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

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Nº: 20716/2009

Fallo/Acuerdo: Auto Texto Libre

Procedencia: QUERELLA

Fecha Auto: 19/10/2010

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro

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

Escrito por: FGR

Causa Especial

Causa Especial Nº: 20716/2009

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.:

D. Alberto Jorge Barreiro

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Octubre de dos mil diez.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 9 de diciembre de 2009 formuló querella ante esta Sala el letrado Ignacio Peláez Marqués contra el Magistrado-Juez Baltasar Garzón Real, titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, por los presuntos delitos de prevaricación judicial y contra las garantías de la intimidad cometido por autoridad o funcionario público.

2. El 2 de febrero de 2010 dictó auto esta Sala en el que acordó: 1) declararse competente para la instrucción y, en su caso, el enjuiciamiento de esta causa; 2) admitir a trámite la querella interpuesta; y 3) designar instructor al Magistrado de esta Sala D. Alberto Jorge Barreiro.

3. Contra la referida resolución formuló recurso de súplica el Ministerio Fiscal, recurso que fue admitido a trámite por providencia de 9 de marzo de 2010. Al referido recurso se adhirió la defensa del querellado. Se opusieron, en cambio, el querellante y Francisco Correa Sánchez y Pablo Crespo Sabaris, que figuran personados como acusadores particulares.

4. Por auto de 13 de Abril de 2010, la Sala desestimó el recurso de súplica y confirmó el auto de admisión a trámite de la querella.

5. El 10 de mayo de 2010 prestó declaración ante el Magistrado instructor en calidad de imputado el querellado Baltasar Garzón Real.

6. El 11 de mayo se dictó una providencia mediante la que se les dio a las partes un plazo de ocho días a fin de que instaran lo que a sus derechos conviniere. Presentaron entonces escritos todas las partes solicitando diferentes diligencias, en general prueba documental, a la que se accedió por el Instructor, no así las diligencias testificales postuladas por la representación del querellante.

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS PUNIBLES

PRIMERO. De las diligencias practicadas se desprenden indicios para concretar, a los efectos de lo dispuesto en el art. 779.4ª de la LECr., los siguientes hechos:

Con motivo de la denuncia presentada por el Ministerio Fiscal se incoaron por auto de 6 de agosto de 2008, en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, por el Magistrado-Juez Baltasar Garzón Real, las diligencias previas 275/2008 (procedimiento conocido públicamente como "*caso Gürtel*"), que tenían por objeto investigar los delitos de blanqueo de capitales, defraudación fiscal, falsedad, cohecho, asociación ilícita y tráfico de influencias.

En el referido procedimiento el querellado dictó un **auto el 19 de febrero de 2009** acordando la intervención de las conversaciones orales y escritas de los tres imputados que se hallaban en situación de prisión preventiva en el Centro Penitenciario de Soto del Real: Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris y Antoine Sánchez. Este auto, por su relevancia para la presente causa y con el fin de evitar fragmentaciones que pudieran generar equivocidad, se transcribe íntegramente a continuación (las negritas no constan en el original):

*"**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".

El querellado dictó una providencia el 25 de febrero de 2009 en la que acordó, ante la solicitud de aclaración de los funcionarios policiales, que la ejecución del punto segundo del auto debía hacerse grabando las comunicaciones.

El 13 de marzo de 2009 la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal, Brigada de Blanqueo de Capitales (UCDEF-BLA), remitió un informe al Juzgado Central de Instrucción nº 5 dando cuenta de las conversaciones grabadas entre los días 22 de febrero y 6 de marzo de 2009, en el que se especifican los extremos más relevantes de los diálogos de los tres imputados con sus letrados. En concreto, se hace referencia a las comunicaciones personales entre los imputados y sus letrados que tuvieron lugar en el centro penitenciario los días 20 a 27 de febrero y 2 a 6 de marzo.

Ese mismo día la UCDEF-BLA remitió un oficio al Juzgado solicitando la prórroga de la intervención de las conversaciones orales y escritas que mantuvieran los internos Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris y Antoine Sánchez con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que se entrevistaran con ellos, y con carácter especial las que mantengan con el letrado José Antonio López Rubal.

El querellado dictó una providencia el 16 de marzo de 2009, en la que le dio traslado de la solicitud de prórroga al Ministerio Fiscal para que emitiera el informe correspondiente. El Ministerio Público respondió el día 20 de marzo con un escrito en el que, en su penúltimo párrafo, dice que "*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*".

El mismo día 20 de marzo el querellado dictó un **auto acordando la prórroga** de la intervención de las comunicaciones por un periodo de treinta días. Los razonamientos jurídicos de la nueva resolución son

literalmente los mismos que los del auto de intervención de 19 de febrero; y los hechos y la parte dispositiva aparecen redactados en los siguientes términos:

"***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.

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".

Cuando se dictó el auto de 19 de febrero de 2009, los imputados Francisco Correa Sánchez y Pablo Crespo Sabaris estaban asistidos del letrado José Antonio López Rubal, que también figuraba ya en esa fecha como imputado en la causa 275/2008 (*caso Gürtel*).

Había otros tres letrados que se hallaban, al parecer, imputados en el procedimiento: Luis Miguel Pérez, José Ramón Blanco y Manuel Delgado Solís.

El imputado Francisco Correa designó como nuevo letrado en el proceso 275/2008, el 2 de marzo de 2009, a José Antonio Choclán Montalvo. Y el imputado Pablo Crespo nombró a los letrados Gonzalo Rodríguez Mourullo y Pablo Rodríguez Mourullo en la misma fecha. Las designaciones fueron admitidas en sendas providencias dictadas por el querellado el 3 de marzo de 2009. Ni con respecto a estos dos letrados, ni tampoco en relación con el letrado Ignacio Peláez, defensor del imputado José Luis Ulibarri (que no se hallaba preso), consta indicio incriminatorio ni sospecha fundada alguna que los vincule a la trama del llamado "*caso Gürtel"*, objeto del referido procedimiento.

El tercer imputado que se hallaba preso preventivo en el mismo centro penitenciario, Antoine Sánchez, designó como letrado a Juan Ignacio Vergara Pérez en escrito presentado en la causa el 15 de febrero de 2009. El querellado dictó una providencia dos días después teniendo por designado al referido abogado, que nunca ha figurado como imputado en la causa.

En cumplimiento de lo resuelto por el querellado se instalaron micrófonos en los locutorios del Centro Penitenciario de Soto del Real y fueron grabadas y escuchadas las conversaciones de los tres imputados que se acaban de referir con los letrados que habían designado en la causa, algunas de las cuales se exponen genéricamente, y sin entrar en detalles concretos, en los párrafos siguientes.

El 6 de marzo de 2009 se reunieron en el reseñado centro penitenciario el imputado Pablo Crespo con los letrados que había designado para que lo defendieran: Gonzalo Rodríguez Mourullo y Pablo Rodríguez-Mourullo Otero. En el curso de la conversación, que fue grabada, transcribiéndose después en la causa, trataron los siguientes temas: personas que se hallaban implicadas en el procedimiento que se seguía en la Comunidad de Valencia, y en concreto sobre el tema de los trajes y las pocas posibilidades de que concurriera un delito de cohecho; el embargo de las propiedades del propio Pablo Crespo; el desbloqueo de sociedades y la administración de la sociedad CRESVA SL, así como la titularidad concreta que tiene su familia con respecto a esa sociedad; los datos encontrados en el *pen drive* intervenido al parecer a José Luis Izquierdo; la necesidad de coordinar las declaraciones de los distintos implicados; su opinión sobre la actuación de las fiscales y el juez en el curso de la declaración judicial; la relación de Pablo Crespo con dos concejales del Partido Popular de Majadahonda; las relaciones profesionales del imputado con una testigo; la falta de responsabilidad de algunos empleados; la situación que ocupaba José Luis Izquierdo López; hablan, por último, de las facturas de los trajes de Camps y de las posibilidades que concurren sobre su forma de pago, y también sobre la documentación intervenida en la caja de seguridad de Pontevedra.

El letrado querellante (Ignacio Peláez) se reunió el 6 de marzo de 2009 en el reseñado centro penitenciario con el imputado Pablo Crespo, a continuación de la comunicación oral que se acaba de exponer. En el curso de la conversación, que fue grabada y después unida a la causa, hablan fundamentalmente de la compra de los trajes de Camps y de las pruebas que pudieran existir sobre ello y de lo que pudiera haber de verdad en todo ese tema.

En la misma fecha, 6 de marzo de 2009, mantuvo el letrado querellante (Ignacio Peláez) otra comunicación en el mismo centro penitenciario con el interno imputado Francisco Correa en presencia del abogado defensor de éste, José Antonio Choclán Montalvo. En la primera parte de la grabación habla Ignacio Peláez con el imputado Francisco Correa sobre la declaración judicial del imputado Pablo Ulibarri. El letrado querellante le pregunta sobre el pago de unas facturas de su cliente de casas construidas por Francisco Correa en dos lugares de España. Después

cambian de tema y el letrado le pregunta al imputado sobre la trama de Valencia, y en particular sobre la construcción de un campo de Golf y también del tema de los trajes de Camps. Acto seguido, el letrado José Antonio Choclán comenta con Francisco Correa la aparición de nuevos datos relacionados esta vez con el alcalde de Arganda y su repercusión sobre el imputado; tratan de la coordinación de las declaraciones de los distintos imputados; considera incorrecta la entrega de una determinada cantidad a una persona; hablan de la aparición del *pen drive* y de los datos que pueda contener, así como de los perjuicios que pudiera generar para los intereses de la defensa; de la colaboración con la justicia por parte de una testigo; y acerca de la forma de preparar la declaración y de la posible defensa frente a la imputación de un delito de cohecho.

El 10 de marzo de 2009 compareció en los locutorios del Centro Penitenciario de Soto del Real el letrado Pablo Rodríguez-Mourullo para contactar con su defendido, el imputado Pablo Crespo. Esta conversación también fue grabada por los funcionarios cumplimentando así la resolución del querellado. En el curso de la entrevista profesional, Pablo Crespo habló con su defensor sobre el contenido y alcance del *pen drive* intervenido, al parecer, a José Luis Izquierdo. También se refirió a los trajes del establecimiento Milano, a las facturas relativas a los trajes y a lo que había declarado en la causa ante el querellado sobre ese particular. Trataron de los elementos probatorios con que contaba la Fiscalía. El preso dio su versión sobre la veracidad de los datos que figuraban en la causa, cuyas copias había examinado en el centro los días anteriores. También hizo referencia a temas fiscales relacionados con sus declaraciones ante Hacienda. Explicó a su letrado su opinión sobre movimientos efectivos de dinero y las posibilidades de prueba sobre ese extremo. Y trató también algunos aspectos de su patrimonio familiar.

El 2 de abril de 2009 compareció el letrado José Antonio Choclán Montalvo en el centro de Soto del Real para comunicar con su cliente, Francisco Correa. El abogado informó al imputado sobre el resultado de alguna declaración que se había practicado recientemente ante el querellado. También le comentó la línea a seguir con el fin de coordinar las defensas. Trataron el tema del contenido del *pen drive* y su elaboración, así como las pruebas existentes sobre los trajes de Camps y la posición del sastre que elaboraba los trajes. Finalmente, se quejaron del hecho de que

estuvieran siendo intervenidas las conversaciones que mantenía el letrado con su cliente, según la noticia que les había llegado de algún funcionario del centro penitenciario, intervención que les impedía hablar con libertad y ejercitar debidamente el derecho de defensa.

El letrado Juan Ignacio Izquierdo compareció en el centro penitenciario el día 24 de febrero y conversó en uno de los locutorios con su cliente, Antoine Sánchez. Hablaron sobre los problemas económicos y personales que tenían los familiares más directos del preso y de cómo solucionarlos dada la retirada de las tarjetas de crédito del imputado y el bloqueo de cuentas. Conversaron también sobre los embargos de dinero y de sus consecuencias en el ámbito familiar, y sobre la posible inhibición del juez instructor y su repercusión en el devenir procesal de la causa.

El 17 de marzo de 2009 compareció en el centro de Soto del Real el letrado Juan Ignacio Izquierdo para comunicar en el locutorio con su cliente, el imputado Antoine Sánchez, quedando grabada la conversación. Hablaron sobre las declaraciones del sastre de Camps que han salido en la prensa. El imputado cuenta los proyectos empresariales que tenía pensado ejecutar en La Habana y Colombia y dice que él no estaba vinculado con la trama que se investiga. Comentan sobre una empresa que, al parecer, el encausado tuvo en Senegal. También se refiere a las necesidades económicas por las que atraviesa la familia y las posibilidades de solventarlas.

Aparte de las conversaciones que se acaban de reseñar, también fueron intervenidas las comunicaciones orales y personales del imputado Pablo Crespo con sus letrados en las siguientes fechas: 12 de marzo, 26 de marzo, 30 de marzo, 1 de abril, 8 de abril y 15 de abril de 2009.

Las comunicaciones directas entre el imputado Francisco Correa y su letrado, José Antonio Choclán, en el centro penitenciario fueron también grabadas en las siguientes fechas: 10 de marzo, 13 de marzo, 23 de marzo, 26 de marzo, 30 de marzo, 8 de abril y 15 de abril de 2009.

Y fueron asimismo grabadas las conversaciones que el imputado Antoine Sánchez mantuvo con su letrado, Juan Ignacio Vergara Pérez, en

el centro penitenciario los días 24 y 25 de febrero; 12, 17 y 27 de marzo; y 2, 6 y 13 de abril de 2009.

El 5 de marzo de 2009 el querellado remitió una exposición razonada al Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre la posible competencia de ese Tribunal para el conocimiento de la causa.

El día 27 de marzo de 2009 dictó un auto acordando "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 que se refieran en exclusiva a estrategias de defensa".

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó un auto el 31 de marzo de 2009 acordando asumir la competencia de las diligencias previas 275/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, dictando en ese misma fecha el querellado un auto en el que acordaba la remisión de lo actuado al referido Tribunal.

Las diligencias previas 275/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 fueron recibidas en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en abril de 2009, acordando este Tribunal nombrar juez instructor al Magistrado Don Antonio Pedreira Andrade, quien incoó las diligencias previas 1/2009 (conocidas como "*caso Gürtel*").

Las diligencias previas 275/2008 fueron declaradas secretas por auto dictado por el querellado el 6 de agosto de 2008, y se levantó el secreto el 5 de abril de 2010 por el instructor del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, salvo para algunas diligencias concretas.

SEGUNDO. Los hechos que se acaban de exponer aparecen constatados —con el carácter siempre provisorio e indiciario con que se opera en esta fase procesal— mediante la documentación extraída de las diligencias previas 275/2008; principalmente de los autos de 19 de febrero y 20 de marzo de 2009 dictados por el querellado, y también de las transcripciones y audición de las conversaciones intervenidas a los imputados y letrados con motivo de la cumplimentación de las referidas resoluciones.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Los hechos que figuran descritos en el apartado precedente se consideran indiciariamente constitutivos de un **delito de prevaricación judicial**, previsto en el art. 446.3º del C. Penal, y de otro delito de uso de artificios de escucha y grabación con violación de las garantías constitucionales, tipificado en el art. 536, párrafo primero, del C. Penal.

a) El delito de prevaricación judicial: tipo objetivo y subjetivo

El art. 446 del C. Penal dispone que incurre en prevaricación el Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta.

1. La jurisprudencia de esta Sala (SSTS 2/1999, de 15-10; 2338/2001, de 11-12; 3592002, de 26-2; y 102/2009, de 3-2, entre otras) viene considerando, al examinar el **tipo objetivo** de esta infracción penal, que el delito de prevaricación 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. Desde este punto de vista, el delito de prevaricación requiere, ante todo, que las sentencias o resoluciones judiciales puedan ser consideradas como un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguna de las partes. La prevaricación, por lo tanto, consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga al juez, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales.

En la referida jurisprudencia se insiste en que una sentencia o resolución injusta no sólo debe ser antijurídica, sino que debe ser además demostrativa del apartamiento de la función que corresponde al autor en el Estado de derecho según los arts. 117.1 y 103.1 CE. Por lo general se ha recurrido a estos efectos a adjetivaciones de la antijuridicidad tales como "flagrante y clamorosa"', "clara y manifiestamente contraria a la ley", “esperpéntica", o "que pueda ser apreciada por un lego". Estas

adjetivaciones suelen reemplazar un concepto sustantivo, que será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación de las normas no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho (SSTS 4-7-1996, Causa Especial, núm. 2830/94; 965/1999, de 14-6; y 2/1999, de 15-10). De esta manera la Sala ha subrayado la importancia del elemento objetivo del delito de prevaricación y ha excluido, paralelamente, interpretaciones basadas en la llamada teoría subjetiva, que caracteriza la injusticia sólo como una actitud subjetiva del juez al aplicar el derecho, postulando la tipicidad de la conducta del juez o funcionario que dicte sentencia o resolución contra su convicción jurídica, aunque la sentencia o resolución resulte objetivamente compatible con las normas aplicadas.

Desde el perfil objetivo del tipo penal la injusticia 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. La subjetivización del delito de prevaricación conduciría a la justificación de cualquier decisión judicial, por lo que, consecuentemente, es difícilmente compatible con la división de poderes que está en la base del principio democrático.

También se ha señalado por esta Sala que si bien es cierto que el derecho no es una ciencia exacta, ello no quiere decir que cualquier acto de un juez sea adecuado a derecho, pues ello implicaría reconocer que la única ley del Estado es la voluntad o la convicción de los jueces, en clara contradicción con el art. 117.1 CE. En la sentencia de 4 de julio de 1996 (Causa Especial 22830/94) se subrayó que la injusticia se da cuando "quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate" y, precisamente, se excluyó de la prevaricación el caso de las aplicaciones del derecho basadas en "algún modo razonable de interpretar los hechos y la norma jurídica". El juez, por lo tanto, sólo puede deducir de las leyes las consecuencias que algún medio o método jurídico de interpretación le permita. Puede recurrir según su parecer al método gramatical, al teleológico, al histórico o subjetivo, al sistemático, etc., pero su decisión debe provenir de la rigurosa aplicación de los criterios racionales que cada uno de estos cánones interpretativos establece. Lo que el juez no puede es erigir su voluntad o su convicción en ley. Tal tarea sólo corresponde al Parlamento.

Asimismo ha matizado esta Sala de Casación que el delito de prevaricación judicial es un delito de técnicos en derecho y que, consecuentemente, en la motivación de las resoluciones prevaricadoras predominan los argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto. Por estas razones, es preciso proceder cuidadosamente en el traslado de las exigencias que debe cumplir el acto prevaricante, dado que los adjetivos utilizados por la jurisprudencia han sido esencialmente forjados con relación a prevaricaciones de funcionarios, que, por lo general, no son técnicos en derecho. Ello explica que en algunos casos se haya exigido que la arbitrariedad sea "esperpéntica", o "que pueda ser apreciada por cualquiera", pues es comprensible que un funcionario sin formación jurídica sólo puede percibir la arbitrariedad cuando ésta sea grosera o directamente absurda (SSTS 2/1999, de 15-10; 2338/2001, de 11-12; y 102/2009, de 3-2).

Por *resolución injusta* habrá de estimarse, pues, aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de mera ilegalidad (STS 359/2002, de 26-2).

A tenor de lo que antecede, puede concluirse que de las tres concepciones que la doctrina viene aplicando al elemento normativo del tipo penal (integrado por la injusticia de la resolución): la concepción subjetiva, la objetiva y la de la infracción de los deberes, la jurisprudencia se incardina en un ámbito muy cercano a la última, al centrarse el elemento normativo en el apartamiento del juez en su decisión de los métodos y normas que prevé el ordenamiento para la realización del derecho, si bien manteniendo una vinculación muy directa con la concepción objetiva cuando equipara las conductas prevaricadoras a las interpretaciones indefendibles.

2. De otra parte, y desde la perspectiva del **tipo subjetivo** de la prevaricación, la jurisprudencia anteriormente citada considera que la expresión “a sabiendas” que contiene el art. 446 del texto punitivo, debe ser interpretada en el sentido de que el sujeto activo ha de tener 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 que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que ha de ser puesto en relación con la condición de juez técnico en derecho (SSTS 359/2002, de 26-2; y 102/1999, de 3 de febrero). Sin que, por lo tanto, en las últimas resoluciones se interprete la locución "a sabiendas" como un especial elemento subjetivo del injusto penal que requiera una intensificación de la tendencia interna del autor como requisito a mayores que refuerce los elementos básicos del dolo.

b) <u>El art. 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria</u>

1. En el caso que se dilucida, el debate de las partes sobre el posible delito de prevaricación se ha centrado en gran medida en determinar cuál es la interpretación correcta del art. 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es el precepto en que se apoya el juez querellado para dictar los dos autos cuestionados. Los acusadores particulares y el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la defensa del imputado, han discrepado en la interpretación de esa norma, y su discrepancia ha derivado en conclusiones claramente incompatibles y excluyentes. Hasta el punto de que, según el criterio de las acusaciones particulares, no cabría en ningún caso la intervención de las comunicaciones orales y escritas entre los imputados y sus letrados en el centro penitenciario, mientras que para el Ministerio Fiscal y la defensa sí sería factible con arreglo a nuestro ordenamiento jurídico practicar las escuchas de las conversaciones de los internos imputados con sus abogados.

El **art. 51 de la LOGP** dice así:

1. Los internos estarán autorizados para ***comunicar*** *periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua,* ***con sus familiares, amigos y representantes*** *acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.*

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

2. Las ***comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales*** *y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y* ***no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo****.*

3. En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los Asistentes Sociales y con Sacerdotes o Ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente. Estas comunicaciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente.

4. Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el reglamento.

5. Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo ***podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento****, dando cuenta a la autoridad judicial competente.*

2. La tesis que postulan **<u>los acusadores particulares</u>** se centra en argumentar que el art. 51 de la LOGP distingue dos clases de comunicaciones de los internos en centros penitenciarios: las "generales", que son las reseñadas en los apartados 1 y 5 de la norma, y las "específicas" entre el interno con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, contempladas en el apartado 2. Este art. 51 sería la única norma que contempla la materia, pues habría de considerarse como una norma especial que desplaza al art. 579 de la LECr., precepto que regula —con un notable déficit normativo, ciertamente— las intervenciones telefónicas en la investigación criminal.

Pues bien, según las acusaciones particulares, el art. 51.2 de la LOGP, que sería el aplicable al caso, no da cobertura en nuestro ordenamiento jurídico a la intervención de las comunicaciones entre el interno y su letrado, toda vez que ello sólo lo permite la norma en los casos de terrorismo y con autorización judicial, tal como se dice en el último inciso del art. 51.2. Este inciso recoge las expresiones "*autorización*

judicial ***y*** *en supuestos de terrorismo*", enlazadas pues por una conjunción copulativa y no disyuntiva, lo que quiere decir —alegan— que han de darse los dos requisitos de forma cumulativa y no alternativa. En consecuencia, cuando no se trate de supuestos de terrorismo no cabría la intervención de las comunicaciones entre el interno y el letrado en ningún caso; por el contrario, cuando se estuviera ante un interno imputado en un delito de terrorismo sí cabría la intervención de las referidas comunicaciones interno/letrado, pero siempre previa autorización judicial.

Los acusadores particulares citan para avalar su tesis la STC 183/1994, en la que, apartándose en cierto modo el Tribunal Constitucional del criterio acogido en la sentencia 173/1983, se descarta la posibilidad de interpretar el art. 51.2 de la LOGP en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de "orden de la autoridad judicial" y "supuestos de terrorismo". Dichas condiciones habilitantes, dice el Tribunal Constitucional, deben considerarse acumulativas. Este criterio hermenéutico ha sido ratificado posteriormente en la STC 58/1998.

También alegan como fundamento de esta primera tesis las SSTS 245/1995, de 6 de marzo, 538/1997, de 23 de abril, y 173/1998, de 10 de febrero, de las que infieren dos regímenes jurídicos distintos: el general de los apartados 1 y 5 del art. 51, y el específico del art. 51.2 para la comunicación de los internos con los letrados, cuya peculiaridad o singularidad estaría fundamentada precisamente en las necesidades de la instrucción. Sin que tampoco en esta última opción pudiera autorizarse por el juez la intervención de las comunicaciones interno/letrado, a no ser en los casos de terrorismo.

2. Frente a esa primera tesis interpretativa del art. 51 de la LOPJ, postulan otra sustancialmente diferente el **Ministerio Fiscal y la defensa** del querellado. Como ya se ha anticipado, se fundamenta en reducir la aplicación del precepto al ámbito estrictamente penitenciario, de modo que su operatividad se circunscribiría a las intervenciones por "*razones de seguridad de los centros, interés de tratamiento y buen orden del establecimiento*". Alega el Ministerio Público que no cabe confundir la intervención de las comunicaciones del interno como medida de régimen penitenciario con lo que sería una intervención de esas comunicaciones

como medida de investigación adoptada en un procedimiento penal, de manera que no pueden transmitirse las limitaciones de una a la otra.

Para el Ministerio Fiscal, cuando la intervención de las comunicaciones de un interno tenga por finalidad la investigación de un delito deberá acudirse al art. 579 de la LECr., sin que proceda hacer distinción por razón del destinatario de la comunicación (sea o no abogado) ni por la naturaleza del delito (se trate o no de un delito de terrorismo), toda vez que el art. 51.2 de la LOGP, contemplado desde la perspectiva del régimen penitenciario, nada puede disponer contra la aplicación de la Ley Procesal Penal en relación con las investigaciones delictivas. De modo que —a criterio del Fiscal y de la defensa del querellado— las limitaciones del art. 51.2 se impondrían exclusivamente a las autoridades penitenciarias, pero no a un juez de instrucción que se hallare investigando un delito con arreglo a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en concreto cuando estuviera operando con el art. 579 de este texto legal.

Por todo lo cual, el Fiscal, a cuyo criterio se adhiere la defensa del querellado, advierte que las sentencias 183/1994 y 58/1998 del Tribunal Constitucional han de ser interpretadas en el contexto del régimen jurídico penitenciario, puesto que además ambas se refieren a la impugnación de limitaciones de derechos fundamentales acordadas por autoridades penitenciarias y no por jueces de instrucción en el curso de una investigación criminal.

3. Centrado en los términos que se acaban de exponer el debate sobre la interpretación de la norma que sirvió de sustento jurídico para acordar las intervenciones de comunicaciones cuestionadas, conviene hacer algunas **consideraciones al respecto**.

En primer lugar, debe destacarse la turbiedad del precepto objeto de interpretación. Pues no sólo se muestra oscura la redacción del apartado 2 de la norma, sino que el apartado 5 entra en patente contradicción con lo dispuesto en el espinoso apartado 2, al otorgarle al Director del establecimiento penitenciario la facultad de suspender o intervenir motivadamente las comunicaciones orales y escritas previstas en el precepto; con lo cual se reintegrarían en el apartado 5 las facultades que se le vedaron en el 2.

Se está, pues, ante una norma que puede catalogarse de farragosa, contradictoria y zigzagueante. Sin embargo, y tal como se comprobará, tampoco va a ser necesario apurar hasta el límite su interpretación, al entender este instructor que su mera aplicación en el caso concreto no va a resultar el factor determinante para dirimir la existencia de los indicios de un posible delito de prevaricación.

De todas formas, no parece muy razonable ni coherente acoger una interpretación en la que se atribuya a la normativa penitenciaria la regulación específica de los requisitos y el alcance de las intervenciones de las comunicaciones en el curso de una investigación criminal. A este respecto, la interpretación que se hace por las acusaciones particulares sobre la prioridad de la normativa penitenciaria sobre la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal argumentando con la relación de ley general-ley especial no parece la más adecuada dada la diferencia sustancial de materias que comprenden ambas leyes. De modo que no parece asumible considerar que una ley que tiene como objetivo la regulación del régimen penitenciario de los internos (art. 1 de LOGP), se aplique como norma especial con respecto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la hora de regular jurídicamente los trámites de una investigación criminal.

Por lo demás, si a las graves dificultades de interpretación que genera una norma con una redacción tan opaca y laberíntica se le suma su expansión fuera del sistema penitenciario para que opere también en el marco de la instrucción del proceso penal, los problemas se acumulan y la incertidumbre se incrementa.

Un dato indicativo de que la aplicación del art. 51.2 de la LOGP ha de circunscribirse al ámbito penitenciario y no debe extenderse a la instrucción penal lo constituye la exigencia de notificación al interno de la intervención de sus comunicaciones orales y escritas, impuesta por los arts. 43.1º y 46.5º del Reglamento Penitenciario. Esa exigencia constata que esas intervenciones de las comunicaciones del interno dentro del ámbito penitenciario tienen realmente fines preventivos relacionados con el buen orden y la seguridad del centro penitenciario, y, en su caso, con el tratamiento del penado, pero no con una investigación criminal, hipótesis en que resultaría absurda la notificación. El propio Tribunal Constitucional ha exigido que cuando las medidas de intervención de las comunicaciones

a los internos tengan por objeto la investigación delictiva deben ser acordadas por el juez de instrucción (SSTC 200/1997, 193/2002 y 194/2002).

En otro orden de cosas, tampoco resulta razonable que un precepto cuyo objetivo es, en principio, regular las comunicaciones de los internos desde la perspectiva del orden y seguridad de los centros penitenciarios, se aplique como instrumento jurídico a modo de blindaje de cualquier actuación punible de un letrado con motivo de la asistencia a un preso en el locutorio de un centro penitenciario, estableciendo así lo que algún autor ha denominado "privilegio de toga". Desde esta perspectiva, la interpretación que postulan las acusaciones particulares sobre el precepto incurre en cierto maximalismo y se muestra falta de matices y modulaciones. Pues no cabe descartar supuestos extraordinarios en que concurran indicios sólidos de que se está instrumentalizando el derecho de defensa para planificar y perpetrar graves conductas delictivas, en cuyo caso habría que acudir también a medidas extraordinarias que atendieran al supuesto suscitado.

Sobre este particular, es importante resaltar que el Tribunal Europeo de Derechos humanos ha admitido la intervención de las comunicaciones entre el letrado y su cliente en los supuestos excepcionales en que se instrumentalice el ejercicio de la profesión de abogado para la comisión de conductas delictivas. Y así, en la sentencia de 30 de septiembre de 1985 (*Caso Can contra Austria*), a pesar de que se estimó infringido el art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales por haberse impedido a un imputado en situación de prisión provisional comunicarse libremente con su abogado durante un periodo de tres meses al inicio de la instrucción (se le impuso que las entrevistas con su letrado fueran a presencia de personal judicial ante el peligro de ocultación de pruebas), se matiza que no quedó constatado en el caso concreto el peligro de colusión entre el imputado y el letrado con incumplimiento de los deberes profesionales de éste. Con lo cual, se deja abierta la posibilidad de que la medida fuera legítima en el caso de que se acreditara una actuación delictiva del letrado en connivencia con el imputado.

En similares términos se pronunció el TEDH en la sentencia de 20 de junio de 1988 (*Caso Schönenberger y Dumaz contra Suiza*), al

considerar que la intervención de una carta remitida por el letrado a un preso vulneraba el art. 8 del Convenio, toda vez que no se acreditó la connivencia o colusión entre el letrado y el imputado que pudiera justificar la medida. Por lo cual, cabe inferir que en caso contrario sí estaría justificada y permitida la intervención de la correspondencia imputado/letrado.

En la sentencia de 28 de noviembre de 1991 (*Caso S. contra Suiza*) se admite que pueda haber motivos excepcionales convincentes, aunque no los hubiera en el caso concreto, que justificaran el control y la escucha de las conversaciones del detenido con su letrado.

En la sentencia de 25 de marzo de 1992 (*Caso Campbell contra Reino Unido*), a pesar de que se consideró vulnerado el Convenio Europeo, no se excluye la posibilidad de autorizar en casos excepcionales la lectura de la correspondencia de un interno con su letrado cuando hubiera motivos justificados para entender que la carta contiene elementos de carácter delictivo.

La sentencia de 25 de marzo de 1998 (*caso Kopp contra Suiza*) contempla el supuesto de las escuchas telefónicas de las conversaciones de un letrado con sus clientes con el fin de investigar la transmisión de una información oficial secreta a un bufete de abogado. El Tribunal Europeo no cuestionó la posibilidad de la intervención telefónica de las conversaciones del letrado con sus clientes, siempre que aquél estuviera imputado en la causa, pero estimó la demanda al considerar infringido el art. 8 del Convenio por las deficiencias y omisiones que presentaba la normativa suiza en la regulación de esta clase de conversaciones, para las que exige una ley con una precisión y claridad especiales, dados los derechos fundamentales en juego.

Y en el mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia de 22 de abril de 2010 (*Caso Radkov contra Bulgaria*), en la que aunque se considera infringido el art. 8 del Convenio Europeo por haber sido abiertas cinco cartas dirigidas por los letrados al interno en un centro penitenciario, la resolución deja también abierta la posibilidad excepcional de la intervención y lectura en el caso de que concurrieran razones especiales.

Ahora bien, sentado lo anterior, sí debe quedar muy claro que los supuestos en que se autorice la intervención de las comunicaciones de un interno con su letrado han de ser *sumamente extraordinarios*, de modo que el nivel de exigencia indiciaria contra el abogado connivente ha de tener una enjundia y solidez sin duda notablemente superior a los supuestos de intervención habituales de las comunicaciones de un imputado con terceras personas ajenas a su letrado. Y es que los derechos fundamentales afectados son muy distintos en unos casos y en otros, tanto desde una visión cuantitativa como cualitativa de los mismos.

En efecto, en los supuestos en los que el imputado se halla preso y se intervienen las comunicaciones orales con su letrado, no sólo están en juego el derecho a la intimidad, y, en su caso, el derecho al secreto de las comunicaciones (entendido el término "comunicaciones" en sentido amplio), sino que se hallan también en liza de forma destacada y apremiante el derecho fundamental a la defensa, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y el derecho al secreto profesional de los letrados (concebido como un derecho-deber). El cercenamiento de estos derechos se agrava por la situación de privación de libertad en que se hallan los imputados, al estar sometidos a un régimen de sujeción especial que les impide tener comunicaciones con su abogado fuera del espacio del centro penitenciario dada su situación personal. Este estatus de sujeción especial ha llevado al Tribunal Constitucional a interpretar en un "sentido reductivo" la limitación de los derechos fundamentales de un imputado en tal situación (SSTC 74/1985, 170/1996, 2/1987, 175/1997 y 58/1998).

En lo que concierne al *derecho de defensa*, el Tribunal Constitucional ha resaltado en numerosas resoluciones "la especial responsabilidad que incumbe a los órganos judiciales de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, porque en este ámbito la protección de los bienes en conflicto adquiere la mayor intensidad que puede dispensar el Ordenamiento jurídico" (SSTC 1/2007 y 160/2009). Asimismo ha destacado la íntima conexión que existe entre el derecho de defensa y el de asistencia letrada, derecho que tiene como finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran, el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de partes y de contradicción, y que imponen a los órganos judiciales el

deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión, prohibido por el precitado art. 24. 1 CE (SSTC 47/1987, de 22 de abril; y 9/1997, de 14 de enero). Sin olvidar tampoco la especial relevancia que adquiere el derecho de defensa cuando el Estado ejerce el *ius puniendi* limitando la libertad del imputado, lo que implica una profunda injerencia en el núcleo más sagrado de sus derechos fundamentales (SSTC 68/2002 y 198/2003).

Dentro del ámbito específico del derecho de defensa, el TC ha enfatizado en diferentes resoluciones *la imprescindibilidad de las comunicaciones directas* entre el imputado y su letrado para la efectividad de ese derecho fundamental (SSTC 73/1983, 183/1994, 538/1997 y 7/1998). Y el TEDH, al aplicar el art. 6.3.c) del Convenio, advierte de forma reiterada que el derecho del acusado a comunicarse con su letrado fuera del alcance de un tercero figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática (sentencias de 16 de octubre de 2001, "Caso Brenan contra Reino Unido"; 5 de octubre de 2006, "Caso Marcello Viola contra Italia; y 13 de marzo de 2007, "Caso Castravet contra Moldavia").

En lo que respecta al derecho al *secreto profesional*, el último párrafo del art. 24 de la Constitución establece que la ley regulará los casos en que por razón de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Y esta previsión del constituyente ha sido después desarrollada en los arts. 416.2 de la LECr. y 542.3 de la LOPJ. En el primero queda dispensado el abogado de declarar sobre los hechos que le hubiera confiado el imputado en su calidad de defensor. Y en el segundo precepto se obliga a los abogados a guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos. Estos preceptos quedan complementados con lo dispuesto en el art. 42.1 del Estatuto General de la Abogacía.

El concepto de secreto es interpretado tanto por el Tribunal Constitucional como por la jurisdicción ordinaria como un concepto formal e instrumental, de suerte que cuando la Constitución o el legislador ordinario protegen un secreto lo hacen como instrumento idóneo para

anticipar la tutela de otros derechos sustantivos que se hallan amparados detrás del formalismo del deber de secreto. Así sucede con el derecho al secreto de las comunicaciones, que es concebido por el Tribunal Constitucional como formal en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido (STC 114/1984); y así ocurre también con el secreto profesional, que ha de verse como una tutela anticipada de carácter formal del derecho de defensa y del derecho a la intimidad del imputado que mantiene una relación de carácter confidencial con el letrado con el fin de garantizar esos derechos fundamentales sustantivos. El propio Tribunal Constitucional ha previsto en alguna resolución la posibilidad de que el secreto profesional resulte afectado por las intervenciones de las comunicaciones de un imputado (STC 184/2003, fund. quinto).

El cúmulo de derechos afectados por la intervención de las comunicaciones imputado/letrado justifica, pues, de forma incontestable el grado de excepcionalidad que ha de tener la intervención judicial de esa clase de comunicaciones. Ello explica con holgura los reforzados niveles de exigencia con que se han de autorizar tales intervenciones, tanto en lo atinente a los requisitos sustantivos y procesales como en lo que concierne a la consistencia y explicitud de la motivación.

4. Al descender a las **resoluciones judiciales del caso concreto** que se está instruyendo, se observa que el querellado no ha interpretado de forma correcta el art. 51.2 de la LOGP, pues no ha seguido realmente ninguna de las dos interpretaciones en liza. Ni la que postulan los acusadores particulares ni tampoco la que acoge el Ministerio Fiscal. Opta realmente el querellado por una tercera vía, que es la de fundamentar la intervención de las comunicaciones de los imputados en el art. 51.2, pero atribuyéndole a la frase dilemática (“*no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”*) un significado disyuntivo o alternativo, en lugar de sujetarse a la dicción gramatical acumulativa o copulativa del texto legal. De modo que en la práctica se viene a entender que la norma penitenciaria faculta al juez de instrucción para intervenir en el curso de una investigación criminal las comunicaciones en los supuestos de los delitos que no son de terrorismo.

Se aparta también por tanto, dado el tenor de los razonamientos jurídicos de los dos autos, de la opción interpretativa seguida por el Ministerio Fiscal, consistente en restringir el precepto al ámbito penitenciario y en operar en los casos de investigación criminal con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, con el art. 579 de este texto.

La interpretación que hace el querellado es errónea, tanto desde el punto de vista gramatical como del sistemático y teleológico. Tan es así, que el propio interesado manifestó en su declaración judicial que en realidad aplicó también el art. 579 de la LECr., pues lo habría incluido de forma implícita en los dos autos con la frase "*vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación*".

En cualquier caso, y dejando al margen la alegación de la aplicación implícita de la Ley Procesal Penal, es claro que la interpretación incorrecta de una norma o la selección equivocada de un precepto no pueden integrar de por sí, cuando menos en este supuesto, una actuación profesional subsumible en el delito de prevaricación, a pesar de lo que se dice en algunos puntos concretos de los escritos de las acusaciones particulares. Máxime cuando se opera con una norma tan equívoca y enrevesada como la que aplica el querellado en sus dos resoluciones. Y es que no puede obviarse el hecho incuestionable de que el art. 51 de la LOPJ genera un auténtico estrés hermenéutico a la hora de ponerlo en relación con el ordenamiento procesal penal.

El simple dato de que la doctrina haya seguido distintas interpretaciones de la norma en los trabajos dogmáticos que se han publicado sobre la materia, y las propias contradicciones que jalonan la jurisprudencia, según consta en los escritos de alegaciones de las partes que se enfrentan dialécticamente en la presente causa, constituyen un signo evidenciador de las graves dificultades que surgen al pretender incardinar en el tipo penal de la prevaricación una interpretación errónea de tan espinoso precepto.

La cita incorrecta o la interpretación errónea del art. 51.2 de la LOGP en que se apoya el querellado para dictar los dos autos debatidos no puede ser estimada, por tanto, como una selección o una interpretación arbitraria de una norma susceptible de por sí de convertir la actuación

judicial en palmaria y clamorosamente injusta, según la terminología aplicada en algunas de las sentencias de esta Sala sobre el delito de prevaricación. En caso contrario, se cercenaría el ejercicio de la función jurisdiccional hasta límites inadmisibles, al condicionar la labor interpretativa de los jueces en unos términos que harían impracticable el desempeño de su labor y bloquearía de raíz cualquier intento serio de evolución jurisprudencial.

Tampoco se aprecian indicios del referido tipo penal en el hecho de que los autos de intervención de las comunicaciones no recojan datos indiciarios concretos con respecto a los imputados presos y a los letrados que se hallaban implicados en las diligencias previas 275/2008.

Tales omisiones, aun siendo graves por infringir la obligación de motivar los dos autos que limitan de forma sustancial los derechos fundamentales de las personas concernidas, tienen sin embargo su respuesta procesal natural en la declaración de la ilicitud probatoria y en las consiguientes nulidades de las fuentes procesales obtenidas de forma antijurídica, tal como se comprueba en la numerosa jurisprudencia de esta Sala sobre esa materia.

Lo mismo puede afirmarse de los posibles déficits de cumplimentación en el presente caso del requisito de la "*interpositio legislatoris*", esto es, de la exigencia de una previsión legal concreta que contemple las escuchas por medios técnicos de las conversaciones cara a cara de un preso preventivo en el interior de un centro penitenciario con fines de investigación criminal, aspecto éste muy discutido en la doctrina y en la jurisprudencia debido a la redacción del art. 18.3 de la CE y del art. 579 de la LECr. (ver al respecto SSTS 173/1998, de 10-2; y 513/2010, de 2-6). Sobre este particular se muestra muy exigente el TEDH al examinar la calidad de la norma procesal que ha de contemplar las intervenciones telefónicas entre el letrado y sus clientes, estimando la demanda de un ciudadano suizo por no especificarse en el texto legal las condiciones y el alcance que puede tener la intervención del teléfono de un letrado en el curso de una investigación criminal, omisión que conculca el art. 8 del Convenio Europeo (*caso Kopp contra Suiza*, sentencia de 25 de marzo de 1998).

Una infracción de esa naturaleza habría que incardinarla, en su caso, también en el ámbito de las nulidades procesales, descartando, obvio es decirlo, su subsunción en elemento normativo del tipo penal de la prevaricación.

Donde sí surgen, en cambio, indicios del delito de prevaricación judicial, según se analizará a continuación, es en el hecho de aplicar en el caso concreto la medida de la intervención de las comunicaciones en unos términos tan categóricos y omnímodos que vacían de contenido el derecho de defensa y otros derechos fundamentales de unos imputados que se hallan en prisión preventiva.

c) <u>Los indicios concurrentes del delito de prevaricación en el caso concreto</u>

1. En el auto de 19 de febrero de 2009 (razonamiento jurídico segundo, párrafo segundo) se argumenta lo siguiente: "*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*".

Lo primero que destaca en este fundamento de derecho es que, a pesar de la extrema gravedad que comporta —según se ha razonado supra— la intervención de las comunicaciones de un imputado preso con su letrado, el grado de probabilidad indiciaria de carácter incriminatorio en que se sustenta en este caso la resolución se limita a la mera "*posibilidad*" de que los letrados colaboraran con sus clientes blanqueando el dinero obtenido con las presuntas conductas delictivas. Las dos resoluciones, idénticas en este punto, hablan de "pueden" y "pudiesen", como si una mera posibilidad, que *ex ante* nunca es descartable, fuera suficiente para excluir el derecho de defensa de un imputado preso.

En segundo lugar, mucho más alarmante resulta todavía el hecho de que la medida limitadora de los derechos fundamentales se acuerde con respecto a todos los letrados que pudieran contactar con los imputados. Y no sólo por lo que se dice en el fundamento del auto, sino también por lo que se decide en la parte dispositiva, en la que se acuerda la observación y grabación (según providencia aclaratoria) de las comunicaciones personales que mantengan los imputados presos "*con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos*".

Esa forma concluyente y omnicomprensiva en que se limitó el derecho de defensa conducía ya de por sí, sin apenas escapatoria alguna, a la irremediable laminación del derecho fundamental a la defensa, al resultar indiferente para adoptar unas resoluciones tan severas y gravosas que el letrado que asistiera a los imputados presos estuviera o no incriminado en la causa. Según la redacción de los autos de intervención cuestionados no se precisaba realmente indicio alguno contra los letrados para excluir el derecho de defensa de los imputados, pues se acordaba la grabación y posterior escucha de las conversaciones con cualquier letrado que asistiera a los presos. Con lo cual, tal como se viene a decir en el informe del Colegio de Abogados que figura unido a la causa, se convertía a todos los letrados que fueran nombrados para asistir a los imputados en sujetos suspectos de colaboración en hechos delictivos, impidiéndoseles ejercer la defensa de los tres imputados que se hallaban presos en el Centro de Soto del Real.

Ello explica —si bien, por supuesto, no justifica— que cuando los imputados Francisco Correa y Pablo Crespo nombraron como nuevos letrados a José Antonio Choclán Montalvo, el primero, y Gonzalo y Pablo Rodríguez Mourullo, el segundo, los días 3 y 5 de marzo, respectivamente, el querellado no cambiara el auto de intervención de las comunicaciones, sino que prosiguiera la instrucción con la misma merma sustancial de derechos fundamentales, pese a que, según admitió en la declaración prestada ante este instructor, carecía del más leve indicio incriminatorio contra el letrado querellante y contra los nuevos letrados de los imputados Francisco Correa y Pablo Crespo

Resultaba pues irrelevante que los nuevos letrados nombrados en la causa no estuvieran implicados en modo alguno en la trama del "*caso Gürtel*". Así lo corrobora el dato de que, a pesar de conocer esa vacuidad incriminatoria contra los profesionales de reciente designación, el día 20 de marzo el querellado dictara un auto de prórroga que coincide literalmente con el anterior, excluyéndose sólo la referencia específica al letrado coimputado José Antonio López Rubal, pues había dejado de intervenir en el caso como abogado. Se confirmaba de este modo que la exclusión del ejercicio del derecho de defensa no estaba vinculada a los indicios incriminatorios que pudieran existir contra los letrados que asistieran a los imputados presos.

Y otro tanto puede decirse con respecto al letrado del coimputado Antoine Sánchez, Juan Ignacio Vergara Pérez, pues tampoco éste ha figurado en ningún momento como imputado en la causa.

Los dos autos cuestionados, dada la forma omnímoda y categórica en que fueron dictados, y vista además la ratificación en el segundo de ellos de la medida cuando estaban actuando ya con anterioridad unos letrados que no tenían implicación alguna en el causa que se instruía, suponían, *de facto y de iure*, el vaciamiento del ejercicio del derecho de defensa de unos imputados que se hallaban en prisión preventiva.

Un análisis puramente empírico de su alcance permite comprobar que las dos resoluciones iban en cierto modo más allá del vaciamiento del contenido del derecho de defensa, pues implicaban trasmutar el ejercicio de ese derecho fundamental en un instrumento idóneo para la autoincriminación de los imputados internos en prisión. Y ello porque la grabación y el conocimiento de todas sus conversaciones con sus letrados entrañaba que lo que deberían ser comunicaciones o conversaciones encauzadas a la efectividad del derecho de defensa, se reconvertían realmente en eficaces instrumentos para la autoinculpación de los imputados, con vulneración del derecho fundamental a no declarar contra sí mismos, al mismo tiempo que se desarbolaba o desactivaba cualquier estrategia defensiva que pudieran poner en práctica los letrados.

No parece, pues, desmesurado afirmar que si el juez querellado hubiera acordado la incomunicación jurídica de los imputados es muy

posible que su defensa tuviera una mayor eficacia, pues al menos no se autoincriminarían ni aportarían fuentes de prueba en contra de sus propios intereses procesales.

De lo que antecede se colige, indiciariamente, que el juez de instrucción con sus resoluciones vació de contenido el derecho de defensa de los imputados y lesionó así de forma sustancial uno de los principios básicos del sistema procesal penal, retrotayéndonos a un estatus procesal anterior al Estado de derecho.

Se está, además, ante unas decisiones jurídicas que menoscaban gravemente la relación de secreto profesional entre los letrados y los imputados presos, hasta el extremo de implantar la desconfianza como pauta general en un ámbito en el que, debido a las relaciones de confidencialidad y de reserva existentes entre clientes y letrados, la confianza ha de operar como principio fundamental. Si se autoriza la intervención y grabación de las conversaciones entre los imputados y sus letrados sin que concurra indicio incriminatorio alguno contra éstos, es claro que se genera un clima general de desconfianza que mutila de plano el ejercicio de la profesión y el derecho de defensa. Y es que si ya de por sí lo limitan sustancialmente las intervenciones de las comunicaciones letrado/imputado cuando concurren indicios incriminatorios contra un letrado, por lo que incluso en estos casos extraordinarios ha de actuarse, según ya se advirtió, con la máxima cautela, es claro que en los supuestos en que ni siquiera concurre indicio alguno contra los abogados nombrados el desarme del ejercicio de la profesión es total, con la secuela directa que ello entraña para el derecho de defensa de los imputados, máxime en un caso en que no pueden recibir asistencia jurídica fuera del centro penitenciario.

Por consiguiente, el querellado ha dictado dos resoluciones que han de calificarse —desde la perspectiva indiciaria con que se dicta este auto de transformación del procedimiento— de ostensiblemente injustas dada la patente vulneración de las garantías constitucionales del proceso penal que han ocasionado. Sin que, en contra de lo alegado por el querellado ante este instructor, pueda hablarse en este caso del principio de proporcionalidad como argumento legitimador de lo acordado, visto el llamativo vacío

generado en algunos derechos fundamentales sin indicio incriminatorio alguno contra los letrados que estaban ejercitando el derecho de defensa.

2. En las dos resoluciones en que se acordó la observación y grabación de las comunicaciones orales de los imputados con los letrados se introduce en la parte dispositiva la expresión ***"previniendo el derecho de defensa"***. Sin embargo, esa frase presenta todas las connotaciones de una mera cláusula de estilo, puesto que no impedía grabar y escuchar las conversaciones entre los imputados y sus abogados ni operar después con los datos que de ellas se extraían, desactivando así las posibles estrategias de defensa.

Y otro tanto cabe afirmar del "***expurgo***" que se acuerda hacer después de la grabación íntegra de todas las comunicaciones interno/letrado, dado que una vez que se escuchan las conversaciones resulta incuestionable que ya es conocido su contenido. Ello quiere decir que su exclusión formal del procedimiento no impide que se cuente con ellas como medio de investigación criminal para obtener fuentes alternativas de prueba que puedan acabar operando en otras frases del proceso. De ahí la razón de que el secreto profesional se configure y se aplique como un instrumento formal que impide acceder al contenido de lo conversado, pues una vez que éste se conoce ya no hay garantía alguna de que se evite el menoscabo del derecho de defensa.

Por lo demás, era fácilmente previsible que la práctica totalidad del contenido de las conversaciones de los presos con sus letrados tenía que hallarse vinculada necesariamente con la estrategia del derecho de defensa. Acudir por lo tanto después de grabarlas en su integridad a un expurgo como método paliativo de la drástica injerencia en lo que puede ser considerado como el núcleo duro del derecho de defensa, tenía mucho más de gesto simbólico y retórico que de saneamiento eficaz de la vulneración de los derechos fundamentales afectados.

3. En lo que atañe al **elemento subjetivo del tipo** penal de la prevaricación, también constan indicios de que concurre en el presente caso. Esta conclusión se extrae al ponderar que el querellado sabía, como él mismo admitió, que estaba interviniendo las comunicaciones orales de unos nuevos letrados nombrados por los imputados presos que no tenían

implicación alguna en la trama del llamado "*caso Gürtel*". Al margen de que ya había decidido *ab initio* que la intervención comprendía a cualquier letrado que se comunicara con los imputados, estuvieran o no implicados en la causa. Fue, además, el propio querellado el que en sus providencias tuvo por designados en la causa a los nuevos letrados.

De otra parte, antes de acordar la ratificación de la medida, el Ministerio Fiscal le recordó, en el informe de 20 de marzo de 2009, que "*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*".

Esta advertencia ponía al querellado cuando menos sobre aviso del terreno impregnado de ilicitud que estaba pisando. Y otro tanto puede decirse de los varios recordatorios que le hizo el Ministerio Público —quizás alarmado ya por lo que estaba aflorando en las grabaciones— al juez instructor para que expurgara el contenido de las transcripciones. Estas admoniciones impiden —argumentando siempre desde una visión indiciaria— excluir en esta fase del proceso el dolo propio del delito de prevaricación, centrado fundamentalmente, como ya se ha puesto de relieve, en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal.

No se puede descartar que concurran factores que aminoren la presunta responsabilidad del querellado, tanto en el ámbito objetivo como subjetivo del tipo penal. En concreto, no cabe desdeñar *ab initio* la posibilidad de que la defensa opere con el argumento de un posible error sobre el elemento normativo del tipo penal (la injusticia de las resoluciones), en cuyo caso, y de prosperar esa tesis defensiva, habría que derivar la calificación jurídica posiblemente hacia la modalidad culposa del delito de prevaricación (art. 447 del C. Penal). Y tampoco pueden excluirse alegaciones relacionadas con situaciones de error sobre los presupuestos objetivos de algunas de las circunstancias eximentes del art. 20 del C. Penal. Sin embargo, esta resolución se ha de limitar a ponderar si concurren indicios de la conducta típica integrante del delito de prevaricación. Es decir, si existe una antijuridicidad indiciaria configuradora de la tipicidad delictiva. Y ello sí se aprecia en el presente caso, a tenor de los razonamientos precedentes.

d) <u>Criterios jurídicos aplicados en otras resoluciones dictadas en la causa</u>

1. Por último, y puesto que el Ministerio Fiscal y la defensa del querellado hacen especial hincapié en los criterios jurídicos aplicados en otras resoluciones dictadas en la causa por otros magistrados, en concreto en el auto de 27 de enero de 2010 del Magistrado Juez de Instrucción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid denegatorio de la nulidad de los autos dictados por el querellado, y también se refieren al voto particular del auto dictado en apelación por el Tribunal Superior de Justicia el 25 de marzo de 2010, parece necesario —aun a riesgo de resultar reiterativo en algún punto concreto— argumentar sobre tales alegaciones que vendrían a apoyar las tesis exculpatorias esgrimidas en los escritos del Fiscal y la defensa.

Pues bien, es cierto que el auto dictado por el instructor de la causa 1/2009 (conocida como "*caso Gürtel*") que se tramita en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se desestimó la pretensión de nulidad de los dos autos dictados por el querellado. Sin embargo, y a tenor de lo que se ha venido argumentando, no pueden compartirse los razonamientos que se vierten en la referida resolución.

La lectura del auto revela que el Magistrado instructor del Tribunal Superior de Justicia de Madrid aplica, prácticamente en su literalidad, los argumentos del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, escrito que a su vez ha sido reproducido con motivo de la tramitación de la presente querella. Así las cosas, parece que sería suficiente para dirimir la cuestión con una mera remisión a las discrepancias que en su momento se apuntaron sobre la tesis del Ministerio Fiscal. No obstante, sí parece conveniente matizar algún aspecto concreto.

En efecto, este instructor comparte, en lo sustancial, la tesis del Ministerio Público acerca del ámbito de aplicación del art. 51 de la LOGP y también la posibilidad de operar —eso sí, en supuestos muy extraordinarios— con el art. 579 de la LECr. para intervenir y grabar las comunicaciones de los imputados con sus letrados. Ahora bien, lo que ya obviamente no puede asumirse es la aplicación que se hace de esa norma

procesal en el caso concreto por parte del querellado. Se trata de un tema que el Fiscal ha orillado realmente. Su argumentación alberga por tanto razones de peso cuando encauza la solución del problema acudiendo a la vía procesal del art. 579 de la LECr., pero ahí se detiene. Y es precisamente en ese punto, en la aplicación que se hace del referido precepto en el supuesto debatido, donde surge la grave vulneración de los derechos fundamentales de los imputados que se hallan en prisión, si bien el germen de tal infracción ya lo anidaba la redacción inconstitucional que exponían los dos autos del querellado en lo que concierne al derecho de defensa.

El Ministerio Público circunscribe su escrito a examinar las cuestiones que suscita la interpretación de la abstrusa norma penitenciaria, omitiendo cualquier clase de explicaciones o razonamientos que permitan legitimar la grabación y escucha de las comunicaciones de tres presos preventivos con sus letrados sin constar indicio alguno contra éstos, que es lo que se acordó en los conflictivos autos y se ejecutó después en la práctica, operando así *de facto* el juez querellado con la presunción de que cualquier letrado que se designara era sospechoso de colaboración delictiva con los presos imputados. El Fiscal no aporta argumentos que justifiquen una decisión de esta índole ni tampoco expone razones que legitimen la vulneración de un cúmulo de derechos fundamentales que genera esa aplicación —tácita y no expresa, ya que no es citado en los autos cuestionados— del art. 579 de la LECr. Reafirma así el criterio que mantuvo en su día de que esos autos no eran ni siquiera nulos.

Y en términos muy similares ha de argumentarse con respecto al voto particular emitido en el auto del Tribunal Superior de Justicia de 25 de marzo de 2010. En este voto se hace un amplio excurso sobre la gravedad del delito de blanqueo de capitales y después se entra a examinar la justificación de la intervención de las comunicaciones en el caso concreto desde la perspectiva de los principios de necesidad y proporcionalidad, citando al respecto de forma extensa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala sobre esa materia. Considera el Magistrado discrepante de la resolución mayoritaria del Tribunal Superior de Justicia que sí concurrían indicios de intervención en la trama de algunos letrados que figuraban como imputados y que podían colaborar con los tres que se hallaban presos preventivos. Y a partir de ello justifica las resoluciones dictadas por el querellado y las considera acordes a derecho.

Pues bien, no se va a entrar a debatir la consistencia de los indicios existentes contra los letrados imputados en la trama, ni el grado de gravedad que presenta el delito de blanqueo de capitales, gravedad que el Magistrado discrepante enfatiza con profusión de datos en su extenso voto particular. Tampoco se van a tratar las omisiones que los autos dictados por el querellado contienen acerca de los indicios del caso concreto y de los letrados imputados en la causa cuyos nombres ni siquiera se reseñan. Con respecto a tales extremos este instructor se remite a lo que se dice en el voto mayoritario del auto del Tribunal Superior de Justicia, que no se muestra tan comprensivo con tales omisiones como el voto particular y el Ministerio Fiscal. Y no se entra por nuestra parte en el análisis de todas esas cuestiones, tal como se razonó en su momento, porque carecen de un contenido incriminatorio que permita subsumirlas en el art. 446 del C. Penal, debiendo por tanto ser desplazadas al terreno propio de las nulidades procesales.

Sí se ha de incidir, en cambio, nuevamente, dada su relevancia para apreciar indicios de un presunto delito de prevaricación, en que el núcleo de la incriminación indiciaria se ubica en la privación del ejercicio del derecho de defensa de los imputados presos cualesquiera que fueren los letrados nombrados y aunque no hubiera indicio ni sospecha alguna contra ellos, pues en todo caso siempre serían observadas y grabadas sus conversaciones con los imputados. Y también es importante remarcar la vulneración de importantes derechos fundamentales en el hecho de grabar las conversaciones del letrado querellante y de los dos nombrados por los imputados Pablo Crespo y Francisco Correa. Sin obviar tampoco las escuchas de las conversaciones del tercer imputado preso, Antoine Sánchez, con su letrado, Juan Ignacio Vergara, aunque ninguno de los dos se haya personado en la presente causa.

Sobre estos hechos concretos relativos a la grabación de las conversaciones de los letrados ajenos a la trama que pasaron a llevar la defensa de los encausados presos, no contiene razonamiento justificativo alguno el voto particular en que se apoya la defensa. Omisión que afecta de lleno también al dato extraordinariamente trascendente de que las grabaciones acordadas comprendían a cualquier letrado que pretendiera

ejercitar el derecho de defensa de los imputados, tuviera o no la más mínima implicación en la causa.

Ni los autos que se citan como ejemplos contrastables ni las alegaciones del Ministerio Fiscal aportan argumentos que legitimen los hechos que, para este instructor, integran la base indiciaria del delito de prevaricación. Es decir, la decisión del querellado de impedir que los imputados presos ejercitaran su derecho de defensa sin la gravísima imposición de que las conversaciones de aquéllos con éstos habrían de ser necesariamente grabadas y escuchadas, cualquiera que fuere el letrado designado. Y tampoco se ofrece razonamiento alguno que permita sustentar jurídicamente la escucha de los imputados con los nuevos letrados nombrados a partir del 3 de marzo de 2009, que ni estaban imputados en la causa ni había indicio alguno contra ellos sobre una posible implicación en el entramado delictivo.

En contra de lo que sostienen el Ministerio Público, el referido voto particular y el auto del juez instructor del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, no se está aquí ante un supuesto habitual de posible infracción procesal que deba dirimirse con arreglo de los criterios usuales de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, cuya infracción podría derivar, a lo sumo, en una declaración de nulidad de los autos dictados por el querellado. Y es que en el presente caso ni siquiera se precisa entrar a dilucidar en profundidad el tema de la proporcionalidad de la medida cercenadora de derechos fundamentales adoptada en ambos autos, pues, tal como admitió el propio querellado, no se contaba con ningún indicio contra los letrados nombrados a partir del día 3 de marzo de 2009.

La ponderación que impone el principio de proporcionalidad y su activación como sustento legitimador de la limitación/exclusión de los derechos fundamentales de los tres imputados que se hallaban presos, requiere que concurra cuando menos algún indicio incriminatorio contra los letrados nombrados por los imputados. Pero esa premisa insoslayable quedó excluida de plano cuando el propio querellado acordó la grabación de las conversaciones de cualquier letrado que ejerciera el derecho de defensa de los tres encausados. Y con posterioridad esa decisión se materializó cuando los imputados nombraron unos letrados que no tenían implicación alguna en la trama de los delitos investigados, pese a lo cual, y

cumpliendo la resolución, fueron grabadas sus conversaciones en los locutorios del centro penitenciario. Y no sólo en virtud del primer auto dictado el 19 de febrero de 2009, sino que se dictó otro en los mismos términos el 20 de marzo de 2009, ya con posterioridad al nombramiento de los nuevos letrados ajenos a la trama delictiva.

No alberga duda alguna este instructor de que los delitos de cohecho, tráfico de influencias, defraudación fiscal y blanqueo de capitales, especialmente cuando se integran en una presunta trama de corrupción política, precisan de una instrucción muy difícil y compleja en la práctica policial y procesal. Y desde luego se trata de delitos de incuestionable gravedad por atacar de lleno a la esencia de las instituciones de un sistema democrático. Ahora bien, ello no justifica, cuando no concurren indicios incriminatorios contra los letrados que asisten a los imputados, la limitación del derecho de defensa hasta extremos que lo hacen impracticable o totalmente ineficaz. Y ello es lo que, presuntamente, sucedió en el caso que se instruye, tanto en las dos decisiones adoptadas como en su materialización posterior, que no fueron más que una mera ejecución de lo previamente acordado. Tales decisiones generaron lo que debe considerarse, por su contenido y efectos, como una amputación del derecho fundamental a la defensa.

Desde tal perspectiva, es claro que no se pueden compartir los argumentos del voto particular emitido en el auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Pues, tras destacar la gravedad de los delitos que se investigan, se pretende justificar la intervención de las conversaciones en los locutorios penitenciarios entre unos letrados contra los que no concurría indicio incriminatorio alguno y los imputados presos, para lo cual se argumenta con los principios de proporcionalidad y de necesidad de la medida. Frente a esto sólo cabe argüir que cuando no concurre indicio alguno contra un letrado que asiste a un imputado —y ello es lo que sucede con varios de los letrados nombrados en la causa— no es factible entrar ya a ponderar con criterios de proporcionalidad la gravedad del delito y la complejidad de su investigación, pues no se da ya la premisa insoslayable de una indiciaria connivencia delictiva entre el letrado y el imputado. Y sin ella es claro, tal como ya se ha remarcado, que no cabe colocar en el otro platillo de la balanza delito alguno que permita entrar a ponderar la medida con arreglo a los cánones propios de la proporcionalidad.

Por lo demás, como indicio verificador de que se está ante un supuesto que rebasa el marco propio de las meras nulidades procesales obra el dato estadístico de que son escasísimos los autos que se dictan en la jurisdicción penal interviniendo expresamente las comunicaciones de los letrados con sus clientes. Y lo que resulta ya más bien insólito es que la intervención se haga con respecto a cualquier letrado que asuma el ejercicio del derecho de defensa, concurra o no el más mínimo indicio de confabulación o colusión con los imputados en orden a la trama delictiva.

De acogerse las tesis que se sostienen en el auto del juez instructor de la causa 1/2009 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid o en el precitado voto particular, ante la mera posibilidad de que un imputado preso intentara aprovecharse de los efectos del delito habría que desactivar el derecho de defensa reconvirtiéndolo en instrumento auto-incriminatorio, tesis que por su propia aberración nos ubica en la senda indiciaria propia del delito de prevaricación.

Desactivar *de facto* el derecho de defensa de un preso preventivo sin que concurra indicio incriminatorio alguno contra el letrado que ha sido designado, o contra cualquiera que pudiera nombrarse, trasmutando así el derecho de defensa en una fuente de incriminación, destruye los pilares básicos del ordenamiento procesal del Estado de derecho, toda vez que, tal como ya se advirtió, desmantela el derecho de defensa y otra serie de derechos fundamentales que se ubican en su entorno (intimidad, secreto de las comunicaciones, secreto profesional de los letrados y el derecho de los imputados a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable).

Frente a esta oclusión sumamente severa del ejercicio del derecho de defensa asignado a unos letrados ajenos a la actividad delictiva, no se aportan razones legitimadoras por parte de los magistrados que sostuvieron la validez procesal de las resoluciones dictadas por el querellado ni tampoco por el Ministerio Fiscal. Y es que no resulta factible, con arreglo a las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y a los cánones hermenéuticos con que se opera habitualmente en la práctica jurisdiccional, obtener una interpretación defendible de las normas constitucionales y ordinarias que las partes aplican al caso (arts. 18 y 24 de la CE, 51 de la LOGP, 579 y 416.2 de la LECr., y 542.3 de la LOPJ) que permita legitimar la decisión

adoptada por el querellado. Esto es: que deben ser observadas y grabadas todas las conversaciones que tengan los imputados presos con sus letrados en los locutorios del centro penitenciario, cualesquiera que fueren los abogados designados y aunque no concurrieran indicios delictivos contra ellos que pudieran vincularlos con la trama investigada.

Y en lo que respecta a la nocividad de las resoluciones tildadas de arbitrarias e injustas, el menoscabo de las garantías procesales constitucionales del proceso penal que ocasionan no sólo tiene unos efectos directos e inmediatos en el caso concreto, sino que afectan también a medio y a largo plazo a las estructuras básicas del proceso penal. Y ello porque el grado de desconfianza e incertidumbre que generan en las personas que operan dentro del sistema (imputados y profesionales) es de tal envergadura que parece razonable que, en el supuesto de que el ordenamiento jurídico no respondiera con rigor a una conculcación de derechos fundamentales tan grave, ningún preso preventivo ni ningún letrado tendrían a partir de ahora, cuando conversan en un locutorio sobre las estrategia del derecho de defensa y de otras cuestiones relativas a los problemas procesales y personales del interno, la más mínima garantía de que sus conversaciones no fueran escuchadas. Y es que, según la premisa adoptada en las resoluciones dictadas por el querellado, sería indiferente que los letrados no estuvieran incursos en indicio delictivo alguno. Lo relevante sería el riesgo de que los imputados se quedaran con los efectos producto del delito, posibilidad que —según el criterio que se colige de los autos objeto de la querella— habría que frustrar implantando una especie de medida de seguridad de índole procesal que arrasaría con las garantías fundamentales del proceso penal.

Todo lo apuntado reafirma la convicción de este instructor de que no ha de ser la declaración de una mera nulidad procesal la respuesta reactiva del sistema ante la gravedad de la ilicitud de la conducta que se le imputa al querellado. Pues, en caso de entenderlo así, el núcleo duro de las garantías del proceso penal quedaría sustancialmente desprotegido, ya que no puede decirse otra cosa de la mera aplicación de una nulidad procesal como las que dictan los tribunales en su quehacer diario para solventar situaciones de ilegalidad sustancialmente disímiles a las que ahora se investigan.

En definitiva, ha de concluirse afirmando que el grado de gravedad de la infracción constitucional y el número de derechos fundamentales concernidos obliga a insertar, cuando menos desde la óptica indiciaria en que ha de moverse este instructor, la conducta del querellado en el perímetro semántico de la descripción típica del delito de prevaricación (art. 446.3º del C. Penal). Así lo entendió esta Sala en la sentencia 2/1999, de 15 de octubre, en un caso de aplicación de medidas cautelares en una instrucción penal, al apreciar el delito de prevaricación atendiendo, entre otros factores, a la "la jerarquía del derecho vulnerado y a la importancia de la infracción, de tal manera que las exigencias serían mayores cuando el apartamiento del derecho vulnere derechos fundamentales de las partes".

SEGUNDO. Los hechos que se han descrito también pueden indiciariamente incardinarse, según se anticipó, en un **delito de uso de artificios de escucha y grabación con violación de las garantías constitucionales**, tipificado en el art. 536, párrafo primero, del C. Penal. Pues el querellado dictó dos resoluciones judiciales ordenando instalar artificios técnicos de escucha y grabación de sonido en el centro Penitenciario de Soto del Real con el fin de observar y grabar las comunicaciones orales entre los tres imputados que se hallaban presos preventivos en las diligencias previas 275/2008, que se instruían en ese momento por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional.

En lo que se refiere al **tipo objetivo** de la referida infracción penal, es llano que concurren indicios sobre los distintos elementos que prevé el art. 536 del C. Penal. En primer lugar, porque el sujeto activo tiene la condición de autoridad. En segundo término, porque ha ordenado la instalación en el interior del centro penitenciario de aparatos de artificios técnicos de grabación y reproducción de las conversaciones de los imputados con sus letrados. En tercer lugar, no parece cuestionable que se hallaba en ese momento abierta una causa por delito contra los internos cuyas conversaciones se grabaron, y fue además en el ámbito de ese proceso penal en el que se acordaron las escuchas. Y, por último, la grabación se acordó y ejecutó violentando importantes garantías constitucionales, según se ha especificado en el fundamento de derecho precedente.

Y otro tanto cabe afirmar en lo referente al **tipo subjetivo** de la infracción punible, integrado por los dos elementos configuradores del dolo: el conocimiento y la voluntad. El querellado sabía que estaba cercenando de forma excepcionalmente gravosa mediante el uso de artificios técnicos importantes derechos fundamentales de los tres imputados, y pese a conocerlo ordenó la observación y la grabación de las conversaciones entre los presos preventivos y sus letrados a sabiendas de que contra éstos no concurría indicio delictivo alguno.

Tal como se expuso con respecto al delito de prevaricación, no se puede excluir de entrada la posibilidad de que concurran supuestos de error, ya sea sobre los elementos normativos que concurren en este tipo penal o sobre los presupuestos objetivos de alguna de las eximentes que se contemplan en el art. 20 del C. Penal. Ambos tipos penales aparecen impregnados de elementos normativos, por lo que se muestran muy propicios para suscitar cuestiones relacionadas con un posible error. Sin embargo, tales cuestiones y otras de similar enjundia es obvio, tal como ya se anticipó, que no han de ser objeto de una resolución como la que ahora se adopta, y sí en la fase de plenario, en la hipótesis de que el proceso avanzara en su tramitación hasta la vista oral del juicio.

Y lo mismo puede aseverarse de la compleja cuestión jurídica relacionada con la relación concursal entre los delitos de prevaricación (art. 446.3º del C. Penal) y de uso de artificios de escucha y grabación con violación de las garantías constitucionales (art. 536, párrafo primero, del C. Penal).

Como es sabido, la relación concursal puede darse en las modalidades de concurso de leyes o de concurso de delitos. El concurso de leyes o normas se aplica cuando uno o varios hechos pueden insertarse en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, ya que es suficiente por sí solo para comprender o abarcar todo el desvalor del hecho o de los hechos que concurren en el caso concreto. De modo que si se penaran los dos tipos delictivos se incurriría en un *bis in idem*, vedado por el principio de legalidad y por el art. 25 de la CE. En cambio, se está ante un concurso de delitos, ya sea en su modalidad real o ideal, cuando se precisa aplicar dos o más tipos penales para penar debidamente todo el desvalor de la conducta integrante de uno o varios actos del acusado.

En el caso que ahora se investiga, y partiendo siempre del presupuesto incuestionable de que el criterio jurídico de este instructor no resulta en modo alguno condicionante para la resolución del proceso en posibles fases posteriores, ha de entenderse que nos hallamos ante un concurso de normas y no de delitos. Y en lo que respecta a la determinación de qué tipo penal ha de ser aplicado con prioridad, todo apunta hacia que el delito de prevaricación (art. 446.3º del C. Penal) debe desplazar al tipo penal que tutela las garantías constitucionales (art. 536, párrafo primero), operando al respecto con el principio de alternatividad, que opta por la aplicación de la infracción más gravemente penada (art. 8.4ª del C. Penal), que en este caso se corresponde con el delito de prevaricación. Y es que si bien puede argumentarse que el tipo penal del art. 536 es más específico que el del art. 446.3º, razonamiento que parece dar entrada al principio de especialidad, ha de ponderarse que en este caso el solapamiento entre ambas normas no es total.

El delito del art. 536 tutela el bien jurídico de la intimidad en un sentido amplio y contemplado por tanto desde distintas perspectivas, pero en este caso también han resultado indiciariamente afectados o cercenados otros derechos fundamentales: el derecho a la defensa, a no declarar contra sí mismo y, en conexión con los anteriores, el derecho al secreto profesional. Con lo cual, no parece adecuado aplicar el tipo penal más lenitivo en un caso en que el tipo más especial no abarca dentro de su radio de acción a todos los derechos fundamentales afectados por el comportamiento presuntamente delictivo.

TERCERO. En virtud de lo argumentado en los fundamentos precedentes, procede aplicar los arts. 780 y ss. de la Ley Procesal Penal y proseguir la sustanciación de la causa por los trámites del procedimiento abreviado.

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: Prosígase la sustanciación 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.

Dese traslado de las actuaciones, mediante fotocopia, excepto las que permanezcan declaradas secretas por el Magistrado Instructor del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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 diligencias complementarias, para los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 780 de LECr.

Así lo acuerda, manda y firma el Magistrado Instructor D. Alberto Jorge Barreiro.