrado querellante Sr. Peláez como expresamente llamado, y en la que se comunican cuestiones relacionadas con la coordinación de las defensas y con el estado de la investigación en relación con hechos ya sucedidos que el imputado comunica a su letrado y con la posible valoración de los datos que suponen que el instructor tendrá en su poder.

Del mismo modo, en el informe policial se hace mención entre otros aspectos, a la coordinación de los letrados de los imputados para la defensa; a la elección de los nuevos letrados en función de sus contactos dentro de los órganos judiciales, mencionando incluso sus honorarios; a la relación profesional anterior del querellante con una de las fiscales del caso o del letrado Sr. Choclán con el instructor y con las fiscales y al contenido de las comunicaciones desarrolladas el 6 de marzo a las que antes ya se ha hecho alusión.

7. En lo que se refiere a los aspectos subjetivos, las afirmaciones fácticas en este sentido quedan soportadas por las siguientes consideraciones probatorias.

El acusado sabía cuales eran las consecuencias necesarias de las dos resoluciones que dictó. La inclusión de la cláusula previniendo el derecho de defensa, dejando a un lado su efectividad, revela que sabía que su resolución afectaría a este derecho. El propio tenor literal de los autos lo acredita, al referirse a todos los letrados personados y a otros que mantengan entrevistas con los internos, lo cual, gramaticalmente, al no establecerse excepción alguna, afecta a todos los personados, estén

imputados o no, y por lo tanto, existan, o no existan, contra ellos indicios de actividad criminal, y a todos los letrados que se personen en el futuro, con independencia de su identidad, y nuevamente con independencia de que existan o no indicios de actividad criminal contra ellos.

Además, no pudo tener duda alguna sobre ello. Los funcionarios de policía le reclamaron aclaraciones acerca del significado de la frase previniendo el derecho de defensa, con el resultado ya expuesto en el relato fáctico. El Ministerio Fiscal le reclamó la exclusión de las comunicaciones mantenidas con los letrados defensores. Tuvo conocimiento de la personación de nuevos letrados, tras el dictado del primero de los autos. Y los informes de los agentes policiales sobre las conversaciones mantenidas en el curso de las comunicaciones, incluían algunas con los letrados de la defensa de las que no resultaba indicio alguno de actuación delictiva por parte de estos últimos.

De lo expuesto resulta igualmente que, sin ninguna duda, el acusado conocía el resultado de la intervención de las comunicaciones y que éste era escuchado y valorado por los funcionarios policiales que intervenían en la investigación.

**TERCERO.-** Aludió la defensa a la modificación en la argumentación jurídica que apoyaba la consideración, provisional, de los hechos imputados como constitutivos de prevaricación, pues dice que si bien en la querella se hacía referencia a una interpretación errónea del artículo 51.2 de la LOGP, en el auto del instructor que acuerda continuar la tramitación según las reglas del procedimiento abreviado, se hace referencia a la falta absoluta de indicios que justificaran las resoluciones judiciales. Entiende que el instructor procedió a mejorar la querella añadiendo una argumentación que no empleaba el querellante.

1. Aunque en la práctica ordinaria los escritos de querella suelen contener una argumentación sobre la calificación jurídico penal de los hechos en que se basan, la LECrim no exige, en el artículo 277, que se incluya tal calificación ni argumentación alguna acerca de ese particular. En consecuencia, en primer lugar, no se puede afirmar que resulte de la ley que el instructor, ni tampoco lógicamente el Tribunal de enjuiciamiento, estén vinculados por la opinión jurídica del querellante. Y, en segundo lugar, no siendo la calificación un elemento necesario de la querella,

tampoco es posible sostener que el cambio en la argumentación jurídica suponga una alteración del objeto del proceso.

2. El objeto del proceso, un hecho penalmente relevante, se determina de forma progresiva a lo largo de la tramitación, para quedar definitivamente delimitado en los escritos de conclusiones definitivas de las partes. No supone irregularidad de ninguna clase que a lo largo de la tramitación aparezcan distintas valoraciones jurídicas de los hechos, pues de la misma forma en que el hecho se concreta de forma progresiva, también es posible evolucionar en su calificación. En consecuencia, ninguna norma impone al instructor una vinculación a la calificación que de los hechos vaya haciendo el querellante ni a la argumentación en que pueda ser apoyada.

3. El principio acusatorio, que inicialmente exige que la acusación sea sostenida por alguien distinto del juzgador, se relaciona íntimamente con otros derechos, entre ellos el derecho a un juez imparcial (el tribunal no puede abandonar su posición de tercero) y el derecho de defensa, que incluye el derecho a conocer la acusación. Como es sabido, el tribunal, en el momento del enjuiciamiento, está vinculado a la acusación en el aspecto subjetivo, en tanto no puede pronunciar sentencia si no es respecto del acusado, y en el aspecto objetivo, ya que no puede referirse a hechos distintos de los contenidos en la acusación, salvo aquellos que tengan un carácter meramente accesorio y que el tribunal considere acreditados por la prueba practicada en el plenario, y al tiempo resulten convenientes para una mejor comprensión de los hechos probados.

La calificación jurídica solamente vincula en el sentido de que el tribunal no puede condenar por un delito distinto al de la acusación, salvo que se trate de un delito homogéneo, en el sentido de que todos sus elementos estuvieran contenidos en la acusación, y cuando, además, no sea más grave que aquel por el que se acusa.

Finalmente, esta Sala, al igual que el Tribunal Constitucional, ha entendido, con precisiones que no es necesario abordar ahora, que no es posible imponer pena más grave que la solicitada por las acusaciones.

Pero más allá de estos aspectos, el tribunal no está vinculado. De manera que así como el instructor no está vinculado por la argumentación jurídica del querellante, el tribunal tampoco lo está por las acogidas por las partes ni por el instructor.

**CUARTO.-** La defensa, en su informe oral, pareció quejarse también de la actuación del instructor al recoger en el auto de apertura del juicio oral los hechos contenidos en los escritos de acusación.

1. En realidad, si se entiende así y no como una mera expresión de insatisfacción por la marcha del proceso, la queja carece de todo fundamento.

En el propio auto de apertura del juicio oral se ofrece una explicación escueta, aunque suficiente, del sentido de la resolución que se adopta, con la referencia explícita a la STC 186/1990 y al carácter negativo del juicio que corresponde al juez efectuar en ese momento, como control sobre la acusación.

No obstante, conviene ahora recordar que en el procedimiento abreviado, según el artículo 782 y concordantes de la LECrim, al juez instructor le corresponde acordar la apertura del juicio oral, y debe hacerlo en función de los hechos contenidos en las acusaciones, y no de otros. Solo puede denegarla, cuando solicitándolo quien puede hacerlo según la ley, entiende que carece de consistencia por dos posibles motivos: que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado o que los hechos no son constitutivos de delito.

2. El Tribunal Constitucional en la STC 186/1990, ya había advertido que "…la decisión judicial acerca de la apertura o no del juicio oral se adopta después de que se haya formulado acusación (art. 790.6 de la L. E. Crim.), como una manifestación más del sistema acusatorio al que responde el nuevo proceso (ne procedat iudex ex oficio), por lo que no puede atribuírsele al Auto de apertura del juicio naturaleza inculpatoria similar a la del auto de procesamiento en el procedimiento común". Se argumentaba en esta sentencia que el hecho de que la ley atribuyera al juez de instrucción el control sobre la consistencia de la acusación, en tanto que puede acordar el sobreseimiento en los casos previstos en la ley a pesar de la petición de las partes relativa a la apertura del juicio oral, no supone en manera alguna que, cuando accede a esa petición de las acusaciones proceda a realizar un acto de inculpación, pues "…este juicio acerca de la improcedencia de abrir el juicio oral -en definitiva de la improcedencia de

la acusación formulada-, de existir, es un juicio negativo en virtud del cual el Juez cumple funciones de garantía jurisdiccional, no de acusación".

En consecuencia, el juez de instrucción no puede acordar la apertura del juicio oral por unos hechos distintos de los contenidos en los escritos de acusación, (que a su vez proceden de los contenidos en el auto de transformación en procedimiento abreviado en cuanto determina los hechos justiciables), pues si así fuera estaría excediendo su función, solo prevista desde aquella perspectiva, correspondiente a un juicio negativo sobre la acusación. Puede, sin embargo, excluir algunos hechos, si considera que respecto de los mismos no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado o que aún así, no serían constitutivos de delito.

Pero si desde la perspectiva expuesta considera que respecto de los hechos de la acusación existen indicios racionales contra el acusado y que los hechos podrían ser constitutivos de delito, la apertura del juicio oral solo podrá acordarse por esos hechos, que es de lo que se acusa, y no por otros diferentes, sin que ello suponga una inculpación autónoma por parte del Juez.

En definitiva, el instructor cumplió adecuadamente sus funciones como tal. Ningún reproche se puede hacer a que el instructor, en lugar de acudir a una remisión genérica al contenido de las acusaciones, haya optado por la precisión detallada de los hechos por lo que acuerda la apertura del juicio oral.

**QUINTO.-** El artículo 446 del Código Penal dispone: "El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 3º. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injustas".

1. Los poderes públicos, también el judicial, están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 CE); y el artículo 117.1 de la misma Constitución, somete a los jueces solamente al imperio de la ley. En la STS 2338/2001 se hacían referencias a la posición del juez, a quien corresponde "...el monopolio de la jurisdicción y la facultad exclusiva de resolver los conflictos que se le presenten mediante la aplicación de la Ley, en un poder independiente que encuentra su límite

en la aplicación del Ordenamiento Jurídico, resolviendo de manera vinculante y definitiva el asunto enjuiciado".

En un sistema democrático como el regulado en la Constitución española, el Poder judicial se legitima por la aplicación de la ley a la que está sujeto, y no por la simple imposición de sus potestades. De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de aplicación de la ley, actúa solo su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver, y prescindiendo de todos los métodos de interpretación admisibles en derecho, acoge un significado irracional de la norma, sustituyendo así el imperio de la ley por un acto contrario de mero voluntarismo. La superación del simple positivismo, que pudiera conducir a actuaciones materialmente injustas, resulta de la Constitución y, especialmente, de sus normas sobre derechos fundamentales, que constituyen al tiempo una guía interpretativa y un límite infranqueable.

Desde esta perspectiva, la previsión legal del delito de prevaricación judicial, no puede ser entendida en ningún caso como un ataque a la independencia del Juez, sino como una exigencia democrática impuesta por la necesidad de reprobar penalmente una conducta ejecutada en ejercicio del poder judicial que, bajo el pretexto de la aplicación de la ley, resulta frontalmente vulneradora del Estado de Derecho.

2. La jurisprudencia ha señalado que la prevaricación supone un grave apartamiento del derecho, de manera que "...no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso, sino en la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho, en la forma prevista en el art. 117.1 CE", (STS nº 2/1999).

De esta forma, el elemento del tipo objetivo consistente en la injusticia de la resolución no se aprecia cuando se produce una mera contradicción con el derecho. Pues efectivamente, la ley admite en numerosas ocasiones interpretaciones divergentes, y es lícito que el juez pueda optar, en atención a las particularidades del caso, por una u otra interpretación sin incurrir en delito, aunque su decisión pudiera ser revocada en vía de recurso.

Por el contrario, la jurisprudencia, que ha asumido la teoría objetiva con elementos de la teoría de los deberes, ha venido insistiendo en

que la injusticia requerida por el artículo 446 del Código vigente exige una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma aplicada en el caso, de tal forma que la decisión cuestionada no pueda ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho. Así, se ha dicho que debe apreciarse la injusticia que requiere la prevaricación cuando "...la resolución de que se trate carece de toda posible explicación razonable, es decir, es a todas luces contraria a Derecho, porque su contenido, incluso en el supuesto de más favorable interpretación de la norma aplicable al caso o de las pruebas concurrentes, no se compadece con lo ordenado por la Ley, pudiendo referirse tal ilegalidad así cualificada, tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica, ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba". (STS nº 4 de julio de 1996). Y la STS nº 2/1999, señaló que el apartamiento de la función que corresponde al autor en el Estado de Derecho según los arts. 117.1 y 103.1 CE, en ocasiones aludida mediante el uso de adjetivos, "...será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación del derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho".

3. De la misma forma, se refería la STS nº 877/1998 a la cuestión señalando que "La injusticia de la resolución o sentencia, ha de determinarse en base a criterios objetivos, habiendo la antigua jurisprudencia declarado que ha de tenerse por tal cuando no puede explicarse mediante una interpretación razonable -Sentencia del Tribunal Supremo de 21 enero 1911-.".

Igualmente, en la STS 2338/2001 se decía que "En relación al elemento objetivo de la resolución injusta, una vez más, debemos afirmar con la constante jurisprudencia de esta Sala, por otra parte no muy numerosa, de la que son exponente las SSTS de 14 de febrero de 1891, 21 de enero de 1901, 1/1996, de 4 de julio, en Causa Especial 2830/1994, 155/1997 y la última, más completa y reciente la 2/1999, de 15 de octubre en Causa Especial 2940/1997, que la determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles".

Y según se decía en la STS nº 102/2009, FJ 5º, la teoría objetiva "...es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las

críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento".

En definitiva, se entenderá por resolución injusta aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles según los métodos usualmente admitidos en Derecho, careciendo de toda interpretación razonable, y siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. Por lo tanto, una resolución basada en una interpretación que pueda reputarse errónea, no es injusta a los efectos del delito de prevaricación, siempre que, alcanzada por los métodos de interpretación usualmente admitidos, sea defendible en Derecho.

Esta configuración del elemento del tipo objetivo viene a rechazar al mismo tiempo la teoría subjetiva de la prevaricación, según la cual se apreciaría el delito poniendo el acento en la actitud o la convicción del juez al resolver, y prescindiendo de que la resolución sea objetivamente conforme a la ley. Desde este punto de vista es evidente que "...la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia", (STS 2/1999). Por lo tanto, no puede admitirse que una resolución sea justa solo porque el juez que la dicta, sin referencia alguna a criterios objetivos, así la considere.

4. En la STS nº 4 de julio de 1996 se consideró que era constitutiva de prevaricación la conducta consistente en "...un comportamiento arbitrario, absolutamente injustificado del señor (...), al convertir en imputados a quienes en la querella habían sido propuestos como testigos, porque no hubo ninguna diligencia de prueba de la que pudiera inferirse el más mínimo dato de que alguno de los dos afectados por tan anómala resolución hubiera participado en los hechos que la querella relataba y podían ser constitutivos de delito".

En la STS 877/1998, se calificó como prevaricadora la resolución de autorizar un matrimonio sin el previo expediente matrimonial.

En la STS nº 2338/2001 se consideró constitutiva de prevaricación la resolución que aplicaba la prescripción de forma absolutamente

inasumible al separarse de las previsiones legales y de la doctrina consolidada de esta Sala.

En la STS 806/2004, se consideró como prevaricación la decisión de anular un procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 LH basándose en cuestiones de fondo, ignorando la naturaleza de dicho procedimiento, en la que es unánime la doctrina procesalista y también la de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reconocida por el propio auto que se consideró prevaricador, entendiendo que esa doctrina es ignorada a lo largo de toda esa resolución que, para argumentar su declaración de nulidad del procedimiento, hace constantes referencias a la forma en que fueron adquiridos los títulos que se pretendía ejecutar, algo totalmente ajeno a la esencia de este procedimiento judicial sumario.

En la STS nº 333/2006, se condenó por prevaricación al juez que acordó abrir un expediente gubernativo a un abogado al tener conocimiento de que había realizado alusiones a su persona y cargo en un juicio de faltas.

En la STS nº 102/2009, se consideró delictiva la resolución del juez territorialmente incompetente que ordenó, sin observación del principio de contradicción, la devolución de una cantidad retenida por un establecimiento de juegos de azar, correspondiente al premio obtenido por el denunciante. La resolución judicial ordena al Notario, en el que se deposita la cantidad retenida, la devolución del importe del premio retenido "sin dilación de clase alguna en forma inmediata" facultando a un letrado para colaborar en la cumplimentación de lo dispuesto. Así como la resolución que acordaba la libertad de uno de los imputados, argumentando que "...la libertad acordada en una causa seguida por delito grave requiere un análisis de los presupuestos para su adopción que no se realiza y la que se expone, identidad de circunstancias, no es real".

En la STS nº 1243/2009, de 30 de octubre, se consideró constitutiva de prevaricación la conducta del juez consistente en la adopción de una serie de acuerdos en un expediente de adopción en el que una mujer pretendía adoptar a la hija de su consorte, también mujer, entendiendo esta Sala que aquellas "...no sólo implican unas injustas resoluciones retardatorias sino también un despliegue de activa obstrucción beligerante para impedir la efectiva aplicación de la voluntad legislativa; muy significativamente cuando se trataba de cuestionar la idoneidad para la adopción por razón de la orientación sexual de la promovente. El examen de la madre biológica, titular de la patria potestad, el

requerimiento, bajo apercibimiento de sobreseer el expediente para nombrar profesionales, el nombramiento y sucesivo cese el defensor de la niña sólo son racionalmente explicables desde el punto de vista de una resolución injusta".

**SEXTO.-** 1. En cuanto al elemento subjetivo, plasmado en la expresión "a sabiendas", no es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido de que el autor debe tener plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta. Es decir, debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y de sus consecuencias y de que todo ello no puede estar amparado en una interpretación razonable de la ley. En este sentido, el elemento subjetivo se integra por "...la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica –«iura novit curia»–.", (STS nº 2338/2001).

2. No se trata de un elemento subjetivo integrado en el elemento objetivo relativo a la injusticia. Es decir, la resolución no se reputa injusta porque el juez la considere así. Lo que importa, desde el punto de vista atinente al tipo objetivo, es que lo acordado no es defendible en Derecho ni podría llegarse a ello por alguno de los métodos de interpretación de las normas admitidos en Derecho.

El elemento subjetivo, por el contrario, se refiere al conocimiento de esos elementos del tipo objetivo. Basta con que el juez sepa que la resolución no es conforme a derecho y que a ella no llegaría empleando los métodos usuales de interpretación, sino solamente imponiendo su propia voluntad, su deseo o su criterio sobre la interpretación racional de la ley.

**SEPTIMO.-** Como ya se expresó más arriba, las cuestiones planteadas requieren algunas consideraciones relativas al derecho de defensa, especialmente en el proceso penal.

1. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado en la Sentencia (Gran Sala) de 14 de setiembre de 2010, (Caso

Azko y Akcros/Comisión) que cita otras anteriores en el mismo sentido, que "...el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda dar lugar a sanciones, en particular a multas o a multas coercitivas, constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión...". La máxima es aplicable al proceso penal, con mayor razón, dado el carácter de las sanciones imponibles.

2. El proceso penal del Estado de Derecho se estructura sobre la base del principio acusatorio y de la presunción de inocencia. Para que su desarrollo respete las exigencias de un proceso justo, o en términos del artículo 24.2 de la Constitución, de un proceso con todas las garantías, es necesario que el imputado conozca la acusación y pueda defenderse adecuadamente de la misma. De esta forma, el derecho de defensa, como derecho reconocido a cualquier imputado, resulta esencial, nuclear, en la configuración del proceso.

En este marco, los principios de contradicción e igualdad de armas y de prohibición de la indefensión, actúan, a través del derecho de defensa, como legitimadores de la jurisdicción, de manera que ésta solo podría operar en ejercicio del poder judicial dadas determinadas condiciones de garantía de los derechos de las partes, y especialmente del imputado.

El derecho de defensa, desarrollado sustancialmente a través de la asistencia letrada, aparece reconocido como un derecho fundamental del detenido en el artículo 17 de la CE, y del imputado, con el mismo carácter aunque no exactamente con el mismo contenido, en el artículo 24. No se encuentra entre los que el artículo 55 de la CE considera susceptibles de suspensión en casos de estado de excepción o de sitio.

En el artículo 24 aparece junto a otros derechos que, aunque distintos e independientes entre sí, constituyen una batería de garantías orientadas a asegurar la eficacia real de uno de ellos: el derecho a un proceso con garantías, a un proceso equitativo, en términos del CEDH; en definitiva, a un proceso justo. De forma que la pretensión legítima del Estado en cuanto a la persecución y sanción de las conductas delictivas, solo debe ser satisfecha dentro de los límites impuestos al ejercicio del poder por los derechos que corresponden a los ciudadanos en un Estado de derecho. Nadie discute seriamente en este marco que la búsqueda de la verdad, incluso suponiendo que se alcance, no justifica el empleo de cualquier medio. La justicia obtenida a cualquier precio termina no siendo Justicia.

3. Directamente relacionados con la defensa y la asistencia letrada, aparecen otros aspectos esenciales para su efectividad. De un lado, la confianza en el letrado. El TC ha señalado (entre otras en STC 1560/2003) que "la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Letrado ocupa un lugar destacado en el ejercicio del derecho de asistencia letrada cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal". En este sentido, STC 196/1987, la privación del derecho a la designación de letrado, consecuencia de la incomunicación, solo puede aceptarse por el tiempo y con las exigencias previstas en la ley.

De otro, la confidencialidad de las relaciones entre el imputado y su letrado defensor, que naturalmente habrán de estar presididas por la confianza, resulta un elemento esencial (STEDH Castravet contra Moldavia, de 13 de marzo de 2007, p. 49; y STEDH Foxley contra Reino Unido, de 20 de junio de 2000, p. 43). En la STEDH de 5 de octubre de 2006, caso Viola contra Italia (61), se decía que "...el derecho, para el acusado, de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad (Sentencia S. contra Suiza de 2 noviembre 1991, serie A núm. 220, pg. 16, ap. 48). La importancia de la confidencialidad de las entrevistas entre el acusado y sus abogados para los derechos de la defensa ha sido afirmada en varios textos internacionales, incluidos los textos europeos (Sentencia Brenan contra Reino Unido, núm. 39846/1998, aps. 38-40, TEDH 2001-X)".

En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia (Gran Sala) de 14 de setiembre de 2010, señaló que "la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes debía ser objeto de protección a nivel comunitario", aunque supeditó tal beneficio a dos requisitos: "...por una parte, debe tratarse de correspondencia vinculada al ejercicio de los derechos de la defensa del cliente, y, por otra parte, debe tratarse de abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante una relación laboral".

En el desarrollo de la comunicación entre letrado y cliente, basada en la confianza y en la seguridad de la confidencialidad, y con mayor razón en el ámbito penal, es lo natural que aparezcan valoraciones sobre lo

sucedido según la versión del imputado, sobre la imputación, sobre las pruebas existentes y las que podrían contrarrestar su significado inculpatorio, sobre estrategias de defensa, e incluso podría producirse una confesión o reconocimiento del imputado respecto de la realidad de su participación, u otros datos relacionados con la misma. Es fácil entender que, si los responsables de la investigación conocen o pueden conocer el contenido de estas conversaciones, la defensa pierde la mayor parte de su posible eficacia. En la primera de las sentencias antes citadas, Castravet contra Moldavia, el TEDH afirmó en este sentido que "...si un abogado no fuera capaz de departir con su cliente y recibir instrucciones de él sin supervisión, su asistencia perdería gran parte de su utilidad, teniendo en cuenta que el Convenio pretende garantizar derechos prácticos y efectivos"

4. No es preciso, por lo tanto, que aparezca un aprovechamiento expreso mediante una acción concreta y directamente relacionada con lo indebidamente sabido, pues basta para lesionar el derecho de defensa con la ventaja que supone para el investigador la posibilidad de saber, (y con mayor razón el conocimiento efectivo), si el imputado ha participado o no en el hecho del que se le acusa, saber si una línea de investigación es acertada o resulta poco útil, saber cuál es la estrategia defensiva, cuales son las pruebas contrarias a las de cargo, o incluso conocer las impresiones, las necesidades o las preocupaciones del imputado, o los consejos y sugerencias que le hace su letrado defensor. Se trata de aprovechamientos más sutiles, pero no por eso inexistentes. Basta, pues, con la escucha, ya que desde ese momento se violenta la confidencialidad, elemento esencial de la defensa. El TEDH ha señalado en este sentido que la injerencia existe desde la interceptación de las comunicaciones, sin que importe la posterior utilización de las grabaciones (STEDH Kopp contra Suiza, de 25 de marzo de 1998).

5. Además, sufrirían reducciones muy sustanciales otros derechos relacionados. En primer lugar, el derecho a no declarar. La comunicación con el letrado defensor se desarrolla en la creencia de que está protegida por la confidencialidad, de manera que en ese marco es posible que el imputado, solo con finalidad de orientar su defensa, traslade al letrado aspectos de su conducta, hasta llegar incluso al reconocimiento del hecho, que puedan resultar relevantes en relación con la investigación. Es claro que el conocimiento de tales aspectos supone la obtención indebida de

información inculpatoria por encima del derecho a guardar silencio. En estos casos, la prohibición de valoración de lo ya conocido no es más que un remedio parcial para aquellos casos en los que, justificada la intervención con otros fines, el acceso haya sido accidental e inevitable, pero de esa forma no se elimina la lesión ya causada en la integridad del derecho.

En segundo lugar, el derecho al secreto profesional. Concebido como un derecho del letrado a no revelar los datos, de la clase que sean, proporcionados por su cliente, o, con carácter más general, obtenidos en el ejercicio del derecho de defensa (artículo 416 de la LECrim y 542.3 de la LOPJ), opera también como un derecho del imputado a que su letrado no los revele a terceros, ni siquiera bajo presión. El conocimiento indebido del contenido de las comunicaciones entre ambos, pues, dejaría en nada este derecho.

En tercer lugar, el derecho a la intimidad. La relación entre el imputado y su letrado defensor se basa en la confianza, de forma que es altamente probable que estando el primero privado de libertad traslade al segundo cuestiones, observaciones o preocupaciones que excedan del derecho de defensa para residenciarse más correctamente en el ámbito de la privacidad, que solo puede ser invadido por el poder público con una razón suficiente.

6. No se trata, por otra parte, de derechos absolutos. El TEDH, en la Sentencia Viola contra Italia, de 5 de octubre de 2006, señaló que "...el acceso de un acusado a su abogado puede estar sometido a restricciones por razones válidas. Se trata de saber en cada caso si, a la luz del conjunto del procedimiento, la restricción privó al acusado de un proceso equitativo".

Pero sus posibles restricciones, que no siempre son aceptables en la misma medida, requieren, según la interpretación que el TC ha hecho de la Constitución y el TEDH del Convenio, del cumplimiento suficiente de, al menos, tres exigencias. En primer lugar, una previsión legal suficiente, (en este sentido, STC 196/1987 y otras muchas), que en nuestro ordenamiento, en tanto que ley de desarrollo de un derecho fundamental, debe respetar en todo caso su contenido esencial (artículo 53.1 CE). En segundo lugar, una justificación suficiente en el supuesto concreto, que tenga en cuenta los indicios disponibles en el caso, la necesidad de la medida y el respeto al principio de proporcionalidad. A este aspecto se refieren la STEDH de 2

noviembre 1991 Caso S. contra Suiza y la STEDH de 31 enero 2002 Lanz contra Austria. Y en tercer lugar, en nuestro Derecho, una autorización judicial, regulada en ocasiones de forma expresa y en otras de forma implícita, según ha establecido el TC, aunque su forma y características admitan algunas matizaciones en función de la entidad de la restricción.

7. Naturalmente, todas estas consideraciones no pueden entenderse referidas solo a los efectos que producen en el caso concreto las escuchas de las comunicaciones reservadas entre el imputado y su letrado defensor. De aceptarse que la mera posibilidad de que se sigan cometiendo delitos justifica la supresión de la confidencialidad entre el imputado preso y su letrado defensor, desaparecería de manera general un elemento esencial en la misma configuración del proceso justo. Incluso la mera sospecha fundada acerca de la existencia de escuchas generalizadas de las comunicaciones entre el imputado privado de libertad y su letrado defensor, anularía de manera general la confianza en una defensa con capacidad de efectividad, como elemento imprescindible para un proceso con igualdad de armas; un proceso, por tanto, equitativo. En este sentido, en la STEDH Castravet contra Moldavia, de 13 de marzo de 2007, antes citada, ya se advirtió que "...una injerencia en el privilegio abogado-cliente, y por ende, en el derecho del detenido a la defensa, no exige necesariamente que tenga lugar una intercepción real o una escucha subrepticia. Una creencia genuina, basada en indicios razonables de que su conversación está siendo escuchada, puede ser suficiente, desde el punto de vista del Tribunal, para limitar la efectividad de la asistencia que el abogado pueda proporcionar. Tal creencia inhibiría inevitablemente la libertad de discusión entre el abogado y el cliente, y vulneraría el derecho del detenido a rebatir de forma efectiva la legalidad de su detención".

8. Se han traído a colación los casos en los que se intervienen comunicaciones de un sospechoso y entre las que son grabadas aparecen algunas con su letrado defensor, o aquellos otros en los que existiendo indicios de actuación criminal contra un letrado o letrados, se intervienen sus comunicaciones personales o las de sus despachos, y entre las conversaciones mantenidas aparecen algunas con sus clientes relativas al ejercicio del derecho de defensa. A estas se ha referido en alguna ocasión la jurisprudencia de esta Sala. Así, en la STS nº 2026/2001, FJ 9, en la que se decía que "El secreto profesional que protege a las relaciones de los

abogados con sus clientes, puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes".

Pero son supuestos diferentes al aquí examinado, porque en ambos casos se trata de intervenciones generales de las comunicaciones telefónicas, de manera que, siendo imposible conocer de antemano el contenido, la afectación de la defensa es accidental.

Mientras que en el caso que se examina lo que se ha acordado es una intervención específica de las comunicaciones interno-letrado, que incluyen indefectiblemente las mantenidas con el letrado defensor y, por lo tanto, relativas con alta probabilidad al ejercicio del derecho de defensa. En segundo lugar, porque en aquellos casos se trata de comunicaciones telefónicas, mientras que aquí se examina el supuesto de comunicaciones presenciales desarrolladas en un ámbito absolutamente controlable desde la Administración. Y en tercer lugar, porque en el caso aquí examinado, era posible diferenciar de antemano las comunicaciones con la defensa de las mantenidas con otras personas, de manera que nada impedía dejar a salvo el derecho de defensa no acordando la intervención de aquellas.

**OCTAVO.-** El derecho de defensa de los imputados presenta algunas peculiaridades cuando se encuentran privados de libertad.

1. Cuando los imputados se encuentran en situación de prisión preventiva, el ejercicio del derecho de defensa mediante la relación con el letrado defensor solo puede tener lugar en el marco de la relación, calificada por una gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia (STC 2/1987), como de especial sujeción, que el interno mantiene con la Administración Penitenciaria. De forma, que el imputado solo podrá comunicar personalmente con el letrado en los espacios habilitados en el centro penitenciario. Es cierto que esta situación ha sido utilizada como explicación para la restricción de los derechos del interno, incluso aun cuando tengan el carácter de fundamentales. Pero si se modifica la

perspectiva y se examina la cuestión desde el punto de vista del titular de los derechos, en realidad supone una mayor responsabilidad de la Administración pública, en el caso la penitenciaria, que deberá velar porque solo se restrinjan los derechos del interno en la medida permitida por la ley, o como dice el artículo 25.2 de la Constitución, por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

2. Efectivamente, el artículo 25.2 de la Constitución dispone que el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Disposición aplicable a los presos preventivos en tanto que internos en un centro penitenciario (STC 141/1999, FJ 6).

Por ello, el artículo 51.2 de la LOGP presenta una legitimación directa, si puede decirse así, desde la CE, para regular las posibles limitaciones al derecho a la asistencia letrada de los internos en prisión preventiva, concretamente en lo que se refiere a sus comunicaciones personales con sus letrados defensores, de manera que las únicas restricciones admisibles a ese derecho son las que se contienen en la ley penitenciaria. En la legislación española, es el único precepto que se refiere a las posibles limitaciones a la confidencialidad de las comunicaciones de los presos preventivos con sus letrados. Ni siquiera la regulación de la incomunicación en la LECrim prevé una posibilidad similar, pues a pesar de que constituye una limitación muy seria del derecho de defensa que el artículo 17 CE reconoce al detenido solo contiene una prohibición de la entrevista reservada con el abogado, necesariamente designado de oficio, sin que haga una referencia, como alternativa, a la posibilidad de intervenir las comunicaciones entre ambos.

3. La interpretación del artículo 51.2 de la LOGP, y su relación con el artículo 579 de la LECrim, no ha sido, sin embargo, pacífica.

Aunque, en realidad, se trataba de un obiter dictum, el Tribunal Constitucional entendió en la STC 73/1983 que el precepto cuestionado debía interpretarse de modo que las comunicaciones entre los internos y los abogados defensores o los especialmente llamados para asuntos penales podían ser intervenidas con carácter general por orden de la autoridad judicial y en casos de terrorismo, además, por el director del

establecimiento penitenciario. Así, decía en el FJ 7 que "La interpretación de este precepto -51, número 2- ha de hacerse en conexión con la regla 5.ª del mismo, que regula la suspensión o intervención motivada por el Director del establecimiento de las comunicaciones orales o escritas, previstas en dicho artículo, «dando cuenta a la autoridad judicial competente». La interpretación lógica de uno y otro apartado de dicho artículo -que en cuanto afecta un derecho fundamental puede hacer este TC- conduce a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el número 2 sólo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo, además, podrá acordar la suspensión el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente".

4. Sin embargo, esta interpretación, que según parte de la doctrina podía obedecer al momento histórico en el que se produce, con un todavía escaso desarrollo de las garantías del sistema democrático implantado en España tras la finalización de la dictadura, fue abandonada algo más de una década después. En la STC 183/1994 se rectifica expresamente esta interpretación del artículo 51.2 de la LOGP, entendiendo que la interpretación correcta del artículo 51 conduce a distinguir dos clases de comunicaciones "...que son de muy distinta naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados". Las que llama generales, entre el interno y determinada clase de personas (artísulo 51.1) y las específicas, que son las que el interno mantiene "...con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2)". Respecto de estas últimas el Tribunal Constitucional, luego de señalar que "...son sometidas al régimen especial del art. 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario", concluyó que las dos condiciones que contiene el artículo 51.2 (autorización judicial y casos de terrorismo) no pueden interpretarse como exigencias alternativas, sino acumulativas.

Decía en esta Sentencia el Tribunal Constitucional que "*Esta interpretación, aunque se haya hecho referencia a ella en la STC 73/1983, en una declaración accidental o de* obiter dictum*, no se aviene con el sentido más estricto y garantista que merece atribuirse al art. 51 de la*

*LOGP, y además responde a una confusión entre dos clases de comunicaciones que son de muy distinta naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados. Es evidente, en efecto, que el art. 51 de la LOGP, distingue entre las comunicaciones, que podemos calificar de generales, entre el interno con determinada clase de personas -art. 51.1- y las comunicaciones específicas, que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2); la primera clase de comunicaciones viene sometida al régimen general del art. 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas «por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento», según precisa el art. 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del art. 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario. Este carácter de régimen singular, que para las comunicaciones con el Letrado establece el art. 51.2, se prolonga más allá de la Ley, manteniéndose con toda claridad en su Reglamento de 8 de mayo de 1981, en el que las comunicaciones orales con el Abogado se regulan en Sección distinta de la dedicada a las comunicaciones del régimen general y en el que, al tratar de las comunicaciones escritas, con el Abogado, el art. 18.4 ordena de forma explícita que «no tendrán otras limitaciones que las establecidas en el punto 2 del art. 51 de la Ley General Penitenciaria». Esta diferenciación esencial que existe entre el art. 51.5 -régimen general cuya única remisión válida es al art. 51.1- y el art. 51.2, pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de «orden de la autoridad judicial» y «supuestos de terrorismo», que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión que el art. 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún*

*caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones*".

Esta interpretación de la ley fue nuevamente seguida en la STC 200/1997, y en la STC 58/1998, en cuyo FJ 5 se decía que "...es la trascendente incidencia del derecho fundamental a la defensa la que hace que el legislador penitenciario constriña toda intervención de las comunicaciones de los internos con sus Abogados o Procuradores a «los supuestos de terrorismo» y que exija además la garantía judicial (art. 51.2 LOGP) (STC 183/1994)", donde nuevamente se consideraban acumulativos ambos requisitos.

5. Esta Sala del Tribunal Supremo siguió de forma absoluta la doctrina constitucional establecida en la STC 183/1994. Así, fue recogida en la STS nº 245/1995, de 6 de marzo. Y, de modo muy contundente, también en la STS nº 538/1997, de 23 abril.

Decía esta Sala en esta última sentencia lo siguiente: "*El sometimiento de los internos en Centros Penitenciarios a un régimen especial conlleva una limitación de determinados derechos, y concretamente del derecho al secreto de las comunicaciones, autorizando el art. 51.5.º de la Ley General Penitenciaria que las comunicaciones orales y escritas de los internos puedan ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del Establecimiento, dando cuenta a la Autoridad Judicial competente. Ahora bien las razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, que pueden justificar estas limitaciones, no son aplicables a las comunicaciones incardinadas en el ejercicio del derecho de defensa del interno (art. 24 CE), derecho que no se ve legalmente limitado por su privación de libertad, y que debe ser especialmente tutelado, garantizando la igualdad real y efectiva de posibilidades de defensa de los acusados en un proceso penal, tanto a quienes la ejercitan desde la libertad como a quienes tienen que ejercitarla desde la prisión (art. 9.2 de la Constitución Española).*

*En consecuencia la posibilidad de intervención administrativa de las comunicaciones prevenida por el art. 51.5.º de la LOGP no es aplicable a las comunicaciones de los internos con el Abogado Defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con los asuntos penales y con los Procuradores que los representen (art. 51.2.º LOGP, STC 20 junio 1994).*

*En definitiva la regla general garantiza, en todo caso, la confidencialidad de las comunicaciones de los internos enmarcadas dentro del ejercicio de su derecho de defensa en un procedimiento penal, sin posibilidad de intervención ni administrativa ni judicial. Ahora bien la máxima tutela de los derechos individuales en un Estado de Derecho Social y Democrático no es incompatible con la admisión de reacciones proporcionadas frente a la constatada posibilidad de abusos en supuestos muy específicos y excepcionales. Concretamente, en el ámbito de las actividades de delincuencia organizada en grupos permanentes y estables, de carácter armado, cuya finalidad o efecto es producir el terror en la colectividad, por su tenebrosa incidencia en la seguridad y en la estabilidad de una sociedad democrática (terrorismo), se ha constatado la utilización de las garantías que el sistema democrático proporciona al derecho de defensa como cauce abusivo para actividades que exceden de la finalidad de defensa e inciden en la colaboración con las actividades terroristas. Es por ello por lo que, excepcionalmente y sin que dicha excepción pueda contagiarse al resto del sistema, en el ámbito personal exclusivo de los supuestos de terrorismo, y en todo caso con la especial garantía de la orden judicial previa, naturalmente ponderadora de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida en cada caso concreto, el art. 51.2 LOPJ faculta para la intervención de este tipo de comunicaciones singulares. Pero, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 183/1994, son condiciones habilitantes «acumulativas», el tratarse de supuestos de terrorismo y la orden judicial, motivada y proporcionada. Sin autorización judicial la intervención de dichas comunicaciones constituye una actuación vulneradora del derecho fundamental de defensa, cuyo resultado no puede surtir ningún efecto probatorio*".

6. Merecen ser destacadas las siguientes afirmaciones de esta resolución del Tribunal Supremo. En primer lugar, que "...la regla general garantiza, en todo caso, la confidencialidad de las comunicaciones de los internos enmarcadas dentro del ejercicio de su derecho de defensa en un procedimiento penal, sin posibilidad de intervención ni administrativa ni judicial". En segundo lugar, que "...excepcionalmente y sin que dicha excepción pueda contagiarse al resto del sistema, en el ámbito personal exclusivo de los supuestos de terrorismo, y en todo caso con la especial garantía de la orden judicial previa, naturalmente ponderadora de la

necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida en cada caso concreto, el art. 51.2 LOPJ faculta para la intervención de este tipo de comunicaciones singulares...", refiriéndose a las mantenidas entre internos y letrados defensores o llamados especialmente para asuntos penales.

Por lo tanto, la exigencia de ambas condiciones no solo supone que la intervención no puede ser acordada por el Director del establecimiento, como al contrario ocurre con las comunicaciones llamadas generales, sino que además, al ser acumulativas, la autoridad judicial solo podrá acordarlas en casos de terrorismo.

7. Esta interpretación encuentra, además, otros elementos que la refuerzan. En primer lugar, que en línea con lo ya dicho más arriba, el artículo 51.2 de la LOGP es la única previsión legal que habilita la restricción del derecho de defensa de los internos en centro penitenciario, de forma que ésta solo podrá acordarse en los casos que expresamente prevé. De otro lado, el Reglamento Penitenciario ordena comunicar al interno la resolución del Director acordando la intervención de sus comunicaciones generales, pero nada dispone acerca de la notificación de las que la autoridad judicial acuerde conforme al artículo 51.2.

Es cierto que parte de la doctrina entiende, argumentando también acerca de la negación de privilegios derivados de la condición de letrado, que cuando existan indicios de posible actuación criminal por parte del letrado, la autoridad judicial, en la investigación de un delito grave, podrá acordar la intervención de estas comunicaciones.

Parece claro, sin embargo, que aun en los casos de terrorismo el juez que acuerda la intervención deberá basarla en la existencia de algunos indicios de que el ejercicio de la defensa y la condición de abogado están siendo utilizadas para la comisión de nuevos delitos, pues no cabe sostener que en esos casos, a pesar de que se trata de delitos muy graves, la restricción del derecho de defensa pudiera acordarse de forma fácticamente inmotivada o, dicho de otra forma, apoyándose exclusivamente en la gravedad del delito imputado, aunque no hubiera indicios de actuación criminal contra el letrado y aunque, por lo tanto, la materia de sus comunicaciones fuera, presumiblemente, solo atinente al derecho de defensa. Por lo tanto, siguiendo esa interpretación, bastaría en todo caso con orden judicial e indicios suficientes, lo cual, dejaría sin sentido la previsión legal limitadora a los casos de terrorismo y la interpretación

constitucional, seguida por esta Sala, en cuanto a la necesaria concurrencia acumulativa de ambas condiciones.

8. En consecuencia, la Sala reitera su doctrina (STS nº 245/1995, de 6 de marzo y STS nº 538/1997, de 23 abril, y también, aunque como *obiter*, la STS nº 513/2010), en el sentido de que la intervención de las comunicaciones entre los internos y sus letrados defensores o los expresamente llamados en relación con asuntos penales solo pueden acordarse en casos de terrorismo y previa orden de la autoridad judicial competente. Por lo tanto, para resolver otros casos en los que se entendiera que la intervención pudiera ser imprescindible, sería precisa una reforma legal que contuviera una habilitación de calidad suficiente para intervenir las comunicaciones entre internos y letrados defensores o expresamente llamados en relación con asuntos penales, estableciendo los casos y las circunstancias en que tal intervención sería posible y las consecuencias de la misma.

**NOVENO.-** En relación con esta cuestión, la defensa hizo una referencia a la nueva regulación del proceso penal en el Proyecto aprobado por el Gobierno de la Nación en la anterior legislatura, que, aunque haya decaído al finalizar aquella, permitía, según alegó, la intervención de las comunicaciones entre el interno y su letrado. Es cierto que no se trata de una norma legal aplicable, pero, habiendo sido alegado, resulta de interés una sucinta referencia a su contenido sobre el particular que se examina.

1. Así, el artículo 276.2 del ahora anteproyecto, contempla la posibilidad de extender la investigación mediante intervenciones telefónicas al contenido de las conversaciones que mantenga la persona investigada con el abogado designado en el procedimiento para ejercer su defensa, "solo cuando concurran indicios fundados que permitan afirmar su participación en el hecho delictivo investigado". En esos casos, además, el Fiscal deberá solicitar del juez la exclusión del letrado (artículo 39), lo que daría lugar a una nueva designación, precisamente para evitar la lesión al derecho de defensa. También el artículo 304, relativo a la interceptación de comunicaciones privadas por medios de grabación del sonido, prevé la posibilidad de extender la escucha y grabación a las conversaciones que la persona investigada mantenga con quienes están dispensados de la obligación de declarar por razón de secreto profesional, entre ellos, pues,

los letrados defensores, pero solo en los casos en los que el procedimiento se dirija contra ellos.

Por lo tanto, la conducta del acusado, caracterizada por la absoluta inexistencia de indicios contra los letrados, tal como ha sido declarado probado, nunca podría haberse amparado en estas normas.

2. También se ha mencionado por la defensa que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido la grabación de las conversaciones entre el imputado y su letrado defensor. Es cierto, pero no lo ha hecho de forma incondicionada y para todo caso. En primer lugar, el Tribunal se ha limitado a examinar si la intervención de esas comunicaciones es contraria al Convenio en el caso. Y en segundo lugar ha exigido dos condiciones. De un lado, que exista una previsión legal de suficiente calidad, con lo que se refiere a la accesibilidad de la ley para la persona implicada, que además debe poder prever las consecuencias para ella, y su compatibilidad con la preeminencia del derecho, es decir, que la ley debe utilizar términos suficientemente claros para indicar a todos en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita a los poderes públicos para adoptar tales medidas secretas (STEDH Kopp contra Suiza). Y de otro, que existan indicios contra el letrado afectado. En la STEDH Tsonyo Tsonev contra Bulgaria, declaró que "...la lectura de la correspondencia de un interno con su abogado, sólo puede autorizarse en casos excepcionales, si las autoridades tienen razones para creer que existe un abuso de privilegio por cuanto el contenido de la carta amenaza la seguridad del establecimiento o a terceros o reviste un carácter delictivo (Sentencias *Campbell*, previamente citada, ap. 48 y *Erdem contra Alemania*, núm. 38321/1997, ap. 61, TEDH 2001-VII (extractos)). En cualquier caso, las derogaciones de tal privilegio deben rodearse de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos (Sentencia *Erdem*, previamente citada, ap. 65)". En sentido similar la STEDH de 2 noviembre 1991 Caso S. contra Suiza y la STEDH de 31 enero 2002 Lanz contra Austria, antes citadas.

Por lo tanto, las resoluciones del acusado tampoco encontrarían apoyo en la doctrina del TEDH.

**DECIMO.-** Las acusaciones han calificado los hechos como constitutivos, también, de un delito del artículo 536 del Código Penal.

1. El artículo 536 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público o agente de estos que, mediando causa por delito, intercepte las comunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales. El tipo objetivo, solo requiere la mera interceptación o la utilización de los artificios, sin que sea preciso el acceso efectivo ni la obtención de información alguna. Contiene además un elemento normativo, consistente en la violación de las garantías constitucionales o legales.

2. El elemento subjetivo requiere el conocimiento de la interceptación o del empleo de los artificios mencionados. No es preciso un especial elemento subjetivo revelador de una determinada finalidad.

**DECIMO PRIMERO.-** Los hechos declarados probados constituyen un delito de prevaricación del artículo 446.3º y un delito previsto en el artículo 536, ambos del Código Penal.

1. Aunque se ha hecho referencia a ello en el plenario, carece de trascendencia si las resoluciones de 19 de febrero y 20 de marzo de 2009 fueron adoptadas por el acusado por propia iniciativa. De un lado, porque, no constando en la causa informe alguno en el que se contenga una solicitud en ese sentido, la responsabilidad de la resolución incumbe exclusivamente al juez. Al instructor en el proceso penal, a quien compete la dirección de la investigación, no le corresponde ocupar una posición propia o característica de un enemigo del investigado, estando, por el contrario, obligado a "...consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo...", (artículo 2 de la LECrim). Además, resulta encargado de la protección de los derechos fundamentales del imputado, en tanto que la Constitución, ordinariamente, condiciona su restricción a la existencia de una resolución judicial debidamente motivada. Por lo tanto, en ningún caso su responsabilidad resultaría mermada por el hecho de que la medida le hubiera sido solicitada. De todos modos, el acusado asumió haber dictado los autos de 19 de febrero y de 20 de marzo como una decisión propia.

2. Antes de hacer referencia a la injusticia de la resolución, es conveniente mencionar algunos aspectos a los que se hizo alusión en algún momento del plenario. En primer lugar, la diferencia entre este supuesto y los casos de anulación de intervenciones telefónicas. En segundo lugar, la alegación del acusado respecto a que no se intervinieron las conversaciones de los letrados, sino las de los internos. En tercer lugar, la sugerida convalidación de la decisión judicial por la policía, por el Ministerio Fiscal, o por actuaciones judiciales posteriores. En cuarto lugar, la afirmación del acusado, según la cual, se adoptó esa medida porque no había otra solución para impedir que los imputados continuaran con su actividad delictiva. Y en quinto lugar a la relevancia objetiva de la cláusula *previniendo el derecho de defensa*.

3. En numerosos supuestos esta Sala se ha referido en los recursos de casación a los requisitos exigibles para justificar la restricción del derecho a la intimidad, especialmente en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad del domicilio, y ha anulado las resoluciones judiciales, o dicho de otra forma, ha establecido una prohibición de valoración de los elementos obtenidos con violación de derechos fundamentales. Se alega que en ninguno de esos casos se procedió a deducir testimonio contra el juez que había adoptado la resolución que se anula.

Sin embargo, se trata de supuestos no equiparables al aquí examinado. En aquellos casos, lo que se cuestiona es la suficiencia de la justificación para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad domiciliaria, como expresiones del derecho a la intimidad, lo cual encuentra una habilitación legal, aunque parca e insuficiente, en el artículo 579 de la LECrim.

Lo que aquí se examina es una actuación judicial que restringe profundamente el derecho de defensa, que, como se dijo, es un elemento estructural esencial del proceso justo. No se trata de la validez de un elemento de investigación o de prueba, sino de la estructura del proceso penal del Estado de Derecho. La supresión de la defensa no afecta solo a la validez de lo actuado, sino a la misma configuración del proceso.

Además, tal como se han planteado en la jurisprudencia, en aquellos casos se trata de resolver si lo que se consideraron indicios al acordar la restricción lo eran efectivamente o de si los considerados,

siéndolo, podían tenerse por suficientes a los efectos de justificar la medida adoptada. En los hechos probados la inexistencia de indicios es absoluta.

Finalmente, ha de señalarse que en la jurisprudencia de esta Sala no aparece un caso similar en el que, sin indicio alguno contra los letrados, se haya procedido por el juez instructor a escuchar y grabar las comunicaciones entre los mismos y sus defendidos en el centro penitenciario en el que éstos se encuentran privados de libertad. No existe, por lo tanto, un término válido de comparación. Y no es posible extraer conclusiones de otros posibles supuestos alegados, pues no han sido examinados por este Tribunal, que no se ha pronunciado, y se desconocen sus elementos fácticos. Tampoco el acusado ha aportado otro supuesto en el que haya acudido a esta práctica, a pesar de que es notoria su intervención en la fase de instrucción de causas complejas a lo largo de un periodo extenso de tiempo.

4. Respecto de la segunda cuestión, afirma el acusado que no se intervinieron las comunicaciones de los letrados, sino las de los internos. El argumento no puede ser aceptado. Los internos en un centro penitenciario tienen derecho a realizar comunicaciones con sus letrados defensores o con los expresamente llamados para asuntos penales. Mientras se encuentran privados de libertad, esta es la única posibilidad de contacto personal con su defensa. Estas comunicaciones tienen un carácter específico que las distingue de las demás, tanto por las personas con las que se mantienen (los abogados) como por el lugar destinado para ello, tal como se desprende del artículo 51 de la LOGP. La razón no es otra que la necesaria protección al derecho de defensa. Así resulta de la doctrina del TC y de esta Sala, de la que ya se ha hecho mención.

La decisión del acusado se refería expresamente a las comunicaciones de los internos con los letrados, en un apartado específico de su resolución, separado y diferente del que ordenaba la intervención de las demás comunicaciones que mantuvieran aquellos.

De tal forma que, de no haberlo acordado expresamente, el centro penitenciario no hubiera podido proceder a su grabación.

No se trata, por lo tanto, de un acceso accidental al contenido de las comunicaciones mantenidas con el letrado de la defensa, producido en el marco de una intervención de carácter general, sino de una orden judicial, concreta y específica, directamente encaminada a intervenir esas precisas comunicaciones, que a falta de otros datos versarían sobre la forma en que

sería ejercido el derecho de defensa. Así resulta no solo del tenor literal de la primera de las resoluciones, sino también de la actitud del acusado, que al verificar que se habían intervenido comunicaciones entre cada interno y su letrado defensor, incluso con letrados designados con posterioridad al acuerdo y desconocidos en la causa hasta entonces, lejos de revocar su decisión o de matizarla de alguna forma, acordó su prórroga manteniendo los mismos términos de la primera.

Se argumenta que no se intervinieron las comunicaciones telefónicas de los letrados. Es cierto, pero lo que tal cosa demuestra es que no existía ningún indicio contra ellos. A pesar de lo cual, las comunicaciones de los internos con sus defensores, fueron intervenidas.

5. En lo que se refiere a la tercera cuestión mencionada, no le corresponde a la policía, ni siquiera al Ministerio Fiscal, validar la actuación judicial. En el caso, conviene recordar que el Ministerio Fiscal, en su informe sobre la prórroga, señaló que no se oponía a la medida, "...*si bien con expresa exclusión de las comunicaciones mantenidas con los letrados que representan a cada uno de los imputados y, en todo caso, con rigurosa salvaguarda del derecho de defensa.*"

De todos modos, es al juez a quien corresponde la protección de los derechos fundamentales de los imputados, pues es el único que puede válidamente acordar en resolución motivada su restricción. En cuanto a la actuación del instructor designado en el TSJ no es posible, por razones obvias, realizar ahora valoraciones sobre hechos que no constituyen el objeto del proceso, pues ni son conocidas todas las circunstancias ni su autor ha tenido la oportunidad de defenderse. De otro lado, es evidente que la decisión de aquel, acordada en un momento procesal determinado y con los datos de los que entonces disponía, prorrogando la medida acordada por el acusado, no podría convertir en justa la decisión de éste último si no lo era cuando la adoptó.

6. En cuarto lugar, alega el acusado que adoptó la medida porque no había otra solución para impedir que siguieran delinquiendo. Tampoco puede ser aceptado. Ni como expresión de un error, ni como afirmación de un estado de necesidad.

En primer lugar, porque la investigación criminal no justifica por sí misma cualquier clase de actuación, y con mayor razón si implica

vulneración de derechos fundamentales. Como se ha dicho en numerosas ocasiones, la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio.

De otro lado, porque una argumentación de esta clase, así planteada en abstracto, en tanto justifica la restricción de derechos fundamentales sobre la base de una consideración absolutamente inmotivada respecto de su necesidad, conduce a la desaparición de la posibilidad de controles efectivos sobre el ejercicio del poder, lo que afectaría a la misma esencia del Estado democrático de Derecho. En este sentido no puede aceptarse como motivación la simple suposición de que los sospechosos continuaban cometiendo delitos. O la mera posibilidad de que lo hicieran.

En tercer lugar, porque, en el caso, se trata una afirmación que no viene acompañada, y no lo ha sido en ningún momento, de una explicitación de las bases fácticas en las que se apoya ni de un razonamiento justificativo, lo que impide su examen, suprimiendo el control al reducirlo al mero asentimiento o disentimiento.

En cuarto lugar, porque no existiendo ningún indicio de actuación criminal que implicara a los letrados defensores, los únicos datos a los que se podría acceder grabando sus comunicaciones eran, con alta probabilidad, los proporcionados por los imputados a aquellos en el marco del ejercicio de la defensa, los cuales, por su propia naturaleza deben mantener su carácter confidencial.

Y, finalmente, porque nada impedía, o al menos no consta, desarrollar otra clase de actuaciones, como, por ejemplo, vigilar las actividades que se continuaran ejecutando, cuya realidad, al parecer, había sido verificada policialmente, hasta identificar a los responsables, tomando entonces las medidas pertinentes sobre los mismos y no con carácter indiscriminado, como se hizo, contra todos los letrados defensores, a los que se convirtió en imputados en la causa sin razón alguna.

7. En cuanto, finalmente a la cláusula relativa a la salvaguarda del derecho de defensa, sin perjuicio de lo que luego se dirá, desde el punto de vista objetivo no se le puede reconocer efecto alguno, y no solo por el tenor de la resolución judicial, que la contradice al suprimir la confidencialidad, sino porque una vez que la policía, el juez instructor y el fiscal del caso oyen las conversaciones entre el imputado y su letrado defensor, la exclusión de las mismas de la causa solo evitan su utilización como prueba, pero su empleo, expreso o tácito, durante la investigación desarrollada en la fase de instrucción. Por otra parte, en el caso, la cláusula

quedo reducida a su simple aparición en la resolución, pues no se acordó ninguna medida para hacerla efectiva.

**DECIMO SEGUNDO.-** 1. Ya en lo que se refiere a la injusticia de la resolución, tal como resulta de los hechos probados, debe tenerse en cuenta: a) que el acusado acordó la intervención de las comunicaciones de los internos con todos los letrados; b) que lo hizo mediante un acuerdo tan genérico que afectaba, sin excepción alguna, a cualquier letrado defensor, ya designado o que lo fuera en el futuro; y c) que no disponía de dato alguno que indicara que alguno de los letrados, de los que según los hechos probados fueron afectados, estuviera aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos.

2. Los preceptos que debían ser interpretados al decidir acerca de la intervención de las comunicaciones entre los internos en el centro penitenciario y sus letrados son, principalmente, los artículos 14.3 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 6 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; los artículos 10.2, 18, 25.2, 24.2, 55.2 y 120.3 de la Constitución; el artículo 51 de la LOGP y el artículo 579 de la LECrim.

Ninguno de los métodos de interpretación del derecho usualmente admitidos que hubiera podido seguir el acusado respecto de esos preceptos, le habría conducido a concluir de forma razonada que es posible restringir sustancialmente el derecho de defensa, con los devastadores efectos que ocasiona en el núcleo de la estructura del proceso penal, en las condiciones en que lo hizo. Es decir, mediante la escucha y grabación de las comunicaciones reservadas que mantuvieran los imputados con sus letrados defensores en los locutorios específicos del centro penitenciario donde se encontraban en prisión provisional; y sin disponer de ningún dato que pudiera indicar mínimamente, en una valoración razonable, que la condición de letrado y el ejercicio del derecho de defensa se estaban utilizando como coartada para facilitar la comisión de nuevos delitos. No se trata, pues, de una interpretación errónea de la ley, sino de un acto arbitrario, por carente de razón, que desmantela la configuración constitucional del proceso penal como un proceso justo.

3. En la conducta del acusado, pues, la injusticia consistió en acoger una interpretación de la ley según la cual podía intervenir las comunicaciones entre el imputado preso y su letrado defensor basándose solamente en la existencia de indicios respecto a la actividad criminal del primero, sin considerar necesario que tales indicios afectaran a los letrados.

Lo cual resulta inasumible desde cualquier interpretación razonable del Derecho, al conducir directamente a la autorización normalizada de la intervención de las comunicaciones entre el imputado en prisión y su letrado defensor, reduciendo así con carácter general el derecho de defensa exclusivamente con base en la gravedad del delito investigado y en los indicios existentes contra el primero, que son precisamente los que determinan su permanencia en prisión provisional. Bastaría entonces para justificar la supresión de la confidencialidad en las comunicaciones del imputado con su letrado defensor con basar la prisión provisional en el apartado 2 del artículo 503 de la LECrim (evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos). Esta forma de actuar causaría una destrucción generalizada del derecho de defensa, que no tiene cabida en la Constitución.

4. En el caso, el acusado causó con su resolución una drástica e injustificada reducción del derecho de defensa y demás derechos afectados anejos al mismo, o con otras palabras, como se dijo ya por el instructor, una laminación de esos derechos, situando la concreta actuación jurisdiccional que protagonizó, y si se admitiera siquiera como discutible, colocando a todo el proceso penal español, teóricamente dotado de las garantías constitucionales y legales propias de un Estado de Derecho contemporáneo, al nivel de sistemas políticos y procesales característicos de tiempos ya superados desde la consagración y aceptación generalizada del proceso penal liberal moderno, admitiendo prácticas que en los tiempos actuales solo se encuentran en los regímenes totalitarios en los que todo se considera válido para obtener la información que interesa, o se supone que interesa, al Estado, prescindiendo de las mínimas garantías efectivas para los ciudadanos y convirtiendo de esta forma las previsiones constitucionales y legales sobre el particular en meras proclamaciones vacías de contenido.

La resolución es injusta, pues, en tanto que arbitrariamente restringe sustancialmente el derecho de defensa de los imputados en prisión, sin razón alguna que pudiera resultar mínimamente aceptable.

5. Además, y como elementos añadidos, esa aplicación de la ley al caso se efectuó separándose absolutamente de la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 5.1 de la LOPJ) y de esta Sala del Tribunal Supremo, antes expuesta, que, estableciendo los límites del derecho fundamental de defensa, rechaza expresamente la interpretación acogida por el acusado, y sin que su opción interpretativa viniera acompañada de un mínimo razonamiento explicativo de las razones que la sustentaban, con lo que, valorada en su integridad, se revelaba, a ojos de cualquiera, como un acto de mero voluntarismo que, por su contenido, se alejaba de modo arbitrario y absoluto de la aplicación razonada del Derecho causando un daño totalmente injustificado y difícilmente reparable en los derechos de defensa de los imputados y, en su medida, en los derechos de los letrados afectados, especialmente al derecho-deber al secreto profesional como esencial para una correcta defensa.

**DECIMO TERCERO.-** El elemento correspondiente al tipo subjetivo, es decir, la actuación a sabiendas de la injusticia, resulta de varios elementos ya puestos de relieve al valorar las pruebas.

1. De un lado, el tenor literal de las resoluciones, de las que se desprende sin dificultad que entre las comunicaciones cuya intervención se acordaba quedaban incluidas las que los internos mantuvieran con sus letrados defensores y con aquellos otros que fueran expresamente llamados para asuntos penales. La inclusión de la cláusula *previniendo el derecho de defensa* en ambas resoluciones revela que el acusado era consciente de que su decisión afectaba al derecho de defensa. Sin embargo, no puede aceptarse que la intención del acusado fuera, precisamente, proteger el derecho de defensa, ya que el propio contenido de los autos anula el sentido de la anterior previsión, convirtiéndola en algo puramente formal. Efectivamente, contra los letrados defensores Srs. Choclán, Mourullo, Peláez y Vergara, no existía ningún indicio de actuación delictiva. Tal cosa era sobradamente sabida por el acusado desde el momento en que tuvo conocimiento de su designación como letrados de la defensa con posterioridad al dictado del primer auto el 19 de febrero (se les tiene por personados el 17 y 21 de febrero y el 3 de marzo), y, desde luego, en el momento de acordar la prórroga. En los informes de 4 y 13 de marzo, los funcionarios policiales encargados de la investigación, no hacen constar

ningún indicio de actuación delictiva respecto de aquellos, constando solamente algunas menciones a su designación como nuevos letrados, mencionando en algún caso sus posibles relaciones con magistrados, jueces o fiscales con destino en la Audiencia Nacional, y algunas conversaciones claramente relacionadas con el ejercicio de defensa.

Tampoco puede valorarse como protección del derecho de defensa la supresión de algunos párrafos de las conversaciones intervenidas, una vez que han sido escuchadas por los funcionarios policiales responsables de la investigación, que ni siquiera fueron requeridos para que no las utilizaran en sus informes o conclusiones o líneas de investigación, por el propio acusado como instructor de la causa y por los representantes del Ministerio Fiscal en el caso. Esta supresión tiene sentido en los supuestos de acceso accidental, como el único remedio posible, pero carece de eficacia en relación con una resolución orientada directamente al conocimiento del contenido de tales comunicaciones, pues la exclusión solo puede producirse una vez oídas las conversaciones y, desde ese momento, el investigador ya conoce el contenido de lo hablado.

De otro lado, existe toda una serie de datos que acreditan, sin duda alguna, que el acusado era consciente de que esas conversaciones quedaban afectadas por su decisión. Así, la comunicación policial verbal acerca de la aclaración del significado de la referida cláusula; los informes del Ministerio Fiscal, que expresamente llegó a referirse a la exclusión de las conversaciones con los letrados; los informes policiales, donde se contenían conversaciones mantenidas en el curso de las comunicaciones intervenidas entre los letrados y sus defendidos que notoriamente afectaban al derecho de defensa; la designación de nuevos letrados por parte de los imputados en prisión provisional, efectuada estando vigente la primera resolución, lo que suponía que se intervendrían comunicaciones entre los internos y sus nuevos letrados, que eran desconocidos en la causa en el momento de dictar aquella resolución, lo que implicaba necesariamente que no se conocían indicios contra los mismos; y, finalmente, la ausencia absoluta, que en realidad no ha sido discutida, de indicios de actividad criminal contra los letrados defensores.

7. De todo ello se desprende, asimismo, como ya se dijo más arriba, que el acusado no incurrió en error alguno al dictar las resoluciones prevaricadoras. Para apreciar la existencia del error, de la clase que sea, no basta con su mera alegación sostenida sobre la afirmación de que el

acusado creyó que actuaba lícitamente o mantenía una creencia equivocada sobre un elemento del tipo. Es preciso acreditarlo mediante la prueba de los elementos que permitan establecer que su creencia era mínimamente razonable, es decir, que tenía suficiente consistencia como para inducirle a error.

En el caso, nada de esto se ha acreditado. De los elementos antes examinados se desprende que carecía de razones aceptables para creer que, sin indicio alguno de actuación delictiva de los letrados defensores, podía restringir el derecho de defensa grabando y escuchando las conversaciones mantenidas por aquellos con sus defendidos en las dependencias del centro penitenciario.

8. Las acusaciones, aunque no han argumentado sobre ello en su informe en el acto del plenario, han calificado el delito como prevaricación continuada. Para apreciar el delito continuado es preciso establecer la presencia de varias acciones u omisiones, diferenciándolas de la ejecución de una misma decisión en varios actos diferentes y complementarios, unos con otros o entre sí recíprocamente.

En el caso, el acusado ha dictado dos resoluciones. Pero ambas tienen el mismo contenido, y, en realidad, la segunda no es sino la prolongación de la primera durante un mayor periodo de tiempo. Así pues, deben ser valoradas como una sola acción.

**DECIMO CUARTO.-** Los hechos constituyen igualmente un delito del artículo 536, párrafo primero, del Código Penal.

1. El artículo 536 sanciona a la autoridad o funcionario público o agente de estos que, mediando causa por delito, intercepte las comunicaciones o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales. La conducta típica, en la modalidad aquí aludida por las acusaciones se consuma con la mera utilización de los referidos artificios técnicos, sin que sea preciso el acceso efectivo a la señal de comunicación.

Los elementos del tipo objetivo resultan con claridad de los hechos probados, pues no se discute que las resoluciones dictadas por el acusado dieron lugar a la utilización de aparatos de escucha y grabación de

conversaciones entre los letrados defensores y los internos en el centro penitenciario. Es claro que estando privados de libertad, los imputados pueden encontrar en sus letrados defensores, en atención al principio de confianza que caracteriza esa relación, una oportunidad de comunicar preocupaciones personales, con lo que, además del derecho de defensa, con la intervención ordenada se vulneraba el derecho a la intimidad.

En cuanto a la vulneración de las garantías constitucionales, la ausencia de cualquier justificación a la decisión del acusado, aspecto al que ya se aludió antes, supone una vulneración de las garantías que la Constitución establece al requerir una razón suficiente para la restricción del derecho.

El elemento correspondiente al tipo subjetivo no ha sido discutido, pues evidente que el acusado sabía que su decisión implicaba la utilización de aparatos o artificios de escucha y grabación.

2. La cuestión que se plantea es la relación entre ambos delitos. La prevaricación es un delito de resultado de lesión en el bien jurídico protegido, pero no de resultado material. Se consuma con el dictado de una resolución que reúna las condiciones formales para ser ejecutada, pero no requiere su ejecución efectiva. Los resultados posteriores podrán dar lugar a valorar la comisión de otro delito. Esta consideración viene apoyada por la previsión del artículo 446.1 según la cual, en caso de ejecución se castiga con más pena, que, sin embargo, por su naturaleza, no cubriría la antijuricidad de algunos actos constitutivos de otros delitos más graves, como podría ocurrir, por ejemplo, en caso de detención ilegal. En la STS nº 842/2006, se mantuvo la condena por prevaricación y detención ilegal en concurso medial.

Sin embargo, en algunos casos, es posible que todo el contenido de injusto de la conducta quede cubierto ya por el delito de prevaricación, debiendo apreciarse entonces un supuesto de concurso aparente de normas.

En el caso, dictada la resolución que acuerda la intervención de la comunicación, la ejecución de la misma mediante la utilización de los artificios técnicos de escucha, no añade un nuevo contenido de injusto al ya contemplado por la prevaricación, por lo que debe entenderse que este delito absorbe al segundo.

Esta Sala ha resuelto de esta misma forma supuestos de prevaricación que ocasionaban una infracción consistente en el impedimento del ejercicio de los derechos cívicos. Así, en la STS

246/2003 se aplicaban los principios de especialidad y de consunción (artículo 8.1 y 3 CP); y en la STS 784/1997 y en la STS 965/1999 se aplicaba el principio de especialidad (artículo 8.1 CP). En sentido contrario, aisladamente, la STS 172/1993, que apreció un concurso ideal de delitos.

En otras sentencias ha llegado a la misma conclusión, aplicando exclusivamente el delito de prevaricación, al considerar que la vulneración de los bienes jurídicos afectados se encontraba en el caso especialmente imbricada, (STS 1070/2000 y STS 818/1992).

En consecuencia, se aprecia en este caso un concurso aparente de leyes que se resolverá con aplicación del principio de consunción del artículo 8, apartado 3, aplicando solamente el delito de prevaricación como precepto más amplio.

**DECIMO QUINTO.-** No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

1. No han sido alegadas.

2. En cuanto a la individualización de la pena, se tiene en cuenta las características de la conducta, el mantenimiento de la decisión durante el tiempo que consta en los hechos probados y la calificación de las dos infracciones en concurso aparente de normas, imponiéndola en la mitad inferior en extensión cercana al mínimo legal. En consecuencia, se impondrá la pena de once años de inhabilitación especial para empelo o cargo público en la forma que se dirá; y respecto de la pena de multa, se impondrá la de catorce meses igualmente en extensión cercana al mínimo legal. Respecto a la cuota diaria, teniendo en cuenta que las acusaciones han solicitado la imposición de una cuota de 6 euros, se fija en esa cantidad.

**DECIMO SEXTO.-** El artículo 42 del Código Penal dispone que la pena de inhabilitación para empleo o cargo público produce "…la privación definitiva del cargo sobre el que recayere", y de los honores que le sean anejos. Asimismo produce "…la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena". El mismo precepto establece que en la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

En el caso, cometido el delito en la condición de juez, la inhabilitación alcanzará al mencionado cargo, así como a los honores que le son anejos, causando su pérdida definitiva. La incapacidad de obtener el mismo cargo durante el tiempo de la condena se extenderá, tal como dispone la ley, a otros análogos, que se concretarán en el fallo a cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo.

En cuanto a la responsabilidad civil, la acusación particular en nombre de Pablo Crespo Sabaris, ha solicitado ser indemnizado en la cantidad de un euro. El delito de prevaricación no protege bienes jurídicos de carácter individual, aunque puede causar daños individualizados en quienes sufren las consecuencias de la resolución injusta. En el caso, no se ha desarrollado por la acusación ningún razonamiento sobre la identificación del perjuicio o sobre su valoración, por lo que no se considera procedente la indemnización solicitada.

Respecto de las costas, procede imponerlas al condenado por imperio de la ley, incluyendo las de las acusaciones particulares, dada la relevancia de su actuación procesal.

## III. FALLO

Debemos condenar y condenamos al acusado Baltasar Garzón Real como autor responsable de un delito de prevaricación del artículo 446.3º, en concurso aparente de normas (artículo 8.3) con un delito del artículo 536, párrafo primero, todos del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de catorce meses con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria conforme al artículo 53 del Código Penal, y once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo, así como al pago de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares. Sin condena en cuanto a responsabilidad civil.

Notifíquese esta resolución a las partes y póngase asimismo en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a los efectos oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Joaquín Giménez García | Andrés Martínez Arrieta | Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Francisco Monterde Ferrer | Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Luciano Varela Castro | Manuel Marchena Gómez

**PUBLICACION**.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.