

Id. Cendoj: 28079120012013200127

ECLI: ES:TS:2013:798A

ROJ: ATS 798/2013

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Resolución:

Fecha de Resolución: 04/02/2013

Nº de Recurso: 20708/2011

Jurisdicción: Penal

Ponente: JOSE MANUEL MAZA MARTIN

Procedimiento: Penal. Apelación procedimiento abreviado

Tipo de Resolución: Auto

Idioma:

Español

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Causa Especial Nº: 20708/2011

Fallo/Acuerdo:

Procedencia: Querella

Fecha Auto: 04/02/2013

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D. : José Manuel Maza Martín

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

Escrito por : IAG

Causa especial. Archivo.

Causa Especial Nº: 20708/2011

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D. : José Manuel Maza Martín

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D. :

D. José Manuel Maza Martín

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil trece.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de octubre pasado se presentó en el Registro General de este Tribunal, escrito de la Procuradora Doña María Elvira Encinas Llorente, en nombre y representación de DON Desiderio, formulando querella contra las Ilmas. Sras. DOÑA Gloria, Magistrada de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000, y DOÑA Ramona, Teniente Fiscal de la Fiscalía Provincial de DIRECCION001, por los presuntos delitos de prevaricación del art. 446 CP y contra las garantías de la intimidad del art. 536 CP .

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/ 20708/2011, por providencia de 31 de octubre de 2011 se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Julián Sánchez Melgar y se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y contenido de la querella formulada.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 25 de noviembre de 2011 en el que DICE:

"...que procede declarar la competencia de esa Excma. Sala para el conocimiento de la querella interpuesta, de acuerdo con el art. 57.1.3 LOPJ , interesando su inadmisión, con arreglo a lo dispuesto en el art. 313 LECrm., al no ser los hechos denunciados constitutivos de delito...".

CUARTO .- Por Auto de fecha diez de abril de dos mil doce, la Sala acuerda asumir la competencia para el conocimiento de la presente causa respecto de la Magistrada doña Gloria y, rechazarla respecto a doña Ramona, así como designar Instructor, conforme al turno previamente establecido al Magistrado de esta Sala el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.

QUINTO .- Una vez practicadas las Diligencias Previas oportunas a fin de recibir declaración de la imputada sobre los hechos objeto de la presente causa y en orden al esclarecimiento de los mismos, así como la cumplimentación de la prueba documental propuesta, pasan las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe.

SEXTO .- El Ministerio público, por escrito de fecha 22 de noviembre de 2012, dictamina que:

"... Entendemos que los mencionados datos refuerzan la argumentación ampliamente expuesta en nuestro informe de 25 de noviembre de 2011, que reiteramos en el presente trámite".

Así mismo, la Acusación particular, Desiderio, por medio de escrito de su representación procesal, Procuradora Sra. Encina Llorente, de fecha 22 de noviembre de 2012, solicitó la práctica de nuevas diligencias de prueba testifical, así como las restantes solicitadas en la querella inicial.

Por su parte, la querellada, Gloria, por medio de escrito de su representación procesal, Procuradora Sra. Gómez de Enterría Bazán, de fecha 26 de noviembre de 2012, interesó, al amparo del artº. 779, en relación con el artº. 637, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , el sobreseimiento libre y el archivo de la causa.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que:

"Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones:

1ª Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo.

2ª Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento.

3ª Si el hecho estuviese atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente. Si todos los imputados fuesen menores de edad penal, se dará traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que inicie los trámites de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor.

4ª Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775.

5ª Si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801."

Y en las presentes actuaciones, habiéndose ya practicado todas aquellas "...diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento..." , a las que alude el artículo 777.1 de la Ley Procesal , es llegado el momento de que este Instructor adopte la decisión sobre cuál de los referidos pronunciamientos previstos en la norma citada resulta procedente en el supuesto que aquí nos ocupa.

De hecho, además de la declaración en su día prestada por la querellada, obra en las actuaciones, debidamente testimoniada, la documental relativa a la Resolución supuestamente prevaricadora y generadora de la vulneración de las garantías constitucionales del derecho a la intimidad, constando igualmente la ejecución de la misma y su resultado, con lo que en esta fase del procedimiento y respecto de un delito de prevaricación judicial (art. 446 CP) en relación con otro contra las garantías constitucionales o legales del derecho a la intimidad (art. 536 CP), como los que aquí son inicialmente objeto de investigación, no se requiere mayor actividad acreditativa de los hechos respecto de su posible relevancia jurídico penal, ni resulta por ello oportuna una mayor prolongación de las actuaciones, dilatándolas innecesariamente con la práctica de las declaraciones interesadas reiteradamente por la representación del querellante, toda vez que, como queda dicho, ya se ha alcanzado la necesaria acreditación de lo realmente acontecido, así como la formación suficiente de criterio en lo relativo a la trascendencia jurídico penal de los hechos investigados.

Por lo que ha de insistirse en la improcedencia de la práctica de las declaraciones del miembro del Ministerio Fiscal y de los funcionarios de la AEAT y policiales que nuevamente se interesan en el último de los escritos presentados por la representación del querellante.

SEGUNDO.- Los hechos acreditados, sucintamente descritos a los efectos y en los extremos que aquí interesan, ateniéndonos al ámbito al que se contrae la admisión a trámite de la Querella acordada por la Sala y confirmando esencialmente los que, en su momento, constituían el soporte fáctico de aquella, son los siguientes:

"La querellada, Ilma. Sra. Magistrada D^a Gloria, en su condición de Instructora y a solicitud de la Policía Judicial y de la AEAT, en el seno de las Diligencias Previas nº 17/2006 seguidas por supuestos delitos de prevaricación administrativa y malversación de fondos públicos ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dada la condición de aforados de esa Comunidad Autónoma de alguno de los imputados en dicha Causa, autorizó, mediante Auto de fecha 5 de Octubre de 2007 , la grabación sonora de la comunicación que el querellante, investigado con motivo de las referidas actuaciones, mantendría en dependencias penitenciarias y dentro del régimen de comunicaciones "vis a vis", con su pareja sentimental, interna como presa preventiva en ese establecimiento por causa de procedimiento penal distinto del instruido por la querellada.

Dicha grabación, considerada por D^a Gloria procedente para obtener conocimiento de las posibles confidencias que el querellante pudiera hacer a su compañera sentimental en relación con los hechos que se investigaban, tal como Desiderio había adelantado a ésta que haría en una conversación telefónicas interceptada por la Policía previamente, en la tarde del día 28 de Septiembre, fue llevada a cabo, en efecto, el día 7 de Octubre siguiente, mediante la utilización de medios tecnológicos de grabación del sonido dispuestos en el lugar donde el encuentro iba a tener lugar."

TERCERO.- Una vez concretados, por tanto, los hechos que se tienen por ciertos como resultado de esta investigación, y a los solos efectos de la misma, a fin de concluir si pueden integrar los delitos objeto de Querella, se hace preciso, a continuación, comenzar describiendo los elementos de tales figuras delictivas.

Así, la Jurisprudencia tiene dicho con reiteración (vid., por ej. y entre muchas otras, las SsTS de 26 de Febrero de 2002 , 28 de Junio de 2004 y 3 de Febrero de 2009), respecto del delito de prevaricación judicial, que el mismo se integra por los siguientes elementos típicos:

1º. Uno objetivo, consistente en que la autoridad judicial, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, dicte una «Resolución injusta».

2º. Y otro subjetivo, exigido con la expresión «a sabiendas», que asimismo se repite en los diversos delitos de prevaricación dolosa y que no es sino la inclusión expresa, en los correspondientes tipos penales, del dolo como requisito necesario en esta clase de infracciones, desde el punto de vista de la consciencia del carácter antijurídico de la conducta previa al de la intencionalidad infractora, que aquí se incorpora expresamente en las respectivas definiciones legales para poner de manifiesto la necesidad de que el autor de estos tipos delictivos ha de actuar con pleno conocimiento del carácter injusto de la Resolución que dicta.

Por consiguiente, no ofreciendo, en general, problema de interpretación ni aplicativo alguno el carácter de "Resolución" de la decisión adoptada, especialmente en los supuestos de la actuación judicial que consistan en un pronunciamiento adoptado en el ejercicio de la función jurisdiccional (arts. 244 y ss. LOPJ y SsTS de 24 de Junio de 1998 y 15 de Febrero de 2006 , entre otras), la primera de las cuestiones verdaderamente complejas a dilucidar y que por otra parte suele constituir el núcleo esencial de la mayor parte de los enjuiciamientos de esta clase, será la de establecer si nos hallamos realmente ante una Resolución "injusta", en los términos y con el significado que doctrinalmente se viene otorgando a un calificativo semejante en referencia al delito de prevaricación, y que, obviamente, no puede equipararse de forma automática y genérica a cualquier decisión no ajustada a Derecho, toda vez que ello supondría no sólo una interpretación extraordinariamente exorbitante del tipo penal objeto de análisis sino que resultaría, además, contraria al fundamento y razón de ser de la previsión penal de esta figura, cuya finalidad no puede suponer el reproche, en todo caso, de las decisiones que no se acomodan al sentido de la Ley, sino exclusivamente la sanción punitiva para aquellos casos en los que la gravedad de la incorrección del pronunciamiento atente contra las bases mismas del Estado de Derecho, al advertir que el integrante del Poder judicial actúa anteponiendo su criterio personal al mandato claro de la norma, con desprecio por consiguiente de ésta, en materia que por su relevancia conlleva un grave atentado contra el ordenamiento jurídico.

De este modo, como nos recuerda la STS de 28 de Junio de 2004 , semejante elemento objetivo se viene requiriendo por la Jurisprudencia de esta Sala, ya desde tiempos remotos (SsTs de 14 de Febrero de 1891 o 21 de Enero de 1911), de forma claramente rigurosa, pues sólo cabe prevaricación, cualquiera que sea su clase (judicial o administrativa) o incluso su modalidad de comisión (dolosa o culposa), cuando de modo claro y evidente, sin posibilidad de duda alguna al respecto, la Resolución de que se trate carece de toda posible explicación razonable, es decir, cuando es a todas luces contraria a Derecho, porque su contenido, aún en el supuesto de más favorable interpretación de la norma aplicable al caso o de la valoración de las pruebas existentes, no se compadece con lo ordenado por la Ley, pudiendo referirse tal ilegalidad así calificada tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba.

Y así, esta Sala utiliza con frecuencia las expresiones, atribuidas al significado de la decisión contenida en la Resolución, de *"...patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico..."* , *"...tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera..."* y otras calificaciones semejantes, que ponen de relieve que no basta, para integrar el delito, una mera irregularidad o incorrección que pudiera entenderse más o menos justificable con algún modo razonable de interpretar los hechos o la norma jurídica, lo que tendría sus posibilidades lógicas de corrección en el ámbito de los Recursos propios

del caso, reservando al Derecho Penal, conforme al principio de "intervención mínima", aquellos otros supuestos de tan flagrante ilegalidad que quede de manifiesto la irracionalidad de la Resolución de que se trate (en este sentido y entre muchas otras las SsTS de 20 de Abril , 10 y 14 de Julio , 6 y 13 de Octubre y 14 de Noviembre de 1995 , etc.). Se trataría, por consiguiente, de aquellos casos en los que se aprecia *"...un plus respecto de la mera ilegalidad..."* (STS de 3 de Febrero de 2009).

En conclusión, los diferentes delitos de prevaricación, y en concreto la judicial, exigen en primer lugar y dentro del elemento objetivo de esta clase de ilícitos, la absoluta notoriedad en la injusticia, lo que no concurre cuando se trata de apreciaciones que, aunque fueran susceptibles de revelarse como incorrectas, en mayor o menor grado, podrían resultar discutibles en Derecho, pues la esencia de esta infracción no es otra que la del *"...abuso de la posición que el Derecho otorga al Juez, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales..."* ya que *"...este delito no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes en el proceso, sino en la vulneración del Estado de Derecho al quebrantar la función judicial de decidir aplicando el derecho"* (STS de 15 de Octubre de 1999).

El sentido antijurídico de la Resolución será en tales ocasiones demostrativo *"...del apartamiento de la función que corresponde al Juez en el Estado de Derecho según los arts. 117.1 y 103.1 de la Constitución "* (STS de 15 de Octubre de 1999), haciendo por ello *"...necesarias las exigencias de responsabilidad penal del juez como correlato o contrapeso que garantiza la libertad de responsabilidad y, de esta manera, la independencia"* (STS de 3 de Febrero de 2009).

"En un sistema democrático como el regulado en la Constitución española, el Poder judicial se legitima por la aplicación de la ley a la que está sujeto, y no por la simple imposición de sus potestades. De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de aplicación de la ley, actúa solo su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver, y prescindiendo de todos los métodos de interpretación admisibles en derecho, acoge un significado irracional de la norma, sustituyendo así el imperio de la ley por un acto contrario de mero voluntarismo" (STS de 9 de Febrero de 2012).

Esta y no otra, es decir, la imposición del criterio personal del Juez sobre el sentido evidente de la norma o del ordenamiento jurídico en su conjunto incluyendo los principios que lo rigen, ha de ser, por tanto, la perspectiva correcta desde la que se han de valorar los hechos a la hora de decidir acerca de la existencia de un delito de prevaricación judicial.

Pero, junto con lo anterior y conforme ya se ha dicho, otro aspecto igualmente esencial al que ha de atenderse a la hora de interpretar el alcance típico de la "injusticia" de la Resolución, es el de la entidad y trascendencia del efecto que la grave incorrección jurídica causa en los valores consagrados en la norma que se transgrede con la Resolución examinada.

A tal respecto resulta igualmente exigible que esa transgresión se lleve a cabo en relación con derechos, intereses o valores de verdadera y relevante trascendencia jurídica, entre los que figuran de manera muy significativa, los relativos a derechos de rango constitucional, máxime si los mismos sufrieren un daño o perjuicio pleno en su extensión, definitivo en su duración e insubsanable de cara a una eventual reparación posterior (vid. a este respecto la notable STS de 9 de Febrero de 2012 , referente a un supuesto de conculcación absoluta del derecho de defensa de un preso preventivo).

En relación con todo lo que precede y dentro ya del elemento subjetivo de este tipo, la expresión "*a sabiendas*", contenida en la literalidad del precepto, ha de ser entendida como "*...la plena conciencia del carácter injusto de la Resolución...*" (STS de 28 de Junio de 2004), "*...la conciencia de estar dictando una Resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en Derecho...*" (STS de 26 de Febrero de 2002).

Para concluir, debe recordarse que el análisis de este elemento del tipo penal ha de huir, lógicamente, de una interpretación subjetiva del mismo pues "*La determinación de la injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que, en clave estrictamente objetiva, merezca tal calificación...*" (STS de 26 de Febrero de 2002), toda vez que, como ya se vio, la "injusticia" ha de ser valorada independientemente de cuál fuere la convicción del Juez, ya que "*La conciencia del Juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la Ley porque ello conduce en definitiva a convertir la conciencia del Juez en la Ley para resolver el conflicto y tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho*" (STS de 3 de Febrero de 2009).

CUARTO.- Pues bien, aplicada la anterior doctrina al relato de hechos previamente consignados, hemos de concluir en la inexistencia de los aludidos delitos de prevaricación judicial (art. 446 CP) y contra las garantías constitucionales del derecho a la intimidad (art. 536 CP) por las siguientes razones.

Resultando incuestionable que nos hallamos, en efecto, ante una "Resolución judicial", como es el Auto por el que se acordó la escucha y grabación de las conversaciones mantenidas en el Centro Penitenciario por el investigado con una interna en éste, dentro de sus dependencias, en concreto en la destinada al encuentro "vis a vis" entre ambos, no puede sostenerse, por el contrario, que dicha Resolución incorpore el elemento de "injusticia", entendido en los términos y con el alcance ya vistos, como requisito necesario para afirmar la presencia de la conducta prevaricadora.

Sin embargo, para un análisis correcto de la cuestión hay que comenzar advirtiendo que, en el presente caso, son dos los posibles derechos afectados, diferentes ambos tanto por su distinta titularidad como por su diferente régimen de protección: el secreto de las comunicaciones que ampara al querellante y aquel que le corresponde a la interna en el Centro penitenciario.

En efecto, desde la perspectiva del querellante es obvio que la Autoridad judicial, de acuerdo con lo previsto expresamente en el artículo 18 de nuestra Constitución , está facultada, en el curso de una investigación seguida con apoyo en la existencia de vehementes y fundadas sospechas de la comisión de graves delitos como la de referencia, para acordar diligencias que supongan incluso una importante injerencia en derechos de tanta trascendencia como el del secreto de sus comunicaciones realizadas, de manera expresa pero no exclusiva visto el término "*en especial*" que precede a su cita en el texto constitucional, a través del correo postal, el telegráfico o la telefonía.

En este sentido, el Tribunal Supremo de España, el Constitucional y el Europeo de Derechos Humanos coinciden en afirmar tanto el carácter no ilimitado ni absoluto de los derechos fundamentales, desde un punto de vista genérico (STS de 3 de Octubre de 2007 , etc.), como la posibilidad de su allanamiento legal, sin violencia de los principios en los que se inspira la Democracia y el propio Estado de Derecho, para combatir peligros como aquellos atentados a los más importantes bienes jurídicos merecedores de protección, constitutivos de la comisión de graves infracciones de carácter penal, que suponen una intolerable agresión a la paz social, la convivencia y el ordenamiento jurídico. O, dicho en términos de

la reiterada doctrina del TEDH (ya desde su Sentencia de 6 de Septiembre de 1978, caso Klass), siempre que tal medida *"...en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la **prevención del delito**, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos o las libertades de los demás"* (vid., por ej., también la STS de 6 de Marzo de 2006 , entre muchas otras).

En el presente caso, si bien no puede sostenerse que exista una específica y expresa cobertura legal que habilite a la querellada para adoptar la decisión que aquí se cuestiona como delictiva, dada la defectuosa e incompleta regulación nacional vigente en la actualidad a este respecto, ello no sólo no supone que dicha conducta haya de ser considerada automáticamente como ilícita, cuando por otro lado nuestro ordenamiento procesal habilita con carácter general al Juez Instructor para la práctica de toda clase de diligencias que fueren necesarias para averiguar y hacer constar la perpetración del delito, sus autores, etc. (arts. 299 y 777.1 LECr), siempre que no supongan un exceso contrario a Derecho en el ejercicio de sus funciones, y, en concreto, la intervención de las comunicaciones, *"en especial"* (no exclusivamente) las que se realizan a través de la telefonía o la correspondencia postal o telegráfica (arts. 18.3 CE y 579 y ss. LECr), sino que incluso, tal indeterminación legal y, por ello, la eventual interpretación alternativa del uso de semejantes actuaciones, dificulta claramente la posibilidad de la calificación como prevaricadora de una Resolución que no puede ser considerada como interpretación contraria ni torcida de una específica norma inexistente.

En este ámbito, restringido al caso del querellante, resulta obvia la improcedencia de apelar a las previsiones contenidas en la Ley General Penitenciaria, ni en su Reglamento, a propósito de las posibilidades de interceptación de las comunicaciones mantenidas en prisión por los internos con sus allegados (arts. 51 LGP y 46 y 47 RP), pues tales disposiciones se refieren a las facultades de las que disponen los responsables del establecimiento, no el Juez de Instrucción, con la finalidad de preservar el régimen del mismo, no con la de investigar determinados delitos, y respecto de los derechos de los que son titulares los internos en dicho lugar, no cuando se trate de los de otras personas terceras, como es el caso del aquí querellante, sometido a investigación por su presunta participación en la comisión de un delito y en situación de libertad.

Estaríamos en este supuesto, por consiguiente, ante una intervención de las comunicaciones entre el investigado y su pareja sentimental que, aunque afecte evidentemente a su intimidad y de un modo sin duda especialmente relevante por referirse al ámbito de sus relaciones sexuales, no difiere de las características, e incluso en ocasiones hasta de los contenidos, en que pueden ser interceptadas y desveladas tales comunicaciones en otras posibles "escuchas" como, por ejemplo, las telefónicas genéricas, acordadas al amparo del artículo 18.3 de nuestra Constitución y del 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hoy vigente, que no prevén límites, en este sentido, respecto de la posible afectación de la intimidad relativa a las relaciones sexuales.

Por lo que en realidad no se advierte que la Resolución autorizante de tal intervención de las comunicaciones pueda ser considerada delictiva, por vulnerar, infundada y gravemente, las disposiciones contenidas en nuestro ordenamiento jurídico, en lo que al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del querellante se refiere, más aún si se tiene en cuenta que este mismo Tribunal ya consideró en su día (STS de 2 de Junio de 2007), por criterio mayoritario de los integrantes de la Sala compuesta para aquella ocasión, plenamente correcta la decisión del Instructor que autorizó la instalación de instrumentos para la grabación de las comunicaciones orales mantenidas por dos detenidos en dependencias policiales, rechazando la alegación de falta de habilitación legal expresa para

ello y de desproporcionada injerencia en los derechos fundamentales de los investigados, incluidos el del secreto de sus comunicaciones y a la intimidad, en referencia no ya a la posible existencia de un delito de prevaricación respecto de la autorización judicial concedida que en aquellas actuaciones no era objeto de enjuiciamiento, sino para reconocer incluso pleno valor probatorio a los resultados y a la información obtenidos por semejante procedimiento.

Lo que, en definitiva, nos lleva a descartar el que podamos hallarnos en esta ocasión ante aquella interpretación y aplicación de la norma de tan *"...patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico..."* que en modo alguno pueda ser compartida por nadie, tal como exigiría la presencia del delito de prevaricación judicial, al menos por lo que a los derechos de Desiderio respecta, puesto que la Resolución analizada no excedió, desde la concreta perspectiva del querellante, los límites establecidos para autorizar y llevar a cabo la intervención de sus comunicaciones, una vez apreciada igualmente la concurrencia indudable de los requisitos de especialidad, necesidad, proporcionalidad y suficiente motivación que, en cualquier supuesto de investigación de un hecho criminal, genéricamente se exigen.

QUINTO.- Distinto, sin embargo, es lo que acontece con la injerencia que se produce en los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de la pareja sentimental del querellante, que se encontraba presa en el Centro penitenciario en el que la intervención de las comunicaciones analizada se produce y que era, al menos en ese momento, ajena a la investigación en el seno de la cual la autorización de la Instructora se decide.

En principio, pudiera sostenerse que, al hallarse privada de libertad y siendo su única posibilidad de mantener relaciones sexuales íntimas aquellas que se le autoricen de acuerdo con la normativa penitenciaria y en las dependencias especiales destinadas a tal efecto, existiría una específica obligación, por parte del Estado, de preservar, en tales circunstancias, el ámbito íntimo de la reclusa, salvo en los casos y por las razones expresamente previstas en la legislación especial al respecto (art. 51 LGP).

Pero si advertimos que cualquier proceso comunicativo precisa de la participación de, al menos, dos personas, de las que una de ellas con frecuencia es ajena al delito investigado por cuya causa se acuerda judicialmente la interceptación, llegaremos a la conclusión de que, sin perjuicio de la valoración que pudiera hacerse, en orden a criterios de proporcionalidad, acerca de la eficacia procesal de una prueba así obtenida, que aquí en modo alguno nos compete, lo evidente es que no estamos ante una irregularidad que llegue a suponer la conducta prevaricadora de quien adopta una decisión de tal modo "injusta" que con ella subvierte las bases mismas del ordenamiento jurídico con el alcance y significado de verdadera suplantación de un mandato legal por la voluntad personal del titular del órgano jurisdiccional, con incumplimiento de una norma jurídica concreta que resulta así postergada que, como hemos visto, es en lo que ha de consistir, más allá de la simple decisión jurídicamente incorrecta, la acción prevaricadora.

En efecto, como con reiteración se ha dicho en la doctrina, tanto de esta Sala como en las del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la intimidad y el del secreto a las comunicaciones que de aquel se deriva con una especial y más severa protección, propios del interno en un Centro penitenciario, son susceptibles, en ciertos supuestos, de una mayor restricción, entre otras razones por la propia previsión de la legislación penitenciaria, pues el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas internas en centros penitenciarios no es, sin más, el constitucionalmente declarado en los términos del artículo 18.3 de nuestra Constitución, sino el procedente en virtud de la interpretación sistemática de este precepto en relación con el artículo 25.2 de la Norma

Suprema y que resulte de su configuración por el Legislador, en el supuesto de que por la ley penitenciaria se hayan establecido limitaciones específicas del mismo y sin perjuicio de que esos límites se encuentren, a su vez, sometidos a sus propios presupuestos de constitucionalidad (vid. STC 15/2011).

Decía ya, a este respecto, un precedente tan antiguo como la STEDH de 21 de Febrero de 1975 (caso "Golder vs. UK "), en relación con la intervención de la correspondencia de la persona presa, que *"La defensa del orden y la prevención de infracciones penales, por ejemplo, pueden justificar interferencias más amplias en relación con un recluso que con una persona en libertad."*

En tal sentido recordemos cómo el artículo 51.5 de la Ley General Penitenciaria habilita incluso al Director del Centro, por razones de seguridad, buen orden del establecimiento o del interés del tratamiento, con el único requisito de la motivación suficiente y ulterior comunicación a la Autoridad judicial, para intervenir las comunicaciones, tanto escritas como orales, que pudieran mantener los internos con las personas de su círculo familiar o de amistad. Comunicaciones de las que no sólo no quedan excluidas las que pudieran ser consideradas más íntimas, como las que se conocen como "vis a vis", sino que precisamente el precepto que se refiere a estas últimas, artículo 53 de la Ley General Penitenciaria , contiene una remisión expresa al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 51, en el que se alude en concreto a las anteriores posibilidades de restricción.

A diferencia, por supuesto, del régimen aplicable a las comunicaciones de los internos con Abogados y Procuradores, a las que expresamente se refiere el propio artículo 51 citado, en su apartado 2, estableciendo una clara distinción respecto de las comunicaciones con otros allegados como la que aquí nos ocupa, por su especial trascendencia en orden a otros derechos, más allá de los de la intimidad y al secreto de las comunicaciones genéricos, especialmente el de defensa, que debe prevalecer ante todo y sin que en este caso el fin, por importante que fuere, permita justificar el uso de estos instrumentos de investigación, como tan acertadamente se expuso en la STS de 9 de Febrero de 2012 , con cita, entre otros argumentos, de los expuestos por el propio TEDH en su Sentencia de 13 de Marzo de 2007 (caso "Castravet vs. Moldavia "), al afirmar: *"...una injerencia en el privilegio abogado-cliente, y por ende, en el derecho del detenido a la defensa, no exige necesariamente que tenga lugar una interceptación real o una escucha subrepticia. Una creencia genuina, basada en indicios razonables de que su conversación está siendo escuchada, puede ser suficiente, desde el punto de vista del Tribunal, para limitar la efectividad de la asistencia que el abogado pueda proporcionar. Tal creencia inhibiría inevitablemente la libertad de discusión entre el abogado y el cliente, y vulneraría el derecho del detenido a rebatir de forma efectiva la legalidad de su detención".*

Evidentemente no nos encontramos aquí ante uno de tales supuestos, ni el de la intervención de comunicaciones acordada por el Director del establecimiento ni el que afecta a las que mantienen los presos con sus defensores o representantes procesales, pues, como repetidamente se ha dicho, la decisión en este caso fue adoptada por la Instructora judicial, respecto de una comunicación entre la presa y su pareja afectiva y en el seno y con la finalidad propios de una investigación llevada a cabo en relación con graves hechos delictivos, pero lo interesante a nuestros efectos es señalar cómo, si se permite la injerencia acordada por la Administración penitenciaria en la intimidad y las comunicaciones del privado de libertad, con la motivación y finalidad expuestas, no puede afirmarse, cuando menos, que resulte descabellado ni exorbitante, cualquiera que sea el grado de aceptación que ello merezca acerca de la correcta interpretación de nuestro ordenamiento en esta materia, considerar que semejante injerencia también le está permitida a la Autoridad judicial en el curso de la Instrucción de un procedimiento penal, máxime cuando la lesión

del derecho de la presa se produce tan sólo como consecuencia inevitable de la finalidad investigadora relativa a su comunicante, de modo que las exigencias dichas de especialidad, necesidad, proporcionalidad y fundamentos suficientes para ello subsisten también respecto de la interna en el Establecimiento, como derivación de su concurrencia en el seno de las actuaciones en las que se acuerda la intervención de referencia.

SEXTO.- Razones todas las expuestas por las que ha de llegarse a la conclusión, en definitiva, de que no existe el elemento objetivo de "injusticia" prevaricadora en la Resolución dictada, con lo que así mismo queda automáticamente obviado el análisis relativo a la presencia, o no, del elemento subjetivo de la infracción, es decir, el de que la referida Resolución fuera dictada "a sabiendas" de dicha supuesta "injusticia" que en el presente caso no concurre.

Lógicamente, a su vez, la segunda de las infracciones que el querellante imputa, a saber, el delito contra las garantías constitucionales del derecho a la intimidad (art. 536 CP), necesariamente vinculado a la "injusticia" de la decisión judicial de la que la injerencia en el derecho fundamental trae causa, como consecuencia de todo lo dicho anteriormente, ha de tenerse igualmente por inexistente, de nuevo sin perjuicio de la trascendencia que a los efectos de la validez probatoria de la información obtenida a partir de la autorización otorgada por la Instructora haya de darse, en la sede y por el órgano competente para un tal pronunciamiento.

Por lo que, en definitiva, procede acordar el sobreseimiento al que se refiere la ordinal 1ª del artículo 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en la forma del "sobreseimiento libre" previsto en el artículo 637.2º del mismo Cuerpo legal , al no ser el hecho investigado constitutivo de delito alguno, con el correspondiente archivo definitivo de las presentes actuaciones y demás efectos que una tal decisión conlleva.

Y obviamente, por otra parte, declarando así mismo, con base en los argumentos expuestos y en esta conclusión de sobreseimiento de las presentes actuaciones, la improcedencia de la adopción de la medida cautelar real interesada por la representación del querellante en orden a *"...la retención y conservación de todos los soportes en los que se encuentren recogidas las grabaciones y transcripciones de las relaciones sexuales del querellante que son objeto de querella"* , sin perjuicio de la decisión que a este respecto pudiera adoptarse acerca de la exclusión y borrado de los minutos 16'46" a 47'00" de las grabaciones obtenidas, con fundamento en la absoluta carencia de interés de las mismas para la investigación de los hechos que motivaron el procedimiento en el que las grabaciones de referencia se acordaron, como la propia Policía informó en su día. Decisión que, en todo caso, corresponderá, si así lo considerase oportuno para mejor preservar los contenidos propios y exclusivos de la intimidad de las relaciones sexuales de los comunicantes de tal modo irrelevantes para la acreditación de los hechos investigados, a la Instructora de aquella Causa.

Debiendo finalmente notificarse esta Resolución, además de al Fiscal y a las restantes partes personadas, a Dª Camila, por el posible perjuicio que, a su juicio, pudiera con ella causársele, de acuerdo con lo expuesto en el anterior Razonamiento Jurídico y en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 779.1 1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , a fin de que disponga de la posibilidad de ejercitar las acciones que a su derecho convengan contra la decisión que aquí se adopta.

En consecuencia,

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO:

1º La inadmisión de las diligencias probatorias propuestas por la representación del querellante en su escrito de fecha 22 de Noviembre de 2012.

2º Declarar la improcedencia de la adopción de medida cautelar real interesada por dicha representación en el referido escrito.

3º El sobreseimiento libre y archivo definitivo de las presentes actuaciones, con los efectos que le son propios a una tal Resolución, por no constituir los hechos objeto de Querella ninguno de los delitos de prevaricación judicial y contra las garantías constitucionales del derecho a la intimidad que en la misma se imputaban a la querellada Ilma. Sra. Magistrada D^a Gloria.

4º La notificación de este Auto, además de al Fiscal y a las restantes partes personadas, a D^a Camila, afectada por la misma.

Contra la presente Resolución cabe Recurso de Reforma, en el plazo de tres días desde su notificación, y subsidiario de Apelación, en el de diez días, ante el Tribunal constituido a tal efecto en esta Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Así lo acuerda y firma el Excmo. Sr. Instructor, D. José Manuel Maza Martín de lo que como Secretaria certifico.