

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID  
- SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

**AUTO N.º 28/2010**

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Emilio Fernández Castro

D. José Manuel Suárez Robledano

En Madrid, a veinticinco de marzo del dos mil diez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Magistrado del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de Madrid dictó, en las Diligencias Previas n.º 275/2008, los siguientes Autos.

\* Auto de fecha 19 de febrero de 2009, que dispuso;

1º. 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 el 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 período 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 el 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 período 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 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 ese 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 ese 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 prórroga, 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.

\* Auto de fecha 20 de marzo de 2009, que dispuso:

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 el 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 período 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 el 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 período comprendido de las comunicaciones personales por un período 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 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 ese 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 ese 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 prórroga, 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.

\* Auto de fecha 27 de marzo de 2009, que acordó:

Excluir de esta pieza las transcripciones de las conversaciones mantenidas entre los imputados Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris y Antoine Sánchez y sus Letrados y que se refieren en exclusiva a estrategias de defensa.

**SEGUNDO.-** Asumida por esta Sala de lo Civil y Penal la competencia para el conocimiento de la causa y designado Magistrado Instructor, tras alzarse parcialmente por auto de 28 de septiembre de 2009 el secreto de las actuaciones, las representaciones procesales de Don José Luis Izquierdo López y Don Javier Nombela Olmo interpusieron, mediante escritos presentados, respectivamente, el 18 y 20 de octubre del 2009, recurso de reforma y subsidiario de apelación contra esos autos, a los que se adhirieron las representaciones procesales de Don Carlos Clemente Aguado, Don Francisco Correa Sánchez, Don Antoine Sánchez, Don Andrés Bernabé Nieto, Don Arturo González Panero, Don Alfonso García- Pozuelo Asins, y oponiéndose al mismo el Ministerio Fiscal y la Asociación de Abogados Demócratas por Europa (ADADE).

**TERCERO.-** Desestimado el recurso de reforma por auto del Magistrado Instructor de fecha 27 de enero del 2010, en el mismo auto se acordó dar traslado a los recurrentes por un plazo de 5 días para que formularan alegaciones a los efectos del artículo 766.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; traslado que contestó la representación procesal de Don Javier

Nombela Olmo y de Don José Luis Izquierdo López, reiterando las pretensiones de su recurso, al que nuevamente se adhirieron las representaciones procesales de Don Carlos Clemente Aguado, Don Francisco Correa Sánchez, Don Pablo Crespo Sabaris, Don Alfonso Bosch Tejedor, Don Álvaro Pérez Alonso, Don Cándido Herrero Martínez y Don Adrián Senín Rico, y Don Alberto López Viejo.

**CUARTO.-** Simultáneamente a esos recursos, interpusieron directamente recurso de apelación contra los indicados autos las representaciones procesales de los siguientes imputados: Don Francisco Correa Sánchez (escrito presentado el 14 de octubre del 2009), Don Manuel Delgado Solís y Don Antonio López Rubal (escrito presentado el 23 de octubre del 2009), Don Antoine Sánchez (escrito presentado el 26 de octubre del 2009, aclarado por otro de 27 de octubre), Don Pablo Crespo Sabaris (escrito presentado el 26 de octubre del 2009), Don Alberto López Viejo (escrito presentado el 27 de octubre del 2009), Don Jacobo Gordon Levenfeld (escrito presentado el 27 de octubre del 2009), Don Alfonso Bosch Tejedor (escrito presentado el 27 de octubre del 2009), Don Carlos Clemente Aguado (escrito presentado el 28 de octubre del 2009), Don José Luis Ulibarri Comerzana (escrito presentado el 28 de octubre del 2009), Don Benjamín Martín Vasco (escrito presentado el 18 de diciembre del 2009), y Don Guillermo Ortega Alonso (escrito presentado el 18 de diciembre del 2009).

**QUINTO.-** Admitido a trámite el recurso por providencia de 28 de diciembre del 2009, se dio traslado del mismo a las partes personadas, adhiriéndose a los recursos formulados por los demás, Don José Luis Ulibarri Comerzana, Don Carlos Clemente Aguado, Don Francisco Correa Sánchez, Don Andrés Bernabé Nieto, Don Alfonso García-Pozuelo Asins, Don Antoine Sánchez, Don Jacobo Gordon Levenfeld, Don Álvaro Pérez Alonso, Don Manuel Delgado Solís y Don José Antonio López Rubal, Don Cándido Herrero Martínez y Don Adrián Senín Rico, Don Ginés López Rodríguez, Don Pablo Crespo Sabaris, Don Benjamín Martín Vasco, Don Guillermo Ortega Alonso, Don Cesar Tomás Martín Morales y Don Arturo González Panero, así como los demás apelantes a los recursos de los demás. Por el contrario, tanto el Ministerio Fiscal como la representación procesal de la ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DEMÓCRATAS POR EUROPA (ADADE), se opusieron a los recursos.

**SEXTO.-** Remitido a este Tribunal testimonio de particulares para la sustanciación del recurso, se designó ponente conforme a las normas de reparto aprobadas por la Sala de Gobierno y se señaló para comienzo de la deliberación el 10 de marzo de 2010, a las 10 horas, quedando finalmente visto para resolución, una vez realizada la deliberación por los citados Magistrados, si bien, al discrepar el Magistrado Ponente inicialmente designado -el Ilmo. Sr., Don José Manuel Suárez Robledano- con la decisión mayoritaria, de conformidad con el artículo 206 de la Ley Orgánica del Poder Judicial declinó la redacción de la resolución, anunciando la formulación de voto particular, por lo que, en aplicación de las normas de reparto vigentes en esta Sala, le correspondió tal redacción al Presidente del Tribunal.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente D. Francisco Javier Vieira Morante, quien expresa el parecer mayoritario del Tribunal.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Los autos impugnados recurridos en apelación son, como expresan los antecedentes de hecho precedentes, aparte del auto del Magistrado Instructor de esta Sala de fecha 27 de enero del 2010, resolutorio de un recurso de reforma, tres autos que dictó en las presentes actuaciones el Juez Central de Instrucción número cinco de la Audiencia Nacional los días 19 de febrero y 20 y 27 de marzo del pasado año 2.009, dictados antes de asumir esta Sala la competencia para el conocimiento de la causa:

1. El primer auto, de 19 de febrero del año 2.009, pone de manifiesto en sus antecedentes de hecho que las actuaciones seguidas tienen por objeto la investigación de las presuntas actividades delictivas perpetradas por un grupo de personas liderado por Francisco Correa Sánchez y en el que actuaban, en inmediata relación de jerarquía respecto de él, Pablo Crespo Sabaris y Antoine Sánchez, así como otras personas imputadas en la causa; grupo que tendría como principal finalidad, a lo largo del tiempo y como mínimo en los últimos 10 años, la realización de actividades de organización de eventos para captar negocios y por ende 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. Se añade en tal resolución que dichas tres personas mencionadas estaban desde el día 12 del mismo mes en situación de prisión preventiva a disposición del Juzgado actuante.

En su primer fundamento jurídico expresa el auto que los hechos que se imputan a los tres presos citados podrían integrar, en cuanto a los dos primeros, un delito de blanqueo de capitales, otro de defraudación fiscal, varios de falsedad, múltiples de cohecho, otro de asociación ilícita y diversos de tráfico de influencias, y en cuanto al tercero, uno de blanqueo de dinero y varios de falsedad.

El párrafo inicial del segundo fundamento de derecho indica que la necesidad de poder determinar con exactitud todos los extremos de las ilícitas actividades de los tres imputados y el grado de participación que pudieran tener en el grupo organizado otras personas, investigación que se estimaba compleja, hacía precisa la intervención de las conversaciones orales y escritas de los tres internos antedichos.

El segundo párrafo, valorando que en la supuesta actividad delictiva, “pueden haber intervenido letrados y que los mismos aprovechando su condición pudiesen actuar como “enlace” de los tres mencionados con personas del exterior”, entendía que era 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”. No se expresaba, sin embargo la concreta identidad de ninguno de los abogados a que se hacía referencia.

En el tercer párrafo relataba que el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria distinguía entre las comunicaciones “generales” de los internos con otras personas, cuya intervención podía ser acordada por el director del centro penitenciario, y las “particulares” de aquéllos con sus letrados, cuya intervención sólo podía ser dispuesta por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

Finalmente, el cuarto apartado indicaba que para la intervención de tales conversaciones debería seguirse el mismo procedimiento de grabación, intervención, escucha y conservación de otras medidas del mismo carácter que habían sido acordadas antes en la causa, si bien, ante las dificultades técnicas que pudiesen surgir, se acordaba autorizar igualmente para intervenir a los funcionarios del centro penitenciario.

Con esta motivación, se ordenaba, ante todo, la intervención general de las comunicaciones orales y escritas de los tres internos antes referidos “por un periodo comprendido desde el 19.02.09 hasta el 20.03.09”.

Se venía a acordar, en segundo lugar, 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 cualquiera otros donde se trasladen, por un periodo comprendido desde el 19.02.09 hasta el 20.03.09”.

En la tercera disposición se autorizaba a los funcionarios de Instituciones Penitenciarias a grabar las conversaciones, pero no a escucharlas.

Se requería seguidamente “a la Unidad encargada de la investigación a remitir al Juzgado las transcripciones mas 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”. Se ordenaba después la remisión de actas quincenales en que se hiciera constar la identidad de los funcionarios actuantes, los resultados obtenidos y las razones que aconsejen el mantenimiento de la medida.

Se decidía después que la Unidad actuante debía poner “en inmediato conocimiento del Juzgado la comisión de un delito distinto de aquél para el que en un principio se concede la observación.” Finalmente, se impartían instrucciones sobre una eventual solicitud de prorrogar la medida y se ordenaba librar los despachos que fueren pertinentes para su ejecución 2. El segundo de los autos recurridos, de 20 de marzo del año 2.009, ordena la prórroga de la medida anterior por el periodo comprendido desde el 20.03.09 hasta el 20.04.09.

Su contenido es igual al del auto anterior, si bien omitiendo toda mención al letrado Sr. López Rubal; sustituido en los primeros días del mes de marzo por otro abogado, tras haber puesto de manifiesto el propio Juzgado a los imputados en prisión de la posible incompatibilidad a consecuencia de la imputación de ese Letrado. Otra diferencia de este auto respecto al precedente es que en esta segunda resolución se hace mención a que “la Fuerza Actuante ha presentado oficio con el nº 25917/ 09 aportando la transcripción de las conversaciones telefónicas intervenidas de interés y solicitando la PRORROGA de dicha intervención de las comunicaciones de los imputados indicados”.

3. El tercero de los autos, de 27 de marzo de 2.009, consta dictado a raíz de un escrito presentado por el Ministerio Fiscal el 20 de marzo y en su parte dispositiva acuerda “Excluir de esta pieza las transcripciones de las conversaciones mantenidas entre los imputados Francisco CORREA SÁNCHEZ, Pablo CRESPO Sabaris y Antoine SÁNCHEZ y sus Letrados y que se refieren en exclusiva a estrategias de defensa”.



**SEGUNDO.-** Las alegaciones que contienen los diversos escritos presentados por las partes pueden resumirse en las siguientes:

a) Defensa de Don Francisco Correa Sánchez: en su escrito de interposición de recurso de apelación directo, alega la inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor; infracción del artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP); defecto en la motivación de los autos que acordaron la intervención de las comunicaciones al utilizar afirmaciones genéricas, sin reseñar datos objetivos en los que basar los indicios de intervención de letrados en la organización delictiva, ni siquiera las razones particulares por las que un determinado letrado puede actuar en la forma que indica el auto; y ausencia de motivos para prorrogar las intervenciones, a la vista del contenido de las conversaciones grabadas por la policía. Y solicita la nulidad de todas las actuaciones practicadas a partir del 19 de febrero, subsidiariamente la de las que componen la pieza separada de intervención de las comunicaciones Tomo I, la nulidad de todas las actuaciones que traigan causa en la información obtenida, tras lo que señala la pérdida de la imparcialidad del juez instructor y de los representantes del Ministerio Fiscal, la necesidad de levantar el secreto de toda la causa y la tipificación penal de delito contra las garantías constitucionales. A estas alegaciones añadió en su escrito presentado tras el auto resolutorio del recurso de reforma que este auto trata de integrar una resolución inmotivada en lo fáctico y en lo jurídico que, por restringir derechos fundamentales, debió estar suficientemente motivada en el momento de su dictado, sin que sea admisible una subsanación “ex post” de los fundamentos contenidos en las resoluciones recurridas, así como que en el auto de 19 de febrero del 2009 no se facilita la descripción de ningún hecho ni qué datos objetivos tenía el instructor en el momento de dictarse la resolución que avalaran tan drástica medida, pues ni en ese auto ni en los sucesivos se hacía mención a que pudiera estarse cometiendo desde dentro un delito de blanqueo de capitales, entre los argumentos más significativos.

b) La defensa de Don Manuel Delgado Solís y Don Antonio López Rubal, alega en su escrito de interposición del recurso de apelación la vulneración de los derechos fundamentales del Sr. Rubal, al no existir cobertura legal de la injerencia y al no mencionarse al mismo como imputado en los autos ni los delitos que se le imputaban, y solicita la nulidad de las resoluciones impugnadas, sin perjuicio de que posteriormente, una vez levantado el secreto de las actuaciones, se valore el alcance de tal nulidad, que considera será del completo procedimiento.

c) En el recurso presentado en nombre y representación de Don Antoine Sánchez el 26 de octubre del 2009 se alega vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en relación con el derecho de defensa y vulneración del

secreto de las actuaciones, aunque posteriormente, tras referirse en su suplico de ese escrito a los autos que acordaron su prisión, en otro escrito aclaratorio posterior presentado el 27 de octubre, menciona como impugnados los autos de 19 de febrero, 20 de marzo y 28 de septiembre, sin petición alguna.

d) La representación procesal de Don Pablo Crespo Sabaris, en su escrito de interposición del recurso de apelación alega vulneración de derechos fundamentales, inaplicación del artículo 51.2 de la LOGP, que las cláusulas de los autos “previniendo el derecho de defensa” o respetando “las estrategias de defensa” no dejan de ser cláusulas de estilo, vacías de contenido, que mientras la Policía el Instructor y las Fiscales pudieron tener conocimiento del contenido íntegro de las grabaciones, los Abogados defensores no podrán tener ese mismo conocimiento, sustrayéndoles de ese modo la posibilidad de calibrar en su verdadera dimensión la contaminación de las ilícitas escuchas, entre otros argumentos, por lo que interesó la nulidad de actuaciones de toda la Pieza Separada de Intervención de Comunicaciones, la nulidad de todas las actuaciones notificadas desde el 19 de febrero del 2009 y que se abra otra pieza separada para dilucidar qué pruebas tienen su origen en las conversaciones, para posteriormente poder instar su nulidad. En su escrito de alegaciones después del auto resolutorio del recurso de reforma interpuesto por otros imputados, insistió esta defensa en los argumentos anteriores y añadió otros, resaltando la aplicación del artículo 51.2 LOGP como norma especial sobre la general contenida en el art. 579 LECr y la insuficiente motivación de los autos de 19 de febrero y 20 de marzo, como principales alegaciones.

e) En el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Alberto López Viejo se alega infracción del derecho de defensa y se solicita la nulidad de los autos dictados el 19 de febrero del 2009 y de todas aquellas otras resoluciones y actuaciones que traigan causa del mismo.

f) La defensa de Don Jacobo Gordon Levenfeld alegó igualmente infracción del derecho de defensa, impedida respecto del mismo por la grabación de las conversaciones mantenidas entre uno de los imputados en prisión y dos letrados, por lo que interesó la nulidad de los citados autos, sin perjuicio de que, tras el levantamiento completo del secreto del sumario, se valore el alcance de dicha nulidad.

g) En el recurso interpuesto en nombre de Don Alfonso Bosch Tejedor, se alegó también infracción del derecho de defensa y se solicitó la nulidad de los autos dictados el 19 de febrero del 2009 y de todas aquellas otras resoluciones y actuaciones que traigan causa del mismo.

h) La representación procesal de Don Carlos Clemente Aguado, alegó en su recurso la vulneración sistemática de las normas y garantías procesales de los

imputados, a un proceso con todas las garantías y al juez imparcial predeterminado por la ley, al derecho de defensa y a la inviolabilidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, poniendo de manifiesto determinadas irregularidades en el proceso que considera cometidas, tras lo que interesó la nulidad de todas las actuaciones.

i) El recurso interpuesto en representación de Don José Luis Ulibarri Comerzana, alega como motivos de impugnación de las resoluciones recurridas la inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor e infracción del artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y solicita la nulidad de todo lo referente a este imputado, archivándose el procedimiento respecto del mismo, y subsidiariamente que se levante el secreto de todas las actuaciones.

j) El recurso de Don Benjamín Martín Vasco incide fundamentalmente en la infracción del derecho de defensa, al haber abordado las conversaciones intervenidas entre los presos preventivos y los abogados la estrategia de defensa, habiendo obtenido ventaja procesal los Jueces de Instrucción, la Fiscalía y la Policía, de modo que esa grave injerencia imposibilita materialmente la defensa real en el proceso, y constando en el procedimiento principal conversaciones con abogados defensores, utilizadas por la Policía para fundamentar sus informes y obtener ventajas procesales, por todo lo cual solicitó la nulidad de los citados autos y de todas las actuaciones que componen la pieza separada de intervención de comunicaciones, así como la nulidad de todas las actuaciones que traigan causa en la información obtenida de aquellas intervenciones de las comunicaciones orales entre imputados y sus abogados defensores.

j) La representación procesal de Don Guillermo Ortega Alonso utilizó los mismos argumentos que el anterior recurrente e hizo las mismas peticiones.

k) El recurso de Don José Luis Izquierdo López se centró en la vulneración de derechos fundamentales de defensa, secreto de las comunicaciones, intimidad y al secreto profesional, estimando que el artículo 51.2 LOGP no es presupuesto legal habilitante, y solicitó por ello la nulidad de todas las actuaciones que componen la pieza separada de intervención de las comunicaciones y de todas las actuaciones incorporadas a la pieza principal a partir del 19 de febrero del 2009, o, subsidiariamente, de todas las actuaciones que tengan causa en la información obtenida en las intervenciones de las comunicaciones orales con los abogados. Posteriormente, en el trámite de alegaciones concedido en el auto desestimatorio del recurso de reforma, esta parte alegó que esta resolución excedió la finalidad prevista para el recurso de reforma, pues ha pretendido realizar una integración complementaria “ex

post” de los fundamentos contenidos en las resoluciones recurridas, tras lo que negó la aplicabilidad del artículo 579 de la LECr.

l) En el recurso de Javier Nombela Olmo se alegó que el secreto profesional es inviolable y no puede ser interferido, salvo en casos de terrorismo, o cuando los Letrados estuvieran cometiendo delitos, interesando la nulidad de todas las actuaciones que componen la pieza separada de intervención de las comunicaciones y la de todas las actuaciones que tengan causa en la información obtenida como consecuencia de las intervenciones telefónicas (sic). Esta parte, en las alegaciones que realizó tras el auto desestimatorio del recurso de reforma, adujo, entre otros argumentos, que la medida no fue proporcionada, al ordenarse indiscriminadamente y sin saber quienes eran los letrados.

m) La representación procesal de Don Álvaro Pérez Alonso, al adherirse a los recursos de apelación subsidiarios al de reforma interpuestos, alegó que no hay en el ordenamiento español norma legal habilitante para proceder a la intervención de las comunicaciones mantenidas fuera de las comunicaciones telefónicas, postales o telegráficas, que ninguna de las resoluciones recurridas permite inferir la adecuación al fin, ni la necesidad ni la proporcionalidad de la medida, que tampoco resuelven esas resoluciones qué indicios existen en el momento que se adopta la medida limitativa de que los letrados estaban cometiendo delito alguno o colaborando con los presos en un delito de blanqueo, ni se infieren esos indicios de las conversaciones con el letrado imputado ni tampoco con los letrados no imputados.

n) Y la defensa de Don Cesar Tomás Martín Morales, adherida a los recursos de apelación formulados por el resto de los imputados, alega en su escrito de adhesión que el artículo 51.2 LOPG no puede servir de cobertura legal de la medida que nos ocupa, así como ausencia de proporcionalidad en la medida acordada y efectiva indefensión, entre otros argumentos.

Coinciden, por tanto, los diversos recursos interpuestos en alegar infracción al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que garantiza a toda persona el artículo 18.3 de la Constitución Española, así como al derecho de defensa y a un proceso justo, y al derecho a no declarar contra sí mismo, reconocidos en el artículo 24 del mismo cuerpo legal. En relación con estos preceptos, niegan estas defensas la posibilidad de que el artículo 51.2 LOGP, pueda habilitar la intervención de las comunicaciones que el interno mantenga con el abogado encargado de su defensa, limitada por dicha norma a los casos de terrorismo. De ahí concluyen que la medida que adoptó el primero de los autos recurridos fue ilícita y, por tanto, debe ahora anularse y, con ella, cuantas diligencias procesales estén vinculadas con ella o de ella traigan causa.

Igualmente, tras dictarse el auto resolutorio del recurso de reforma, primeramente interpuesto por algunas de las defensas, discrepan de la aplicabilidad del art. 579 LECr a las intervenciones de las comunicaciones con los letrados de los defendidos y que pueda en ese auto sustituirse la motivación de los primeros dictados en el Juzgado Central de Instrucción n.º 5.

Como complemento de esas alegaciones, algún recurrente estima también conculcados los artículos 416 y 707 de la LECr, en cuanto que protegen el derecho de defensa y la confidencialidad de las relaciones que medien entre todo imputado y su abogado defensor, a cuyo efecto se dispensa a éste del deber general de declarar, tanto en el sumario como en el juicio oral, sobre los hechos que el procesado le hubiere confiado en su calidad de defensor.

Y, en apoyo de la nulidad que propugnan, en mayor o menor medida, todos ellos, citan el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que declara que en los procesos judiciales "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

**TERCERO.-** El Ministerio Fiscal, en oposición a la argumentación de los recursos, diferencia el que, según su tesis, es el ámbito de aplicación respectivo de los artículos 51.2 de la LOGP y del artículo 579 LECr.

Contrapone el Ministerio Fiscal en su informe aquellas medidas de intervención de las comunicaciones que se efectúen en el ámbito penitenciario y como elemento de régimen -a su juicio, las reguladas en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, bien se adopten por autoridades judiciales o administrativas,- de las medidas que, en el marco de la averiguación e investigación de los delitos, puede adoptar el Juez de Instrucción competente, amparadas por el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estima así el ministerio público que no cabe confundir la intervención de las comunicaciones del interno como medida de régimen penitenciario con la intervención de esas comunicaciones como medida de investigación adoptada en un procedimiento penal: "cuando la intervención de las comunicaciones de un interno tenga por finalidad la investigación de un delito podrá acudir a la norma del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que proceda hacer distinción por razón del destinatario de la comunicación, -abogado o no-, ni de la naturaleza del delito, -terrorismo o no-, pues el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria contemplado desde la perspectiva limitada del régimen penitenciario, nada puede disponer, -y no lo hace-, contra la aplicación de la ley procesal penal".

En apoyo de estos argumentos cita el Ministerio Fiscal dos casos: uno, el seguido contra un Letrado, Pablo Vioque Izquierdo, por proposición para el asesinato de un fiscal; y otro, por asesinato y violación de la joven Marta del Castillo, en los que se acordó la intervención de comunicaciones de internos con Letrados.

Por todo ello, se opone a la declaración de nulidad de actuaciones interesada por los recurrentes, considerando, además, que la nulidad de todas las actuaciones desde la fecha del primer auto recurrido -19 de febrero del 2009-, atacaría en todo caso a la doctrina jurisprudencial, que limita dicho efecto a aquellas actuaciones con las que existe conexión de antijuridicidad.

Y, en similares términos, la ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DEMÓCRATAS POR EUROPA (ADADE), aduce, en contra de los recursos interpuestos, que la medida adoptada en los autos recurridos respondía a necesidades de la actividad instructoria (acopio de información y prevención de destrucción de materiales incriminatorios) y no a interferir en la labor de las respectivas defensas; que la medida trascendía del concreto recinto de un establecimiento penitenciario, por lo que es evidente que no responde a necesidad alguna del concreto régimen penitenciario; que había indicios delictivos y un fundamento legal específico para la adopción de la medida de intervención: el art. 579 LECr; que los autos contenían suficiente motivación; que la cita en los autos del artículo 51.2 LOGP no afecta a la legitimidad de la medida acordada, y que no se indica cual investigación seguida o resultado instructorio se ha obtenido sobre la base de las intervenciones acordadas que pudieran fundamentar una lesión en el derecho de defensa de los imputados.

**CUARTO.-** Antes de entrar a la resolución de las cuestiones planteadas por las partes en sus escritos, debe tratarse la cuestión, suscitada de oficio por el Magistrado ponente inicial designado, sobre la extemporaneidad de las pretensiones de nulidad formuladas.

Aparte de no haberse suscitado esta cuestión por ninguno de las partes recurridas -ni con motivo del recurso de reforma ni tampoco con el de apelación-, la extemporaneidad de esta pretensión trata de basarse en alguna resolución del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, en las que se destaca la necesidad de pronunciamiento en la sentencia definitiva sobre la nulidad de actuaciones planteadas, diciendo incluso una de las sentencias, la 247/1994 de Tribunal Constitucional, que es al comienzo del juicio oral donde las partes tienen que exponer, entre otras cuestiones, las relativas a la vulneración de algún derecho fundamental, y que es “allí y entonces, no antes ni después”, donde deben proponerse tales cuestiones.

Esta frase entrecomillada, en la que se pone énfasis para argumentar que ha de esperarse a ese momento procesal para suscitar la posible nulidad de actuaciones propugnada por los recurrentes, se refiere con claridad a que, una vez abierto el juicio oral, debe ser al comienzo de sus sesiones, no antes ni después, cuando de susciten estas cuestiones.

Y cuando la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1997 indica que estas cuestiones deben abordarse en la sentencia definitiva no hace más que recordar que, ante el planteamiento de causas de nulidad de actuaciones en ese momento procesal, debe continuarse el juicio hasta su conclusión, y resolverse en sentencia las alegaciones de nulidad, lo que permite que, caso de revocarse la declaración de nulidad de actuaciones en vía de recurso, pueda seguidamente el Tribunal valorar la prueba practicada, sin necesidad de convocar nuevamente a juicio oral a todas las partes. La cita del artículo 744 de la LECr en esa sentencia clarifica la cuestión, de lo que extrae que el juicio debe continuarse hasta su conclusión, sin limitarse a realizar el pronunciamiento sobre nulidad de actuaciones.

De seguirse la postura que se propugna, cualquier vulneración de un derecho fundamental no podría ser alegada hasta el juicio oral, dejando mientras tanto sin decidir la posible nulidad de actuaciones que, de declararse, podría hacer desaparecer los indicios racionales de criminalidad en los que se basa el procesamiento o la continuación del procedimiento, o, lo que es más importante, los indicios en los que basar medidas cautelares tan importantes y limitativas de derechos como la prisión. Y no debe olvidarse que en esta causa hay tres personas privadas de libertad.

Quizá por ello, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/1999, indica: “el Fiscal hará todo lo posible para que por el órgano jurisdiccional se declare la nulidad de esa actuación, y para que tal declaración de nulidad tenga lugar lo antes posible, recobrando así su plena vigencia el derecho fundamental injustamente conculcado. Para ello cuenta, desde la misma fase de instrucción y en caso de que no pueda prosperar ya el recurso (por preclusión del plazo, por ejemplo), con el expediente previsto en el artículo 240.2 LOPJ. El hecho de que el incidente lo promueva de oficio el Juez no obsta para que el Fiscal pueda instar del órgano judicial el planteamiento del incidente, lo que podrá hacer bien sirviéndose del cauce de los trámites de alegaciones expresamente previstos en la ley procesal, o bien por escrito dirigido al Juez en cualquier momento de la tramitación.

Este incidente de nulidad “ex officio”, por otra parte, puede plantearse no sólo en la fase de instrucción, sino en cualquier momento del proceso “antes de que hubiere recaído sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso”.

**QUINTO.-** Entrando, pues, en el fondo de las cuestiones planteadas, centra el objeto de este recurso las resoluciones del Magistrado del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 antes citadas, en el aspecto en el que intervinieron las comunicaciones personales con letrados de tres imputados ingresados en centros penitenciarios, no en cuanto a la intervención del resto de comunicaciones orales y escritas que mantuvieran con otras personas los mismos internos, acordadas en el apartado 1 de las dos primeras resoluciones, respecto de la que los recursos ninguna impugnación contienen.

Siendo, pues, capital en este recurso el análisis de las resoluciones que intervinieron las comunicaciones de tres de los imputados con los “letrados personados en la causa”, debe recordarse cual es la finalidad de la defensa en un proceso penal.

Concebido el proceso penal como la vía imprescindible para la investigación y enjuiciamiento de las infracciones penales, el derecho de defensa es el que determina y motiva la propia existencia de ese proceso, que no sería necesario en el caso de que se prescindiera de la defensa del imputado o acusado y pudiera directamente el Estado, titular del “ius puniendi”, imponer las penas ante la constatación de una conducta delictiva.

Por ello, como una garantía esencial, se reconoce constitucionalmente el derecho de defensa en procesos criminales en el artículo 24.2 de la Constitución.

Junto con el de asistencia de letrado, el ejercicio del derecho de defensa implica la comunicación del imputado con el abogado nombrado, o designado de oficio, a fin de que aquél pueda transmitirle los datos necesarios para plantear la defensa de sus intereses, y el abogado le asesore sobre la mejor forma de hacerlo. Es evidente que el contenido de la conversación susceptible de ser mantenida entre el abogado y su cliente puede ser amplísima, abarcando incluso en algunos casos el reconocimiento de su culpa por el imputado o la aportación a su abogado de datos sustanciales sobre la comisión del delito con cuyo conocimiento el letrado puede articular su defensa, viniendo siempre obligado a mantenerlos reservados, hasta tal punto de que su descubrimiento constituiría un delito.

Relacionado el derecho de defensa con el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocido constitucionalmente (art. 24.2 CE), la confidencialidad de las comunicaciones de los Abogados con sus clientes resulta esencial para garantizar la efectividad real de ese derecho a no reconocer voluntariamente la culpabilidad. Desaparecida, afortunadamente, en nuestro derecho la facultad de obtener la confesión forzada del culpable a



través de la tortura, la generalización de la intervención de las comunicaciones de los imputados con sus abogados permitiría renacer, en cierto modo, ese método inquisitorial, sustituyéndolo por el aprovechamiento de situaciones en las que la apariencia de confianza en la comunicación con el abogado permitiría obtener datos incriminadores directamente del acusado, en contra de su voluntad.

El derecho del acusado de comunicarse sin trabas con su defensor, en el seno del Consejo de Europa se encuentra enunciado en el artículo 93 de las Reglas Mínimas para el trato de los detenidos, - anexas a la resolución (73) 5 del Comité de Ministros-, que dispone: "Un inculpado debe, desde el momento de su encarcelamiento, poder elegir a su abogado o ser autorizado a solicitar que sea designado uno de oficio, cuando esta asistencia está prevista, y a recibir visitas de su abogado con vistas a su defensa. Debe poder preparar y suministrar a éste instrucciones confidenciales, y poder recibirlas de él. Si lo solicita, deben concedérsele todas las facilidades para este fin. Debe poder recibir la asistencia gratuita de un intérprete en sus relaciones esenciales con la administración y con la defensa. Las entrevistas entre el inculpado y su abogado pueden hacerse al alcance de la vista pero no del oído, de manera directa o indirecta, de un funcionario de la policía o del establecimiento". Tal precepto, recogido en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de de 2 noviembre 1991 (TEDH 1991\54), determina que este Tribunal declarara que "el derecho, para el acusado, de comunicarse con su abogado fuera del alcance del oído de un tercero, figura entre las exigencias elementales de un proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiera entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y no pudiera recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad, cuando el fin del Convenio consiste en proteger derechos concretos y efectivos (véase Sentencia artículo de 13 de mayo de 1980 [TEDH 1980, 4]". Incluso añade esta misma sentencia, ante la alegación de posible "confabulación" de las defensas, que "tal eventualidad, a pesar de la gravedad de las infracciones que se reprochaban al demandante, no podría justificar la restricción litigiosa, y no se ha indicado ninguna razón suficientemente convincente. No hay nada de extraordinario en que varios defensores colaboren para coordinar su estrategia".

Nuestra legislación, a pesar de sus notorias carencias, puestas de manifiesto por decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 26 de septiembre de 2006) y que continúan sin ser subsanadas, establece también un régimen de especial protección del derecho de defensa, rodeando de las máximas garantías las comunicaciones confidenciales entre abogado e imputado y permitiendo su restricción sólo en casos extremos.

Es lo que explica el contenido del artículo 51.2 de la LOGP y permite dotar de sentido sus disposiciones, en comparación con la genérica restricción de comunicaciones que permite el deficiente artículo 579 de la LECr.

Según esa finalidad de protección máxima del derecho de defensa, del derecho a no confesarse culpable y del derecho a un proceso justo con todas las garantías -todos ellos proclamados en normas supranacionales (Arts. 11 y 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1 de diciembre de 1948; art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; art. 8.2 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) y en la Constitución (art. 24.2)-, cuando se trate de personas privadas de libertad, constreñidas por tanto a realizar las imprescindibles comunicaciones con su letrado en un entorno controlado por la Administración Pública, dispuso el Legislador que sólo podrían intervenir estas comunicaciones, necesarias para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, cuando concurrieran dos condiciones, conjuntamente: que se tratara de presos o penados por delitos de terrorismo y que esa restricción fuera ponderada adecuadamente en una resolución judicial. Consciente el legislador de que dejar abierta la posibilidad de restricción de esas comunicaciones en cualquier clase de delito podría dar a traste con el derecho de defensa, sólo lo autorizó en casos de terrorismo, máximo ataque a la convivencia social. Y aun en estos casos lo condicionó a que una autoridad judicial evaluara la conveniencia, utilidad y proporcionalidad de la medida, al objeto de preservar también en estos casos los derechos individuales de los penados, imputados o acusados, aunque lo fueran por terrorismo.

En estos casos de privación forzada de la libertad, por mandato expreso del artículo 25.2 de la Constitución, los derechos fundamentales del condenado (extensivos al preso preventivo), sólo pueden ser limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Y a ese mandato responde el artículo 51.2 de la LOGP, sin el cual no habría legitimación alguna para restringir las comunicaciones de los internos con sus abogados en los centros penitenciarios.

Por contraste, cuando de personas no privadas de libertad se trata, la norma habilitante para este tipo de restricciones de derechos individuales se reduce al artículo 579 de la LECr.. Con todos sus defectos -ampliamente criticados, como la STC 183/2003, que puso de manifiesto su vaguedad e indeterminación-, paliados hasta que llegue la reclamada reforma legislativa por las decisiones jurisprudenciales que han ido marcando los correspondientes requisitos, esta norma permitiría hipotéticamente la intervención de las comunicaciones entre Abogados y sus clientes, aunque de modo absolutamente excepcional. Afectado en la intervención de estas

comunicaciones no sólo el derecho a la intimidad sino los derechos antes señalados -derecho de defensa, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y a un proceso justo con todas las garantías- la ponderación de los bienes en conflicto exigiría en todo caso una especial evaluación de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida, motivada singularmente en la resolución judicial.

Con tales precisiones se comprenden fácilmente las distintas resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que han aportado las partes en este proceso y en cuya interpretación no todas ellas coinciden.

La STC 183/1994, al analizar el art. 51 de la LOGP, distingue entre las comunicaciones, que califica de generales, entre el interno con determinada clase de personas -art. 51.1- y las comunicaciones específicas, que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2); la primera clase de comunicaciones viene sometida al régimen general del art. 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas “por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento”, según precisa el art. 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del art. 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario. Y culmina el razonamiento esta sentencia diciendo que “esta diferenciación esencial que existe entre el art. 51.5 -régimen general cuya única remisión válida es al art. 51.1- y el art. 51.2, pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de “orden de la autoridad judicial” y “supuestos de terrorismo”, que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión que el art. 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones”.

Dos datos deben resaltarse, en lo que aquí afecta, de esta sentencia: uno, que excluye expresamente que la intervención de comunicaciones entre Abogado y cliente que regula el artículo 51.2 LOGP tenga por origen o motivo razones penitenciarias, sino que obedecen, en todo caso, a las exigencias y necesidades

de la instrucción penal; y, otro, que deben concurrir acumulativamente las condiciones de tratarse de preso o penado ingresado por delito de terrorismo, y que la resolución judicial debe contener la adecuada motivación que valore la proporcionalidad de la medida.

El hondo detrimento que sufre el derecho de defensa a raíz de este tipo de intervenciones, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1998, de 16 de marzo, se basa en la peculiar trascendencia instrumental que tiene el ejercicio de este derecho para quien se encuentra privado de libertad y pretende combatir jurídicamente dicha situación o las condiciones en las que se desarrolla. Aun referida esta sentencia a la intervención administrativa de unas conversaciones, resalta seguidamente la importancia que el secreto de tales comunicaciones tiene para el adecuado diseño de la estrategia defensiva (como subraya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 28 de junio de 1984 -como Campbell y Fell contra el Reino Unido-, párrafos 111 y ss.; y de 25 de marzo de 1992 - caso Campbell contra el Reino Unido-, párrafos 46 y siguiente), lo que demanda las máximas garantías para su limitación, como del hecho de que su objeto puede ser la propia atribución de infracciones penales o administrativas a la Administración Penitenciaria.

No en vano, “la Ley ha conferido a la intervención de las comunicaciones un carácter excepcional” (STC 170/1996 [RTC 1996\170], fundamento jurídico 5.º). No en vano, también, es la trascendente incidencia del derecho fundamental a la defensa la que hace que el legislador penitenciario constriña toda intervención de las comunicaciones de los internos con sus Abogados o Procuradores a “los supuestos de terrorismo” y que exija además la garantía judicial (art. 51.2 LOGP) (STC 183/1994).

A conclusiones idénticas llega la sentencia del Tribunal Supremo 538/1997, de 23 de abril. Entre los párrafos más relevantes de esta sentencia cabe destacar el siguiente: “las razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, que pueden justificar estas limitaciones, no son aplicables a las comunicaciones incardinadas en el ejercicio del derecho de defensa del interno (art. 24 CE), derecho que no se ve legalmente limitado por su privación de libertad, y que debe ser especialmente tutelado, garantizando la igualdad real y efectiva de posibilidades de defensa de los acusados en un proceso penal, tanto a quienes la ejercitan desde la libertad como a quienes tienen que ejercerla desde la prisión (art. 9.2 de la Constitución Española)”. Y más adelante añade: “En definitiva la regla general garantiza, en todo caso, la confidencialidad de las comunicaciones de los internos enmarcadas dentro del ejercicio de su derecho de defensa en un procedimiento penal, sin posibilidad de intervención ni administrativa ni judicial. Ahora bien la máxima tutela de los derechos individuales en un Estado de Derecho Social y

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

La claridad de estos argumentos no dejan lugar a dudas: la seguridad, el interés del tratamiento y el buen orden del establecimiento, razones que justifican por razones de régimen o tratamiento penitenciario la intervención administrativa, no son las que legitiman o pueden provocar la intervención por la autoridad judicial de las comunicaciones con los abogados de internos por delitos de terrorismo. El argumento expuesto por el Ministerio Fiscal, que trata de distinguir la intervención judicial de comunicaciones por razones de régimen penitenciario de las motivadas por una investigación judicial, resulta contradicho, pues, por estas resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

Restringida así a situaciones excepcionales, respecto de personas vinculadas con grupos terroristas, la posibilidad de intervención de las comunicaciones de los internos con sus abogados y procuradores, las demás comunicaciones o, más propiamente, las comunicaciones con otras personas -tanto orales, escritas o telefónicas- que pudieran mantener todo tipo de internos -por terrorismo o no- pueden realizarse por el Director del Centro Penitenciario (art. 51.5 LOGP) y, estando permitida la intervención meramente administrativa con posterior control judicial, igualmente puede acordarse tal restricción de comunicaciones directamente por una autoridad judicial, como vía de investigación. Esto es lo que resaltó la sentencia del Tribunal Supremo

de núm. 173/1998 (Sala de lo Penal), de 10 febrero cuando, al analizar la licitud de una intervención de comunicaciones entre dos internos del mismo centro penitenciario, afirmó que “si se permite al Director en tal normativa (art. 51 LOGP) mucho más al Juez de Instrucción cuando su finalidad es precisamente garantizar una pluralidad de valores en una sociedad democrática que no pueden desconocerse”. Esto es, si se considera legalmente que, en el entorno penitenciario, es lícita cualquier intervención de comunicaciones -salvo con los abogados y procuradores de los internos- ordenada por la Autoridad administrativa, solamente sujeta a un control judicial a posteriori -con lo que los datos obtenidos con esas intervenciones podrían, en su caso, constituir una prueba lícita de cargo en el caso de que se aportaran a un procedimiento penal-, con mayor motivo es perfectamente lícito que esa intervención de comunicaciones se ordene directamente por un juez, estableciendo desde el primer momento un control judicial, que reviste mayores garantías que la mera intervención administrativa.

Por tanto, en el caso presente, no investigándose delitos de terrorismo, estaba vedada toda intervención de las comunicaciones que mantuvieran con sus letrados los imputados en prisión provisional, pudiendo, por el contrario, intervenir las comunicaciones con el resto de personas. La motivación utilizada por el Magistrado del Juzgado de Instrucción n.º 5 con apoyo en el artículo 51 de la LOGP fue correcta respecto de la intervención de las comunicaciones generales que ordenó, no así respecto de las mantenidas por los internos con los abogados, que en ningún caso podía restringir, ni siquiera con apoyo en el artículo 579 LECr que menciona el auto resolutorio del recurso de reforma, reproduciendo la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal.

Y, frente a esa limitación legal, ningún efecto pueden tener en esta causa las intervenciones de comunicaciones que cita el Ministerio Fiscal como precedente. Además, la única de ellas validada tras la conclusión del procedimiento, respecto del Letrado Sr. Vioque, se acordó ponderando expresamente en el auto del Juzgado de Instrucción que “ambos interlocutores indiciariamente venían desarrollando una actuación relevante a título de participación directa” en el delito investigado, de la máxima gravedad, ajena a la condición de letrados. Es decir, la intervención se acordó expresamente, no sólo respecto del imputado preso, sino respecto de otra persona, individualizada, respecto de la que entonces se decía había indicios de su participación en el delito de proposición para el homicidio investigado, lo que no es equiparable a la intervención indiscriminada de comunicaciones con los letrados defensores en la misma causa en la que se acuerda la intervención, como es este caso.

**QUINTO.-** Contraviniendo, pues, la intervención genérica e indiscriminada de las comunicaciones con los Abogados lo dispuesto en el artículo 51.2 LOGP, la mención nominativa y específica en el primero de los autos la identidad de uno de los Letrados cuyas conversaciones con los internos debían ser grabadas, Don José Antonio López Rubal, imputado en ese momento como posible cooperador en alguno de los delitos investigados - aunque no se decía en esa resolución-, obliga a hacer un análisis especial respecto de la intervención de las comunicaciones con este Abogado.

La medida acordada respecto de esta persona, como uno de los interlocutores individualizados cuyas conversaciones pretendían ser escuchadas y grabadas, habría requerido la ponderación especial, respecto de él, de las razones en las que podía fundarse, en ese momento, su posible participación en los delitos investigados y la necesidad y proporcionalidad de la medida, puesto que la medida afectaba directamente, no sólo a su derecho a la intimidad, sino al derecho de defensa del resto de los imputados, de los que continuaba siendo defensor, sin haber realizado actuación alguna, hasta entonces, el Juzgado Instructor para evitar la posible incompatibilidad de intereses.

Contrariamente a esa necesidad, en el auto de de fecha 19 de febrero del 2009, sólo se expresa en sus antecedentes de hecho que se investigan las presuntas actividades delictivas de un grupo organizado de personas dirigido por Francisco Correa Sánchez y, en inmediata relación de jerarquía respecto del mismo, Pablo Crespo Sabaris, Antoine Sánchez -respecto de los que se había acordado la prisión provisional el 12 de febrero- y otros imputados en la causa; grupo organizado que tendría como principal finalidad, a lo largo del tiempo y como mínimo en los últimos 10 años, la realización de actividades de organización de eventos para captar negocios y por ende 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 por precio de actos públicos y en otras actividades de propaganda. Y trata de justificarse la intromisión en las conversaciones de los tres internos afectados mediante una referencia genérica -que no versaba, pues, ni sobre los específicos hechos objeto de la concreta instrucción de que allí se trataba, ni sobre ninguno de los letrados singulares cuya voz se iba a escuchar, pues sólo se citaba la identidad de uno de ellos-, a que “en el procedimiento empleado para la práctica de sus actividades (de los imputados presos) pueden haber intervenido letrados y que los mismos aprovechando su condición pudiesen actuar como “enlace” de los tres mencionados con personas del exterior”. Esta es la razón que, a juicio del juez instructor, justificaba la intervención de las conversaciones entre letrados y clientes, con el expreso objeto, consignado en el mismo auto de “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”.

Esta decisión judicial no contiene, pues, referencia o alusión de ningún tipo a la existencia de cualquier concreta sospecha, más o menos fundada, pero en todo caso individualizada y con alguna base o indicio real en su favor, del hecho que motiva la intervención de las comunicaciones con los Abogados: intervención de ese letrado en la comisión de los delitos y que el mismo, aprovechando su condición, pudiese actuar como “enlace” de los tres imputados en prisión con personas del exterior. Sólo es una mera suposición o conjetura, de la que no se expresan los datos objetivos en los que podrían fundarse, dirigida a presumir que este abogado podría desempeñar el ilícito cometido que de él temía el instructor.

Son numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional que reclaman que el deber genérico de motivación de las resoluciones judiciales ha de exigirse con especial rigor cuando de limitar derechos fundamentales se trata. Ya la antigua sentencia número 26 de 1.981, -seguida en esto por la número 13 de 1.985 y la 85/1.994-, destacó que "cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a que se sacrificó. De este modo, la motivación no es sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos". En la misma línea, la sentencia número 62/1.982 recuerda que "a juicio de este Tribunal resulta claro que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada".

En referencia a la intervención de comunicaciones, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 737/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 6 julio, compendia los requisitos que debe cumplir la resolución judicial, entre los que merecen ser destacados los siguientes párrafos: “Al ser medida de exclusiva concesión judicial, esta debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación de la medida, ello exige... la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos... tienen que tener una objetividad suficiente que los diferencia de la mera intuición policial o conjetura. Tienen que ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe autorizarla o no, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial, y es obvio que el Juez, como director de la encuesta judicial no puede adoptar el pasivo papel de vicario de la actividad policial que se limita a aceptar, sin



control alguno, lo que le diga la policía en el oficio, y obviamente, el control carece de ámbito si sólo se comunican intuiciones, opiniones, corazonadas o juicios de valor.

Obviamente los datos a exponer por la policía se sitúan extramuros de esas valoraciones subjetivas, pero tampoco deben ser tan sólidos como los que se exigen para procesar ex art. 384 LECriminal, ya que se estará en el inicio de una investigación en los casos en los que se solicite la intervención telefónica. STC 253/2006 de 11 de Septiembre (RTC 2006, 253). En segundo lugar, tales datos han de proporcionar una base real suficiente para poder estimar que se ha cometido o se va a cometer el delito que se investiga y de la posible implicación de la persona concernida. En definitiva, en la terminología del TEDH se deben facilitar por la autoridad policial las "buenas razones" o "fuertes presunciones" a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi --5 de Junio de 1997--, o Klass --6 de Septiembre de 1998-. Y la misma sentencia precisa que son necesarios, bien en la resolución judicial, bien en el oficio policial al que puede remitirse la fundamentación, "datos concretos y verificables, no opiniones, valoraciones, sospechas o intuiciones, y tales datos deben ser sugerentes de que se va a cometer el delito en cuya investigación se está y de la posible implicación del investigado, obviamente, se está en el inicio de la encuesta por lo tanto no es exigible un cuadro probatorio denso --que haría innecesaria la intervención-- pero tampoco unas meras opiniones interesadas de la policía, interesadas porque lo que quiere es que se le conceda aquello que solicita".

La posible integración de esos indicios de la participación de este Letrado en la actividad delictiva con los datos que en ese momento constaban en las actuaciones resulta insuficiente. Examinadas directamente por el Tribunal, en aplicación de la facultad establecida en el artículo 766.3 LECr, las actuaciones previas a dictarse el auto de 19 de febrero, se aprecia que al folio 274 se menciona a "José Antonio (Pepechu)", -nombre con el que el 9 de febrero, se dictó en contra de D. José Antonio López Rubal un auto de inculpción-, diciendo que era Abogado del despacho PALACIO & ASOCIADOS S.L. y que "coparticipa con Manuel Delgado en el diseño de la estructura de desvinculación del procedimiento seguido contra José Ramón Blanco Balín, siendo la persona que formalmente confecciona los documentos necesarios para el desarrollo de la misma como documentos de fiducia o de retractación a favor de Antoine Sánchez, determina los negocios jurídicos a realizar y recibe provisiones de fondos para la realización de negocios jurídicos en ejecución del plan marcado (100.000 euros)".

En un esfuerzo argumentativo, podríamos considerar que estas circunstancias pueden permitir la "accesibilidad a terceros" de los datos objetivos determinantes de los indicios justificativos de la intervención de

comunicaciones, y el sometimiento al debido control contradictorio de la decisión del Juez de Instrucción. A semejanza de la motivación por remisión al oficio policial, considerada bastante por la jurisprudencia (STS núm. 1199/2009, Sala de lo Penal, de 23 noviembre, entre las más recientes) la integración del auto concedente con los propios datos objetivos obrantes en la causa antes de dictarse la resolución serviría así para analizar la validez de la intervención de comunicaciones respecto de dicho Letrado ordenada en el auto de 19 de febrero, no sin embargo en el auto siguiente de 20 de marzo, en el que ya no se mencionó a este Letrado como sujeto a la intervención.

Sin embargo, esos datos, que servirían para deducir la participación de este Letrado en alguno de los hechos favorecedores de la actividad delictiva del grupo investigado, no indican por sí solos porqué era imprescindible o muy necesaria la intervención de las comunicaciones de este letrado, ni tampoco si era posible obtener los mismos datos por otros medios menos nocivos para los derechos afectados, pues no debe olvidarse que el Sr. López Rubal seguía siendo Letrado de alguno de los presos y, en su función de defensa, podría recibir informaciones de los otros imputados que podrían ser utilizadas en su contra para incriminarles y eventualmente para su enjuiciamiento. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo sentencia de su Sala Segunda numero 2.026/2.001, de veintiocho de noviembre, “el secreto profesional que protege las relaciones de los abogados con sus clientes puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes”.

Si fuera posible diferenciar la intervención de comunicaciones referida a este Letrado de los demás genéricamente afectados, lo que es difícil ante el contenido taxativo del artículo 51.2 LOGP, habría faltado además esa especial ponderación de los intereses en juego, de la que carece totalmente el auto de 19 de febrero.

**SEXTO.-** Mención aparte requiere el tercero de los autos combatidos en el presente recurso de apelación, dictado el 27 de marzo del año 2.009.

Esta resolución no instaura prórroga ni medida alguna de intervención de las comunicaciones, ni cese de las mismas. Se adopta a propuesta del Ministerio Fiscal y en su parte dispositiva decide “Excluir de esta pieza las

transcripciones de las conversaciones mantenidas entre los imputados Francisco CORREA SÁNCHEZ, Pablo CRESPO Sabaris y Antoine SÁNCHEZ y sus Letrados y que se refieren en exclusiva a estrategias de defensa”.

Si esas conversaciones continuaron grabándose y transcribiéndose, lo que parece deducirse de su prórroga, sin embargo se ignora para qué se utilizaron, si sobre ellas se ejerció alguna clase de supervisión judicial e, incluso, a disposición de quién quedaron. La medida vino a crear, en realidad, una situación de hartazgo mayor descontrol que la preexistente y su prórroga, por cuanto que si la transcripción de las escuchas no tuvo ya ningún reflejo en las actuaciones, difícilmente pudo encontrar su justificación en el propio proceso incoado y, menos aún, pudo servir de fundamento legítimo para cualquier actuación que en el futuro pudiere acordarse durante el trámite de la causa. Se trataría, por tanto, de unas conversaciones particulares, que el artículo 18.3 de la Constitución considera secretas, pero que, al parecer, se han intervenido sin incorporarse al proceso judicial donde se acordó su observación, imposibilitando así incluso que los propios intervinientes en ellas pudieran comprobar si el contenido de esas conversaciones fue posteriormente utilizado para lograr alguna prueba en su contra, y en tal caso interesar su nulidad.

**SÉPTIMO.-** Como conclusión de todo lo expuesto se desprende con claridad la existencia de motivos diversos, que permiten concluir que los tres autos del Juez Central de Instrucción cuya impugnación constituye el objeto de la actual resolución, en la parte objeto de impugnación -observación de las comunicaciones personales que mantuvieran los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos- infringieron lo dispuesto en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y vulneraron el derecho de defensa y el derecho a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, así como el derecho a un proceso público con todas las garantías.

Se impone, por tanto, la revocación de dichos tres autos, con la correspondiente declaración de ilicitud de la intervención de comunicaciones con Abogados acordadas en ellos. Aunque debe hacerse una precisión: distinguidas en los mismos autos la intervención de comunicaciones orales o escritas de los internos con cualquier persona -no impugnadas en estos recursos-, de las mantenidas con los letrados, las únicas que aparecen protegidas especialmente, a las que se refiere el art. 51.2 LOGP, son las realizadas con “el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales”. Como recoge la Sentencia del Tribunal

Supremo 245/1995, de 6 de marzo “La peculiaridad de estas comunicaciones radica, no sólo en la condición de abogado en ejercicio de visitante, sino en serlo del interno relacionado o en haber sido llamado especialmente por tal preso o penado (en otro párrafo se refiere al Abogado defensor o al abogado llamado por el preso)”.

Por tanto, las conversaciones que hipotéticamente hubieran mantenido esos tres imputados con personas que, aun siendo Letrados, no hubieran comparecido como Abogados defensores o como Abogados llamados expresamente por los presos en relación con asuntos penales, excluidas de esa protección especial, estarían abarcadas por las demás comunicaciones orales o escritas que ordenaron las mismas resoluciones, y que no han sido aquí objeto de impugnación en ese extremo.

**OCTAVO.-** Las consecuencias que dicha declaración general de ilicitud de la observación de las comunicaciones con los Abogados ha de producir en la validez y eficacia de las diferentes actuaciones practicadas en el proceso deben afectar exclusivamente a las que tengan conexión causal o jurídica con las intervenciones que se dejan sin efecto, conforme al art.11.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 737/2009 (Sala de lo Penal), de 6 julio, “la no superación de este control de legalidad convierte en ilegítima por vulneración del art. 18 de la Constitución, con una nulidad insubsanable, que arrastrará a todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones... en las que se aprecie esa "conexión de antijuridicidad " a que hace referencia, entre otras muchas, la STC 49/99, de 5 de Abril (RTC 1999, 49), que supone una modulación de la extensión de los efectos de prueba indirecta o refleja en relación a la prueba nula --teoría de los frutos del árbol envenenado- - en virtud de la cual, cualquier prueba que directa o indirectamente y por cualquier nexo se le pudiera relacionar con la prueba nula, debía ser igualmente, estimada nula.

La nulidad de esas actuaciones no puede declararse, por tanto, de modo automático, ni tampoco en forma instantánea. En el momento procesal que corresponda, deberá el Magistrado Instructor, de oficio o a instancia de parte, por la vía del artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial declarar, en su caso, la nulidad de las actuaciones que se deriven de las intervenciones aquí anuladas, permitiendo asimismo el ejercicio de los recursos oportunos.

Y deberá preservarse, en todo caso, que sea finalmente el órgano sentenciador el que se pronuncie de forma definitiva, en su caso, sobre la validez o invalidez de las intervenciones acordadas y de las pruebas derivadas de ellas.

Como recuerda la misma sentencia 737/2009 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, antes citada, “No hay causas graves y causas leves, sino procesos justos o injustos. La exigencia de eficacia en la lucha contra (el) delito no puede tener como contrapartida una excepcionalidad procesal definida por la quiebra de los derechos fundamentales, antes bien, la exigencia de eficacia debe venir unida inexorablemente al respeto a las garantías fundamentales”. A lo que más tarde añade: “el éxito de la investigación realizada con vulneración de los derechos constitucionales, no sana en raíz aquella nulidad inicial, el aceptar este planteamiento sería tanto como entronizar el principio de que el fin justifica los medios, cuando la legitimidad de los medios es la que legitima y acredita la bondad de los fines”.

Esta línea de actuación desaconseja, por último, la revocación inmediata y sin mayores consideraciones, de algunas medidas que, como la situación de prisión provisional de varios imputados, se solicitan en los ciertos escritos de recurso. Como queda anticipado, ni han desaparecido de forma automática e inmediata los indicios que en su día aconsejaron adoptar tales prevenciones, ni tampoco se han esfumado los motivos determinantes de su mantenimiento.

**NOVENO.-** No concurren motivos para una especia imposición de las costas derivadas de la tramitación de estos recursos.

Vistos los artículos de aplicación,

## **LA SALA ACUERDA:**

Estimar en parte los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Don José Luis Izquierdo López, Don Javier Nombela Olmo, Don Francisco Correa Sánchez, Don Manuel Delgado Solís y Don Antonio López Rubal, Don Antoine Sánchez, Don Pablo Crespo Sabaris, Don Alberto López Viejo, Don Jacobo Gordon Levenfeld, Don Alfonso Bosch Tejedor, Don Carlos Clemente Aguado, Don José Luis Ulibarri Comerzana, Don Benjamín Martín Vasco, y Don Guillermo Ortega Alonso,

REVOCANDO PARCIALMENTE el auto dictado el Magistrado Instructor Don Antonio Pedreira Andrade el 27 de enero del 2010 y los autos dictados en esta causa por el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción número

Cinco de la Audiencia Nacional los días 19 de febrero y 20 y 27 de marzo del pasado año 2009, en cuanto hacen referencia a la “observación de las comunicaciones personales que mantuvieran dichos 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 el que se encontraban, o cualesquiera otros donde se trasladaran”, y en su consecuencia,

DECLARAR ilícitas y sin efecto las citadas medidas de intervención de las comunicaciones con los Abogados defensores o con los Abogados expresamente llamados en relación con asuntos penales de los imputados en prisión en ellas acordadas.

Conforme a esa declaración de ilicitud, y en los términos expuestos en los fundamentos Séptimo y Octavo de la presente resolución, el Magistrado instructor de la presente causa habrá de declarar, de oficio o a instancia de parte, y previa la tramitación que prevé el artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las consecuencias que en orden a la validez o nulidad de las diferentes actuaciones, cautelares o de investigación, se hayan practicado en el presente proceso y tengan conexión de antijuridicidad con las diversas intervenciones de comunicaciones que ahora se dejan sin efecto.

No ha lugar a declarar ahora la libertad inmediata que el apelante Francisco Correa Sánchez solicita en su escrito de recurso.

Las costas de estos recursos no se imponen a parte determinada.

Lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran al margen, lo que certifico.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado. Doy fe.

## **VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILTMO. SR. D. JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLEDANO:**

Con todo el respeto y consideración que me merecen el resto de los integrantes de la Sala de lo Civil y Penal, siento disentir de la opinión mayoritaria expresada en el Auto pronunciado en el día de hoy que debió confirmar en su integridad los Autos apelados y contener, como fundamentos de derecho y Acuerdo decisorio de los recursos de apelación, adhesiones a los miemos y pretensiones de nulidad de actuaciones planteadas los que se expresan a continuación, en vez de los contenidos y pronunciado por decisión mayoritaria de los integrantes del Tribunal, aceptándose en su integridad el resto de Antecedentes de Hecho de dicho Auto:

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS:**

**PRIMERO.-** Extemporaneidad del planteamiento de la nulidad de la medida de interceptación de las comunicaciones y nulidades pretendidas:

Debe significarse, para comenzar, que habiéndose interesado en unos casos la nulidad de todas las actuaciones posteriores a las escuchas puestas en cuestión, y en otros la nulidad genérica de las diligencias derivadas, no se ha venido a identificar la relevancia concreta de las escuchas habidas en las actuaciones o líneas de investigación seguidas, efectuándose menciones genéricas o indiscriminadas a la imposibilidad de discernir lo afectado de lo no afectado por las escuchas tachadas de ilegales, por lo que la conexión de antijuridicidad resultaría, en cualquier caso, de difícil encuadramiento en el caso planteado ante la referida falta de determinación y concreitud de la tacha de ilegalidad en la prueba puesta en cuestión, no sabiéndose a cuales de las diligencias practicadas se refieren tan indeterminadas pretensiones de nulidad.

Hay que recordar, a tal efecto, con remisión a lo que al respecto consta extensamente en el Auto dictado el 27-1-2010 por el Instructor designado del turno preestablecido por ésta Sala de lo Civil y Penal, que la Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 3-3-2009 señaló que “Según la jurisprudencia de esta Sala, siguiendo los criterios de nuestro Tribunal Constitucional, y en la

línea de la doctrina anunciada de los "frutos del árbol envenenado" o de la "excepción del nexo causal atenuado", la eventual nulidad de las escuchas telefónicas no arrastra la de aquellas diligencias de prueba que, aun estando viciadas, desde la perspectiva de la causalidad natural, no guardan con ellas lo que se ha venido en llamar "conexión de antijuricidad". Consecuentes con tal doctrina para que se produzca la transmisión inhabilitante debe existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella la denominanda "conexión de antijuricidad", que no opera ante la existencia de pruebas autónomas e independientes jurídicamente, entre las que destaca la de confesión del inculpado”.

La Sentencia de 9-3-2009, del Tribunal Constitucional, en el mismo sentido, indica que “la cuestión, como apunta el Ministerio Fiscal, enlaza directamente con la conexión de antijuricidad entre las pruebas ilícitas y las reflejas, y su alcance. Sobre el citado extremo ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal. En la Sentencia 28/2002, de 11 de febrero, Fundamento Jurídico 4, dijimos que “desde la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, hemos sostenido que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art.º 24.2 de la Constitución Española) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de “proceso justo”, debe considerarse prohibida por la Constitución (Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 5 y, entre las más recientes, Sentencias 81/1998, de 2 de abril, Fundamento Jurídico 2; 69/2001, de 17 de marzo, Fundamento Jurídico 26). Tal prohibición atañe no sólo a los resultados directos de la intervención, sino que se extiende a “cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios” (Sentencia 49/1996, de 26 de marzo, Fundamento Jurídico 3), aunque derive indirectamente de aquella (Sentencias 85/1994, de 14 de marzo, Fundamento Jurídico 4; 86/1995, de 6 de junio, Fundamento Jurídico 3; 181/1995, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 4; 54/1996, de 26 de marzo, Fundamento Jurídico 8)”. Junto a esta regla general, en supuestos excepcionales hemos considerado lícita la valoración de pruebas que, aun cuando se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental, por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes (Sentencias 86/1995, de 6 de junio, Fundamento Jurídico 4; 54/1996, de 26 de marzo, Fundamento Jurídico 6; 81/1998, de 2 de abril, Fundamento Jurídico 4; 151/1998, de 13 de julio, Fundamento Jurídico 3; 166/1999, de 27 de septiembre, Fundamento Jurídico 4; 136/2000, de 29 de mayo, Fundamento Jurídico 6). La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas



pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental (Sentencia 184/2003 de 23 de octubre, Fundamento Jurídico 2). “Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad)”.

En todo caso, se consideran precipitadas, en general, las impugnaciones formuladas, todas ellas, las adhesiones a las mismas y las pretensiones de nulidad conjuntamente formuladas, debiendo haber sido rechazadas por la Sala y por el Instructor ante su extemporaneidad y previsión legal expresa de ser otro el momento procesal adecuado para el planteamiento y decisión al respecto. Y ello debió ser así, ya se adelanta, porque, como lo demuestra la falta de unanimidad de la Sala sobre dicha trascendente cuestión, ni se trata de las únicas diligencias de investigación, que cuentan con una multitud de ellas precedentes y posteriores, ni de su acordada nulidad o ilicitud se deriva una decisión de cierre de la causa ni de la investigación en curso.

La decisión así adoptada por mayoría del Tribunal padece así de una extensión contraria a la propia naturaleza de la fase de instrucción, en la que se produce el acopio del material que puede servir para llegar al juicio oral o no, según su resultado incriminatorio o de esclarecimiento de los hechos investigados (art.º 299 en relación con el 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sin que pueda olvidarse que el propio art.º 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala al respecto que “Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo”.

Así debieran haber sido enfocadas las pretensiones de nulidad planteadas en las prematuras vías de las impugnaciones, adhesiones y peticiones de nulidad suscitadas por las partes personadas en ellas ya que, no tratándose de única la diligencia de investigación cuestionada, ni apareciendo con claridad que de ella dependa todo el resto de la instrucción, la unánime opinión doctrinal consultada estima que debe concentrarse su estudio y decisión junto con la de la decisión definitiva del proceso que, de no terminar antes por otra causa, será la que ratifique las consecuencias de la correspondiente apreciación efectuada al inicio de las sesiones del juicio oral o en la misma Sentencia, como se verá a continuación.

Es general la opinión que viene estimando que, al prever expresamente el art.º 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que “El Juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas. Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia”, dado que la cuestión planteada no gozaba de la claridad precisa para debatirse en el prematuro momento de la instrucción en curso en la que se ha planteado, debió trasladarse la decisión a dicho trámite de las cuestiones previas anterior a las propias sesiones del juicio oral, previsión específica que no se ha respetado en éste caso al decidirse de forma anticipada.

En el juicio oral ordinario por delitos graves, desde la Sentencia de la Sala 2.ª de 7-6-1997, es práctica común en las Audiencias dar un trámite a las partes para plantear estas mismas cuestiones con carácter previo y fuera del trámite ya precluido de los artículos de previo y especial pronunciamiento del art.º 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habiendo indicado dicha resolución al respecto, aun con carácter restrictivo por falta de previsión legal expresa, que “En todo caso y ciñéndonos a la cuestión que nos ocupa, la Audiencia había citado a las partes para el juicio oral y dio comienzo a sus sesiones abriendo un debate preliminar que resolvió por medio de Auto y no, como hubiera sido lo lógico, abordando la cuestión en la sentencia definitiva que dictase en la que podría perfectamente valorar la efectividad de la prueba y su adecuación a la legalidad constitucional u ordinaria. Al no hacerlo así se lesiona el principio de unidad de acto que recoge el artículo 744 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable al procedimiento ordinario, en el que se establece que abierto el juicio oral éste continuara por todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión, que debe culminarse por la sentencia que ponga fin a la causa”.

Aunque se destaca la cuestión en otros párrafos, se debe recordar, de nuevo, que no se trata aquí de la única diligencia de posible incriminación practicada, sino que se han practicado otras muchas con anterioridad y con posterioridad. Por ello mismo, la afectación a derechos fundamentales, concretamente y al menos al derecho a la tutela judicial efectiva del art.º 24 de la Constitución, se produciría siempre, lo que dejaría en virtual e inaplicable la norma que establece la concentración previa al inicio del juicio oral cuando no se trate de

la única posible prueba de cargo sobre la que se debate -como es el caso, en el que hay otras muchas y numerosas diligencias de investigación-, siendo la previsión legal saneadora del material probatorio a considerar en el juicio oral mera "literatura jurídica" carente de finalidad alguna real. Por supuesto que, de tratarse de la única diligencia la cuestionada, o de ser la principal, la postura del Voto particular habría coincidido con el criterio mayoritario de la Sala. Pero ese no es el caso planteado. Debió pues denegarse la nulidad interesada, posponiendo su análisis al momento señalado expresamente por la Ley y por la doctrina jurisprudencial.

Y que ello debió acordarse así se infiere, en lógica derivada, de lo que se razona en la propia decisión mayoritaria sobre la existencia de indicios relacionados con las escuchas cuestionadas, centradas en las efectuadas en Centro Penitenciario entre los internos en prisión preventiva y sus abogados y letrados que los visitaron en él, puesto que, una vez más, y tras la decisión de anularlas, sigue estimando la decisión del Tribunal, frente a la pretensión instada de forma particular por uno de los internos, que no procede acceder a la modificación de su situación de prisión provisional incondicional, manteniéndose la misma por ahora.

Así pues, aun en el caso de sustanciarse el juicio oral por los trámites del juicio oral y ordinario ante la Sala, en su día y de no ponerse fin al procedimiento de otro modo, como podría ser el sobreseimiento o la pérdida de la condición de aforados antes de la apertura del juicio oral ahora hipotético de los imputados que determinan la atracción de la competencia ante la Sala de lo Civil y Penal, sería en la Sentencia definitiva tras el juicio oral el momento en el que se debiera decidir sobre la validez de alguna o algunas de las diligencias puestas en cuestión en éste momento por todas las pretensiones de las que conoce en grado de apelación éste Tribunal.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/1994, de 19-9, se apuntó al respecto, de forma clara, precisa y contundente, que "cuando se establece un trámite en una cierta fase del procedimiento no cabe practicarlo en otro momento y así ocurre en el abreviado, donde al comienzo del juicio oral aparece configurada una audiencia preliminar en la que cualquiera de las partes tendrá la oportunidad de exponer cuanto estime oportuno acerca de una serie de cuestiones y entre ellas, la eventual "vulneración de un derecho fundamental" (art.º 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Allí y entonces, no antes ni después, pueden y deben proponerse tales cuestiones y la decisión del Juez que recaiga sobre ellas sí puede ser objeto de un proceso de amparo, una vez agotado el recurso de apelación, uno de cuyos motivos bien puede ser la sedicente indefensión". Conviene recordar que el antecedente del actual art.º 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el anterior 793.2 citado en la resolución en cuestión. La decisión del Tribunal

Constitucional es clara y contundente sobre el cauce y el momento del planteamiento, que no puede ser el anticipado y extemporáneo que ahora se intenta.

Ello debió ser así puesto que, pese al silencio legal y a las previsiones generales contenidas en los arts. 11 y 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solo cuando el motivo de nulidad argumentado sea manifiesto y evidente, puede ser excluido en la fase de instrucción, anulándolo, ya que si, tal y como sucede en éste caso, existe una duda sobre la validez de la ingerencia judicial habida en las comunicaciones, aun no puede hablarse de prueba, sino de diligencia o diligencias de investigación o de instrucción (arts. 299, 758 y 777.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), cuya conversión en medio de prueba depende siempre del órgano judicial llamado al enjuiciamiento, sobre todo si, como ocurre o sucede en el supuesto de la instrucción en cuestión, no se trata del único medio incriminatorio del que se dispone a la fecha. O sea que, en todo caso, no depende de la decisión actualmente considerada, la continuación o no de la instrucción y la futura pendencia del juicio oral derivado, ni la desaparición de los indicios de criminalidad considerados con anterioridad.

Dos apuntes añaden fundamento a la procedencia de la extemporaneidad mantenida por el Voto particular que se desarrolla, a saber. El primero es que a lo dicho no se opone la Circular 1/1999 de la Fiscalía General del Estado ya que, como se ha dicho, no son las escuchas puestas en cuestión ni las diligencias principales del proceso de investigación en curso ni las únicas de las que deriven todas las demás, al haber estado precedidas y seguidas de otras muchas cuyo análisis deberá, en su caso, realizarse en otro momento y de forma individualizada, ni depende de su acordada exclusión como evidencia el mantenimiento de los indicios de criminalidad ni la desaparición de los mismos, por lo que su incidencia en aquel es, en todo caso, parcial. El segundo es que la decisión mayoritaria de la Sala permitirá el cuestionamiento permanente y la dilación de la solución definitiva de la instrucción en contra de la de finalidad de concentración prevenida por el Legislador respecto, también, de las posibles infracciones parciales de derechos fundamentales.

Las anteriores consideraciones resultan plenamente aplicables en un todo a la instrucción en curso, de la que derivan las apelaciones, adhesiones y solicitudes de nulidad de actuaciones planteadas, en tanto que la penalidad aplicable, en principio, no superaría los límites que para el juicio oral por procedimiento abreviado se desprenden de las disposiciones al efecto contenido en los arts. 14.4 y 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo, en todo caso, irrelevante que los superasen, como se ha señalado antes, pues también deben decidirse con carácter previo y con efectos en la Sentencia que

podría recaer tras la celebración del hipotético juicio oral, de llegarse al mismo.

**SEGUNDO.-** Sobre la importancia del derecho fundamental a la defensa y el secreto profesional del defensor:

No puede sino comenzarse los razonamientos atinentes a la decisión de las impugnaciones y solicitudes de nulidad de actuaciones de las que se trata en el recurso con una referencia, siquiera sucinta o esencial, a los derechos de defensa y a su relación con el secreto profesional de, entre otros, los abogados defensores en todo tipo de procesos, derechos fundamentales consagrados en los arts. 24 y 20.1.d) de la Constitución.

El derecho de defensa de los abogados que actúan en los procesos o que asesoran a sus clientes tiene que conceptuarse como básico y esencial en un Estado de Derecho, y así lo hace nuestra Constitución, proclamándolo con el máximo rango que se establece en nuestro Ordenamiento Jurídico. Las limitaciones al mismo han de ser, por ello mismo y por la garantía de los derechos de los ciudadanos, de carácter excepcional, justificadísimas y no habituales o permitidas solo o únicamente en circunstancias extraordinarias. Tampoco puede obviarse la importante función que se atribuye al respecto al Ministerio Fiscal al que el art.º 124 de la misma otorga funciones tales como la “misión (de) promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.

Así lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, relacionando el derecho de defensa con el secreto profesional de los abogados defensores, señalando en la importante Sentencia de 28-11-2001, entre otros extremos de importancia en relación con la cuestión controvertida, que “El letrado que utiliza su teléfono para comunicarse con sus clientes que lo tienen intervenido, no puede pretender un trato privilegiado que extienda el secreto a estos extremos. La valoración del contenido de las conversaciones deberá ser utilizada cautelosamente por el órgano juzgador, pero en ningún caso se puede declarar la nulidad de su contenido”, y que “El secreto profesional que protege a las relaciones de los abogados con sus clientes, puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido

desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes”.

Por su parte, en la derivada Sentencia 150/2006, de 22-5, del Tribunal Constitucional, se completó la anterior, al rechazar el recurso de amparo formulado en su contra, indicando que “Por tanto, se ha considerado esencial la aportación de los elementos objetivos indiciarios que sirven de soporte a la investigación y que permiten establecer una conexión entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida, en cuanto usuarios de la línea telefónica a intervenir, y el delito investigado, excluyendo de este modo las escuchas prospectivas, por cuanto éstas suponen un sacrificio desproporcionado del derecho fundamental. Y ello porque la expresión de lo que se ha denominado presupuesto habilitante de la medida no es un requisito meramente formal, sino que "constituye una exigencia del juicio de proporcionalidad" (Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999, de 5 de abril, Fundamento Jurídico 7), por lo que tan sólo resultará constitucionalmente exigible la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas, debiendo valorarse la suficiencia o no de los datos aportados a tal efecto en atención a las circunstancias concurrentes en el momento de la adopción de la medida en cada caso concreto”.

Se considera necesario, además, realizar algunas precisiones sobre el alcance de la confidencialidad, del secreto profesional del defensor, cuando de la investigación de delitos se trata. Dichas precisiones deben partir, como es natural, del alcance no absoluto o intocable, de ningún derecho, cuando exista un conflicto de derechos, como ocurre en el caso aquí planteado, exigiéndose una ponderación de los que se encuentran en conflicto.

Las prevenciones sobre el derecho de defensa y la confidencialidad de las comunicaciones entre el cliente y su abogado contenidas en la Resolución (73) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa no suponen sino el adecuado ejercicio, no el delictivo actual o previsible en el futuro inmediato, del derecho de defensa, sin que puedan trasladarse al caso de comprobación efectiva de actuación no profesional sino de colaboración criminal o de ocultación de efectos o del mismo cuerpo del delito por el Abogado que, de esa forma, más que de defensor actúa como colaborador, cooperador o autor de infracciones criminales previas, simultáneas o posteriores a la comunicación con su cliente en prisión provisional por delitos relacionados con aquellos en los que participa su Abogado.

En el mismo sentido, nada tiene que oponerse aquí a la libertad de defensa manifestada en la colaboración de varios defensores en la estrategia de defensa

(Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13-5-1980), y si en su expulsión del proceso, como veremos que se acordó, para no poder ser consideradas nunca como una evidencia de cargo o a considerar, pero que no dará lugar a la nulidad de la intervención judicialmente acordada si ésta fue lícita y se acordó en situación acreditada que revelase la existencia de indicios contra el Abogado actuante, manifestada en imputación decretada y no levantada a la fecha actual, o en la racional previsibilidad referida a la posible continuidad delictiva de colaboración criminal con el defendido o en la ocultación de efectos o cuerpo del delito investigado. En ese caso no se trata de la defensa de un imputado en prisión, sino de presunta actividad delictiva del Abogado no amparada por los derechos de la defensa.

Sería, por lo tanto, tan elevado el margen de impunidad y de privilegio singularizado que derivaría de la interpretación que se hace en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala que, más que garantía del derecho de defensa, cuya comprobación hace inviable la continuación de la intervención lícita y la eliminación de las escuchas referidas al derecho de defensa, tal y como se acordó en el tercero de los Autos impugnados, que sería el proceso español, como veremos de inmediato, un apartado islote en el mundo de las normativas de otros países democráticos que no mantienen, como regla, las consecuencias derivadas en general y para todo tipo de comunicaciones entre los clientes en prisión preventiva y sus Abogados que cooperan o se involucran -dejando de cumplir así sus deberes profesionales, de defensor, y utilizando un necesario secreto de defensa con finalidad viciada y criminal- en la ejecución, la ocultación o la continuidad de actividades delictivas, de sus efectos o del cuerpo del delito entendido en el sentido referido en los arts. 334 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esa fue la finalidad de las intervenciones decretadas, que se cuestionan ante la Sala, ya que para su acuerdo existían previas imputaciones de 3 Abogados y de 1 asesor fiscal, imputaciones que no se han dejado sin efecto en la actualidad, siendo irrelevante, como ocurre en la generalidad de las intervenciones telefónicas que parten de indicios comprobados en la instrucción, que no se mencionen por el nombre determinado a los intervinientes en las conversaciones, siempre que éstas reúnan las precisas condiciones de prueba de cargo y no de estrategias de defensa, que deben excluirse como evidencias en todo caso.

Pero sobre ello se tratará con más extensión más adelante.

Ha de exponerse en éste Voto particular, porque la explicación con supuestos que pueden darse resulta la mejor de las explicaciones visuales posibles, las consecuencias que podrán llegar a darse de mantenerse el criterio de la mayoría de la Sala. Pensemos, como posible y sin demérito de la inmensa

mayoría de los abogados con elevada categoría moral e intelectual actuantes en los procesos penales que se siguen en España, que un interno en prisión preventiva se concierta con su abogado para que transmita -y eso nunca es derecho de defensa sino otra cosa muy diferente- y para que de instrucciones de matar a una persona, o de hacer desaparecer el cadáver de la persona asesinada, o para facilitar el blanqueo de dinero sucio procedente del tráfico de drogas, de la prostitución ilegal o de la evasión fiscal, o del tráfico de influencias.

La inmunidad absoluta que se da en esos casos a la confidencialidad en el locutorio de las prisiones impediría la prevención e investigación, y acaso hasta la comisión de delitos contra la vida o de otros considerados siempre con la categoría de graves en el Código Penal vigente y en la relacionada normativa comunitaria europea e internacional que obliga a España y que puede dar lugar, de no cumplirse, a su responsabilidad internacional, y ello, como es natural, ya que no se discrimina en la decisión mayoritaria de la Sala, aunque existieran indicios objetivos de la actuación criminal ya existente, en curso, continuada o previsible del o de los defensores o de los terceros abogados relacionados con el interno en la prisión.

Resulta, por todo ello, desmesurada, contraria a la interpretación restrictiva que debe tener todo privilegio en conflicto con otros derechos fundamentales y de forma individualizada y justificada, contraria a la ponderación de un posible conflicto de derechos fundamentales, desmedida respecto a las intervenciones telefónicas practicadas en la vía ordinaria del art.º 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la que las Sentencias ya citadas al principio de la Sala 2.ª excluyen la eficacia del derecho a no declarar de aquellos sobre los que recaen indicios de responsabilidad penal o sobre los que es previsible que recaigan por la inminencia de la posible comisión de delitos de ejecución permanente, o añadidos a los ya cometidos, la novedosa interpretación que realiza el criterio mayoritario, que no comparto en absoluto, del derecho de defensa cuando se realiza en los locutorios de las prisiones aunque pueda haber sido desnaturalizado por la infracción penal en ejecución o prevista de algún abogado que se entrevista con el interno.

En estos casos, siempre que se constate la implicación prevista, en curso o previsible racionalmente del abogado en la actividad criminal, no se puede hablar de confidencialidad, ni de derecho de defensa, ni de secreto profesional, sino, claramente, de actividad criminal contraria a lo que son todos esos derechos puesto que, usando o bajo la apariencia de ampararse en ellos, se persigue otra finalidad real contraria e ellos: la comisión de delitos. Y eso aunque la entrevista se realice en el locutorio de la prisión. ¿Qué diferencia real y sustantiva existe con la entrevista reservada en el despacho o en el bufete de su defensor?: en mi criterio que se auxilie o se intervenga en la



comisión de un delito ejecutado, permanente o futuro?, pero ninguna otra. Si no hay actividad criminal alguna, recobran toda su vigencia los derechos de defensa, de confidencialidad, a no declarar, y a no confesarse culpable, al secreto profesional, porque se están ejercitando y en ese caso sí, evidente, constitucional y legalmente, son “intocables” y así debe saberlo el defendido.

En ese sentido, acudiendo a la perspectiva del derecho comparado vigente en otros sistemas jurídicos de países democráticos, con un sistema de garantía de los derechos fundamentales similar al nuestro, se debe indicar que la tónica jurídico-procesal en Italia (arts. 200 y 271 del Código de Procedimiento Penal) es la de no prohibirse las escuchas a los abogados, estableciéndose que cuando se trate de escuchas realizadas a los abogados y se trate de las amparadas por el secreto profesional, las mismas no pueden utilizarse en el proceso penal como prueba respecto de los hechos de los que han tenido conocimiento por razón de su profesión, siendo destruidas salvo que se trate del cuerpo del delito.

En Estados Unidos, dentro del derecho federal, atendiendo a su interpretación doctrinal y jurisprudencial, y con especialidades en algunas legislaciones estatales, se dispone (& 2517(4) del United States Code) que las denominadas comunicaciones privilegiadas o con abogados defensores están prohibidas en principio, con la excepción de que las partes estén tratando sobre un crimen que han cometido o que planean cometer, con independencia de la relación que exista entre ellas. Se puntualiza, asimismo, que si se obtuvieron escuchas referidas a la estrategia de defensa, deben ser suprimidas las mismas como evidencias.

Por último, incluso en la legislación procesal penal de Suecia, en la que se establece una prohibición absoluta de las escuchas entre clientes y abogados, se dispone que deben ser destruidas de inmediato, dada la especial preferencia dada a la protección de datos confidenciales, pero no se dice nada sobre si el abogado a pasado a ser codelincuente con el defendido y existe en la legislación procesal sueca una normativa especial sobre nulidades en el proceso penal.

Se puede adelantar así que la tónica general del derecho comparado en materia de intervención de las comunicaciones va dirigida a la exclusión del proceso, a su eliminación como evidencia en el caso de haberse obtenido, o a su destrucción, de aquéllas escuchas que realizadas durante la relación confidencial o de defensa real entre cliente y su abogado se refieran al derecho de defensa o a las estrategias de defensa, sin que convierta en nulas la integridad de las intervenciones judiciales decretadas en caso alguno, ni tampoco se establezca su eliminación ni el que deba dejarse de tenerlas como diligencia probatoria si se traspasan los límites del derecho de defensa o es

muy probable que se traspasen, en razón de los indicios existentes al ordenarse la intervención judicial, lo que demanda un juicio sobre la razonabilidad del mismo acuerdo o decisión judicial de acordarlas, sobre la ingerencia decretada en su momento y en razón el estado de la investigación criminal en curso.

**TERCERO.-** Sobre las presuntas infracciones de blanqueo de capitales y los medios legales para su averiguación:

La importancia y gravedad de las presuntas infracciones criminales integrantes de los delitos de blanqueo de capitales investigados, que motivó la medida de ingerencia cuestionada, resalta, en el orden del derecho comunitario europeo, de las siguientes menciones, aparte de las de derecho internacional general que más adelante se mencionan. Se introduce este apartado con la finalidad de exponer la relevancia de una de las imputaciones principal efectuada por la acusación, y su significado comunitario e internacional actual:

-Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo:

Dispone en su art. 1 que “1. Los Estados miembros velarán por que el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo queden prohibidos.

2. A efectos de la presente Directiva, las siguientes actividades, realizadas intencionadamente, se considerarán blanqueo de capitales:

a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto;

b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;

c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;

d) la participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras precedentes, la asociación para cometer ese tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución.

3. Se considerará que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes que vayan a blanquearse se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país.

4. A efectos de la presente Directiva, se entiende por “financiación del terrorismo” el suministro o la recogida de fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los arts. 1 a 4 de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

5. El conocimiento, la intención o la motivación que han de darse en las actividades a que se refiere el presente artículo, apartados 2 y 4, podrán establecerse basándose en elementos de hecho objetivos”.

Su art.º 2, sobre el ámbito personal o subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria de blanqueo de capitales, a su vez, indica que “1. La presente Directiva se aplicará a:

1) las entidades de crédito;

2) las entidades financieras;

3) las siguientes personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión: a) los auditores, contables externos y asesores fiscales; b) los notarios y otros profesionales independientes del Derecho cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: I) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, II) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, III) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores, IV) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas, V) la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades, fiducias, o estructuras análogas; c) los proveedores de servicios de sociedades y fideicomisos que no estén ya contemplados en las letras a) o b); d) los agentes de la propiedad inmobiliaria; e) otras personas físicas o jurídicas que comercien con bienes únicamente en la medida en que los pagos se efectúen al contado y por importe igual o superior a 15 000 €, ya

se realicen en una o en varias transacciones entre las que parezca existir algún tipo de relación;...

2. Los Estados miembros podrán decidir no incluir en el ámbito de aplicación del art. 3, apartados 1 o 2, a las personas físicas o jurídicas que realicen actividades financieras con carácter ocasional o de manera muy limitada y cuando exista escaso riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo”.

A continuación, el art.º 3 efectúa las siguientes definiciones de interés relevante en el ámbito del blanqueo de capitales: “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) “entidad de crédito”: toda entidad que se ajuste a la definición del art. 1, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, así como toda sucursal, tal y como se define en el punto 3 del art. 1 de dicha Directiva, establecida en la Comunidad por entidades de crédito que tengan su sede social dentro o fuera de la Comunidad;

2) “entidad financiera”: a) toda empresa distinta de una entidad de crédito que efectúe una o varias de las operaciones mencionadas en los puntos 2 a 12 y 14 de la lista que figura en el anexo I de la Directiva 2000/12/CE, incluidas las actividades de los establecimientos de cambio y de las empresas de transferencia o envío de dinero; b) toda empresa de seguros debidamente autorizada con arreglo a la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida, en la medida en que realice actividades contempladas en dicha Directiva; c) toda empresa de inversión tal como se define en el art. 4, apartado 1, punto 1, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros; d) toda empresa de inversión colectiva que negocie sus participaciones o acciones; e) los intermediarios de seguros según se definen en el art. 2, apartado 5, de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros, con excepción de los intermediarios a que se refiere el art. 2, apartado 7, de dicha Directiva, cuando actúen en relación con seguros de vida u otros servicios relacionados con la inversión; f) las sucursales, situadas en la Comunidad, de las entidades financieras contempladas en las letras a) a e) que tengan su sede social dentro o fuera de la Comunidad;

3) “bienes”: todo tipo de activos, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos

jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos;

4) “actividad delictiva”: cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave;

5) “delitos graves”: como mínimo, los siguientes: a) los actos definidos en los arts. 1 a 4 de la Decisión marco 2002/475/JAI; b) cualquiera de los delitos contemplados en el art. 3, apartado 1, letra a), de la Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; c) las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el art. 1 de la Acción Común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea; d) el fraude según se define en el art. 1, apartado 1, y el art. 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves, e) la corrupción; f) todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses;

6) “titular real”: la persona o personas físicas que posean o controlen en último término al cliente y/o la persona física por cuenta de la cual se lleve a cabo una transacción o actividad. El titular real incluirá, como mínimo: a) en el caso de las personas jurídicas: I) la persona o personas físicas que en último término posean o controlen una entidad jurídica a través de la propiedad o el control, directos o indirectos, en dicha persona jurídica de un porcentaje suficiente de acciones o derechos de voto, incluidas las carteras de acciones al portador, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y que estén sujetas a requisitos de información de Derecho comunitario o a normas internacionales equivalentes; para cumplir este criterio, se considerará suficiente un porcentaje del 25 % más una acción, II) la persona o personas físicas que ejerzan por otros medios el control de la gestión de una entidad jurídica; b) en el caso de las entidades jurídicas, como las fundaciones, y de los instrumentos jurídicos, como los fideicomisos, que administren y distribuyan fondos; I) cuando ya se hayan designado los futuros titulares, la persona o personas físicas que sean titulares del 25 % o más de los bienes de una entidad o un instrumento jurídicos, II) cuando los beneficiarios de la entidad o el instrumento jurídicos estén aún por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa principalmente la entidad o el instrumento jurídicos, III) la persona o personas naturales que ejerzan un

control sobre el 25 % o más de los bienes de una entidad o un instrumento jurídicos;

7) “proveedores de servicios a sociedades y fideicomisos”: toda persona física o jurídica que preste con carácter profesional los siguientes servicios a terceros: a) constituir sociedades u otras personas jurídicas; b) ejercer funciones de dirección o secretaría de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; c) facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otra persona o instrumento jurídicos; d) ejercer funciones de fideicomisario en un fideicomiso expreso o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; e) ejercer funciones de accionista nominal por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y estén sujetas a requisitos de información conformes con el Derecho comunitario o a normas internacionales equivalentes, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones;

8) “personas del medio político”: personas físicas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes, así como sus familiares más próximos y personas reconocidas como allegados;

9) “relación de negocios”: relación empresarial, profesional o comercial vinculada a la actividad profesional de las entidades y personas sujetas a la presente Directiva y que, en el momento en el que se establece el contacto, pretenda tener una cierta duración;

10) “banco pantalla”: entidad de crédito o entidad que desarrolla una actividad similar, constituida en un país en el que no tenga una presencia física que permita ejercer una verdadera gestión y dirección y que no sea filial de un grupo financiero regulado”.

A continuación, la expresada Directiva dispone, en su art.º 9 que “5. Los Estados miembros prohibirán a la entidad o persona interesada que no pueda cumplir lo dispuesto en el art. 8, apartado 1, letras a), b) y c), efectuar operaciones a través de una cuenta bancaria, establecer una relación de negocios o llevar a cabo una transacción, o le exigirá que ponga fin a la relación de negocios y estudie el envío de una comunicación sobre el cliente a la unidad de inteligencia financiera (UIF) con arreglo al art. 22.

Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el párrafo anterior cuando los notarios, profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales estén determinando la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñando su misión de defender o representar a

dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación de un proceso o la forma de evitarlo.

6. Los Estados miembros exigirán a las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva que no sólo apliquen procedimientos de diligencia debida con respecto al cliente a todos los nuevos clientes, sino también, en el momento oportuno, a los clientes existentes, en función de un análisis del riesgo”.

No existe la obligación de denunciar al cliente respecto de los profesionales liberales o abogados ya que la obligación citada contenida en el art.º 22 de la expuesta Directiva queda exceptuada en el art.º 23 en los siguientes términos: “1. No obstante lo dispuesto en el art. 22, apartado 1, en el caso de las personas contempladas en el art. 2, apartado 1, punto 3, letras a) y b), los Estados miembros podrán designar al organismo autorregulador pertinente de la profesión de que se trate como la autoridad a la que se ha de informar en primera instancia en lugar de la UIF. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, en tales casos, los organismos autorreguladores designados transmitirán de inmediato la información sin filtrar a la UIF. 2. Los Estados miembros no estarán obligados a imponer las obligaciones establecidas en el art. 22, apartado 1, a los notarios, profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales con respecto a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos”.

-Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de personas del medio político y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada:

Dispone en su art. 3.4 que “Al determinar si los clientes o los productos y transacciones mencionados en los apartados 1, 2 y 3 presentan un riesgo bajo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, los Estados miembros prestarán especial atención a toda actividad de estos clientes o todo tipo de productos o transacciones que, por su naturaleza, se considere especialmente susceptible de uso o abuso a efectos de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

Los Estados miembros no considerarán que los clientes o los productos y transacciones mencionados en los apartados 1, 2 y 3 presentan un riesgo bajo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo si se dispone de información indicativa de que el riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo puede no ser bajo”.

Y en su art. 4.2 que “Al evaluar el riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo a efectos de lo dispuesto en el art. 2, apartado 2, de la Directiva 2005/60/CE, los Estados miembros prestarán especial atención a toda actividad financiera que, por su naturaleza, se considere especialmente susceptible de uso o abuso a efectos de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

Los Estados miembros no considerarán que las actividades financieras a que se refiere el apartado 1 presentan un riesgo bajo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo si se dispone de información indicativa de que el riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo puede no ser bajo”.

Desde la perspectiva del derecho internacional general, procede resaltar que la normativa española se fundamenta en normas internacionales, en las que se han sentado las bases para la cooperación y la lucha contra el crimen organizado. Así podemos citar, el Convenio de Viena, “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas”, aprobado el 20 de diciembre de 1988, que extendió la sanción al blanqueo de dinero, intentando privar de las ganancias del delito a los autores, y posibilitando mecanismos de asistencia internacional. También la “Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” (Nueva York, 15 Noviembre 2000), abierto a la firma en Palermo (diciembre 2000), entró en vigor el 29 septiembre 2003, que tiene por finalidad la lucha contra la delincuencia organizada, o contra la participación en una organización delictiva, contra el blanqueo de capitales y contra la corrupción, obligando a los Estados a prestarse la mas amplia asistencia recíproca sobre investigaciones, procesos y actuaciones judiciales con relación a los delitos comprendidos en la Convención.

En el ámbito europeo, aparte de lo ya antes reseñado como “acervo” más reciente, señalaremos el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo 8 de noviembre de 1990) ratificado por España el 21 de octubre de 1998. Los estados signatarios de este Convenio, en el ámbito del Consejo de Europa, pretenden luchar contra la actividad delictiva, privando al delincuente del producto del delito, entendiendo por producto todo provecho económico derivado del delito, con un sistema eficaz de cooperación internacional. Para ello, establece una serie



de medidas de confiscación de los instrumentos y productos derivados del delito, e indagatorias. Como ya se ha visto antes, también varias directivas de la Unión Europea se han ocupado de armonizar las legislaciones de los estados europeos, así la primera más importante Directiva 91/308/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, a la que han seguido otras que han motivado reformas legislativas en España, por lo que podemos afirmar que en nuestro país se ha legislado bajo directiva comunitaria.

Las normas básicas españolas están contenidas en la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, y en el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la referida Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, habiendo sido objeto de posteriores reformas dicha Ley 19/1993. Define la Ley, en su art.º 1, el blanqueo de capitales como la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que proceden de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior o de participación en las mismas -un delito castigado con pena superior a tres años- para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado.

También se establece en la Ley española que quedarán, asimismo, sujetas a las obligaciones establecidas en esta ley, con las especialidades que puedan establecerse reglamentariamente, las personas físicas o jurídicas que ejerzan aquellas otras actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales. Se considerarán tales:... d) Los notarios, abogados y procuradores quedarán igualmente sujetos cuando realicen ciertas actividades, tales como: 1.º Participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias (“trust”), sociedades o estructuras análogas, o 2.º Actúen en nombre y por cuenta de clientes, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria.

Siguiendo, ya en el plano del derecho penal español, aparte de la existencia de otros delitos imputados en la causa o diligencias de las que deriva la impugnación de la que ahora se trata, conviene señalar que los arts. 13 y 33 del Código Penal, tal y como destacó en su informe el Ministerio Fiscal,

conceptúan como delitos graves los de blanqueo de capitales definidos en los arts. 301 y siguientes de dicho Cuerpo Legal, investigándose hechos que se refieren a la circunstancia del trasiego o circulación de millones de euros procedentes de presuntos delitos fiscales, de cohecho y de tráfico de influencias, mediante el establecimiento de una red de sociedades en España y en el extranjero, concretamente en territorios no colaboradores, “of share” o vulgarmente conocidos como “paraísos fiscales”, persiguiéndose incluso modalidades imprudentes de dichas infracciones de blanqueo de capitales con arreglo a la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo y a lo dispuesto en el art.º 301.3 del Código Penal vigente.

**CUARTO.-** Requisitos de proporcionalidad, ponderación o necesidad e idoneidad de las medidas cautelares, y su razonabilidad:

En el primero de los fundamentos de la presente resolución ya se ha hecho referencia los presupuestos habilitantes de la medida cautelar de intervención de las comunicaciones de una persona por orden judicial que, resumidamente, han de reunir los siguientes requisitos acumulados o concurrentes, para lo que seguimos la clara exposición y pautas al respecto contenida en la ya antes citada Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 28-11-2001, procediendo a analizar, al tiempo, lo que ocurre en el caso traído a la Sala por las impugnaciones suscitadas:

a) **Habilitación judicial:**

La doctrina jurisprudencial estima que se trata de un requisito insubsanable para la viabilidad constitucional de las escuchas, y consiste en que la autorización para la intervención telefónica, la realice un Juez de Instrucción, bien en el curso de la investigación criminal o bien dando paso a un proceso que se inicia a partir de la concesión de la interceptación.

El Juez que adopta la medida tiene que ser el Juez ordinario predeterminado por la ley. Tanto en el caso de que se acceda a la medida o bien se niegue, el Juez tiene que incoar unas Diligencias Previas (o un Sumario, añadimos), que sirvan de encuadre a la resolución judicial, en forma de Auto, que debe ser adoptada para exteriorizar la voluntad judicial.

En el caso que nos ocupa, el Juez que adopta inicialmente la medida de intervención, es el que por reparto le corresponde el testimonio deducido de otras diligencias previas que actúan como matriz, de las que se desglosan las actuaciones que constituyen la esencia del procedimiento en el que se han dictado los Autos recurridos, completados por el dictado por el Instructor designado por ésta Sala con posterioridad. Esta Sala ha declarado en

precedentes fechas, rechazando otra impugnación planteada al respecto, la plena regularidad del turno y de la incoación de las diligencias por el inicial Instructor.

En el caso controvertido no se debate sobre la existencia de autorización judicial, sino sobre su legitimidad, por lo que ha de tratarse de tal extremo en la referencia al ámbito concreto en el que se acordó la intervención de las comunicaciones, los locutorios de la prisión de Soto del Real en la que se encontraban internos en calidad de presos preventivos tres de los imputados en la causa, situación en la que continúan en la actualidad. Como esa es una de las cuestiones centrales sobre las que versa la impugnación, se dedica a ella, en su integridad, el siguiente razonamiento jurídico de ésta resolución, y a ella remitimos en éste momento en todo, aparte de lo que ya se ha adelantado antes al tratar del derecho de defensa, del secreto profesional adecuadamente utilizado y de la confidencialidad.

#### b) Motivación:

Destaca la Sala 2.<sup>a</sup>, asimismo, que la resolución judicial ha de ser motivada, debiendo adoptar la forma de Auto en el que se contengan, no sólo los presupuestos fácticos que condicionan la medida, sino también los razonamientos jurídicos que la justifican. La motivación no sólo es una exigencia formal impuesta al Juez, sino también una garantía para que la persona afectada pueda, en su momento, valorar y combatir la adecuación de la medida a los presupuestos legales y jurisprudenciales, exigidos para legitimar una decisión tan lesiva para el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Después de diversas vacilaciones, la jurisprudencia mayoritaria de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, ha venido admitiendo la fundamentación fáctica por remisión a los oficios policiales que solicitan la medida, siempre que su contenido contenga todos los elementos necesarios, para conocer, con exactitud, las condiciones en que se produce la autorización.

Se exige, no obstante, la existencia de verdaderos indicios y no de meras sospechas o conjeturas, habiendo establecido la jurisprudencia que se considera ilícita la intervención apoyada en unos datos fácticos policiales notoriamente imprecisos que no pasaban de sospechas y conjeturas, pero que no alcanzaban el nivel de indicios, basados en datos objetivos, necesarios para justificar la restricción de un derecho fundamental de tanta trascendencia como el que garantiza el secreto de las comunicaciones (Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> de 15-2-2005). Nada de eso se ha cuestionado en el presente caso.

En la Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> de 21-3-2005 también se exige la especialidad del hecho delictivo investigado; limitación temporal y control judicial (cuya

principal exigencia consiste en la entrega íntegra de las grabaciones originales a la autoridad judicial, a disposición de todas las partes del proceso, y la posibilidad de reproducirlas, sea total o parcialmente, en el juicio oral a instancia de las mismas). No constituye, pues, una medida exigible, en el plano de las garantías constitucionales, ni la transcripción íntegra de las grabaciones, ni su previa audición íntegra por la autoridad judicial, ni existe norma que prohíba a la autoridad judicial ordenar o servirse de la selección o resumen que de las conversaciones intervenidas puedan hacer los funcionarios policiales a los que se haya encomendado la práctica de la intervención. La autoridad judicial competente puede servirse, tanto para autorizar las intervenciones como para acordar sus prórrogas, de las informaciones facilitadas por la Policía Judicial (cuyos miembros, como es sabido, están sujetos en el desempeño de sus funciones a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico -v. arts. 9,1, 103,1 y 104 de la Constitución Española), de las que deberá quedar la debida constancia en las actuaciones procesales para posibilitar el ulterior control de las decisiones judiciales, pero sin que pueda considerarse necesario para que pueda adoptar tales medidas que disponga de una transcripción íntegra de las conversaciones grabadas ni, por supuesto, que deba proceder a una audición previa de las mismas...” (Fundamento Jurídico 3.º).

Creemos que las indicaciones sobre el tercer Auto pronunciado por el inicial Instructor, que se relatan por la decisión mayoritaria de la Sala en el 6.º de sus fundamentos jurídicos, perecen por dos órdenes de razones. La primera porque la jurisprudencia no exige, como se acaba de exponer, la transcripción íntegra de las conversaciones realizadas o grabadas, y la segunda porque es justamente la expresa exclusión como evidencias de las referidas a las estrategias de defensa, amparadas por el derecho de defensa, las que impiden su toma en consideración, su valoración, su lectura o su mera consideración y, de forma añadida, no se entiende muy bien qué es lo que quiere señalar el Tribunal en su mayoría decisoria cuando habla de “harto mayor descontrol que la preexistente y su prórroga” puesto que no ha hablado de descontrol alguno anterior a ésta tercera resolución impugnada. Se trata de expresiones que, con todo mi respeto y consideración, son gratuitas y ajenas a las cuestiones tratadas en la revisión efectuada por la Sala y a las que debió atenderse, sin sobrepasar su función legal propia.

Se indica al respecto en el primero de los Autos dictado el 19-2-2009 que la inmisión se acuerda a la vista de la complejidad de la investigación que debe seguir desarrollándose en torno a los tres imputados en prisión y con la finalidad de poder determinar con exactitud todos los extremos de sus ilícitas actividades, estando precedido el mismo de varios informes de la AEAT y de la Fiscalía sobre actividades de blanqueo y de delitos fiscales, entre otros, con ramificaciones fuera del territorio jurisdiccional español. A la fecha del mismo

los tres imputados ya estaban internos en Centro Penitenciario en virtud de la correspondiente medida cautelar personal privativa de libertad acordada desde el 12-2-2009, habiendo sido imputados antes, asimismo, dos de los tres Abogados defensores de los mismos, con imputación no modificada en la actualidad y por hechos relacionados con los que se habrían realizado por sus defendidos con anterioridad y al tiempo.

Existían así, pues, y sin duda alguna, indicios suficientes referidos a los principales encartados en prisión y a varios de los abogados defensores, lo que permitía razonablemente pensar que pudieran seguirse proyectando actividades ilícitas o delictivas, tanto por los primeros como por los segundos. La motivación así aparece suficiente, sin que se pueda predicar ausencia de ella o de los indicios considerados, ni considerar el Auto aisladamente o de forma separada y autónoma del resto de la investigación precedente que ha conocido la Sala merced al amplio testimonio de particulares examinado por ella.

Por eso mismo estaba justificadísima la prevención judicial consistente en acordar 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 cualquiera otros donde se trasladen, ...por un periodo comprendido desde el 19.02.09 hasta el 20.03.09”. En todo caso, pese a la previa imputación del Letrado citado nominalmente, se excluía aquello que se refiriera al derecho de defensa, por lo que, salvo que se estime que nunca pueden intervenir las conversaciones con el Abogado defensor, incluso aunque haya pasado a realizar una actividad impropia de su labor, colaborando o previéndose su intervención activa en los delitos investigados, la motivación era la adecuada a las circunstancias concurrentes y al estado de la investigación previa, no prospectiva.

No se puede entender, por ello, que se pueda considerar que el Auto inicial del que ahora se trata no contenga referencia o alusión de ningún tipo a la existencia de cualquier concreta sospecha, más o menos fundada, pero en todo caso individualizada y con alguna base o indicio real en su favor, que no sea una mera suposición o conjetura dirigida a suponer que los abogados de referencia podrían desempeñar el ilícito cometido que de ellos temía el instructor. Dos de los defensores ya estaban imputados, y seguían actuando en el proceso, y se menciona nominalmente a uno de ellos en la resolución puesta en cuestión.

Qué más indicios pueden exigirse, para acordar las escuchas, que la previa y conocida imputación de un abogado, conocida por él previamente a la misma

intervención judicial. Imputación, recordemos, no dejada sin efecto ni impugnada hasta el día de hoy, no anulada ni alterada en forma alguna. No se trató de sospechas o conjeturas, sino de indicios objetivados ya antes. Objetivos y no subjetivos, dada la imputación y la expresa referencia contenida al respecto en el oficio policial previo (folios 37 y Anexo de Estructura de Blanqueo del n.º 8727/09 UDEF-BLA) y escrito del Ministerio Fiscal del 5-2-2009.

Se cumplió así el requisito jurisprudencial referido a que la medida deba “limitarse a aquellos supuestos en que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes”. Hasta que se comprobó que ello había dejado de producirse, siendo así lícita y justificada la intervención judicial.

En el primer Auto de prórroga, el fechado el 20-3-2009, se indica que se prorroga a solicitud de la Policía la escucha judicial acordada en la precedente resolución, siendo la motivación casi idéntica a la contenida en ella, aun sin hacerse referencia a la posible intervención de letrados como enlaces de los imputados en prisión con referencia específica a uno de ellos, sino a los que realicen dicha actividad de colaboración con los imputados en sus posibles actividades criminales.

Se ha de estimar suficiente la fundamentación complementada ahora con la remisión a la solicitud policial, dado el escaso tiempo transcurrido desde la anterior, la imputación de dos de los letrados defensores que actuaban con tal condición hasta el 3-3-2009 respecto de los imputados en prisión, la naturaleza continuada de los delitos investigados y la gravedad de los mismos, puesta antes de manifiesto.

La base de dicha prórroga estriba en el oficio policial en el que se dice que “la Fuerza Actuante ha presentado oficio con el n.º 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”. No debe plantearse, de forma desmesurada y de nuevo aislada del contexto de la continuidad delictiva, una motivación aislada de lo que venía ocurriendo desde hace tiempo, sin perjuicio de la inocuidad de las escuchas, bien por referirse al derecho de defensa o bien por su intrascendencia en la investigación seguida. Pero nunca, como hacen las normas procesales de derecho comparado antes expuestas, predicarse la nulidad de la misma decisión judicial de prórroga de las escuchas.

Otra interpretación diferente, frente a la base firme de las escuchas concedidas un mes antes, y no fundada en meras conjeturas o sospechas, pronósticos delictivos o búsqueda de pruebas prospectiva, debería estimarse, al menos,

como desmesurada y no atemperada a los requisitos del proceso justo referido en los arts. 6 y 8 del Convenio de Roma. Las transcripciones policiales se habían recibido en el órgano judicial instructor, y eran susceptibles de interpretación como prueba de cargo, y así lo apreció la policía y el Instructor. Otra cosa es la valoración que deba dárseles.

En el tercero de los Autos cuestionado, el de 27-3-2009, dictado tan sólo 7 días después del anterior, se acordó un simple complemento del anterior ya que, a expresa solicitud del Ministerio Fiscal, se excluyeron las escuchas que contuvieran transcripciones de las conversaciones mantenidas entre los imputados en prisión y sus letrados, y que se refieren a sus estrategias de defensa. Esta resolución de complemento se dicta, tan solo, 24 días después del constatado cese en la defensa de dos de los tres imputados en prisión de sus abogados defensores que, a su vez, estaban imputados en las diligencias por presunta colaboración con los primeros. Esta resolución fue, a su vez, seguida de otro Auto de prórroga dictado por el Instructor ya designado por la Sala que, pese a conocerse al levantarse el secreto parcial de las actuaciones, no ha sido impugnado por nadie.

Suponía dicha tercera resolución judicial, un remache, complemento o garantía adicional del anterior, redundando en algo que es evidente, y que consiste en la inocuidad de las escuchas que recojan estrategias de defensa o que se refieran a lo que si está amparado en todo caso por el derecho de defensa, la confidencialidad cliente-abogado y el secreto profesional. Pero que, dadas las circunstancias ya descritas, no puede determinar en éste caso la nulidad del mismo, pues no existe motivo legal alguno para ello.

Además la autorización se ha concedido por un Juez, que conocía que los testimonios que recibía, constituían la base de un sumario original, con lo que la justificación de la medida aparece más sólida y consistente. En las diversas impugnaciones formuladas, no se debate sobre la existencia de motivación sino sobre lo inadecuado de la motivación realizada en los Autos dictados inicialmente por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional.

Es lo cierto que, pese a dicha argumentación, las referidas resoluciones se acordaron en el curso de una investigación que, entre otros delitos ya antes citados, se refería a la de delitos de blanqueo de capitales, estimándose que su comisión la planeaban y ejecutaban los imputados desde la prisión en la que se encontraban privados de libertad provisionalmente, habiéndose acordado expresamente en el tercero de los dictados la expresa preservación del derecho de defensa mediante la expulsión de la causa de todo lo que se refiriera en las conversaciones interceptadas al mismo derecho fundamental, y que no sirviera para localizar y recuperar los efectos propios del delito. Dicha base o

motivación consta expresada en los Autos cuestionados, siendo lo suficientemente expresivos al respecto y cumpliendo así el mandato constitucional requerido en el art.º 120.3 de la Constitución.

La ausencia de cita del art.º 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en las primeramente dictadas, que se aduce como ausencia de motivación de ellas, o de cita errónea por mencionar el art.º 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, no puede obtener acogida en tanto que -aparte de lo que luego se razona en el apartado siguiente al respecto- se dice en ellas cual es el motivo plural de la ingerencia en la intimidad que se acuerda, razonamientos con lo que resulta lícito debatir pero que existen y cumplen así con las exigencias constitucionales para que se sepa cual es la razón, el porqué de la decisión judicial, siendo doctrina constante la que viene indicando que "Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999, de 5 de abril, Fundamento Jurídico 7, este Tribunal viene afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 de la Constitución Española las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (Sentencias 299/2000, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 4; 167/2002, de 18 de septiembre, Fundamento Jurídico 2).

En primer lugar, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. "La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución Española lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" (Sentencia 49/1999, de



5 de abril, Fundamento Jurídico 8; en el mismo sentido, Sentencias 166/1999, de 27 de septiembre, Fundamento Jurídico 8; 171/1999, de 27 de septiembre, Fundamento Jurídico 8; 299/2000, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 4; 14/2001, de 29 de enero, Fundamento Jurídico 5; 138/2001, de 18 de junio, Fundamento Jurídico 3; 202/2001, de 15 de octubre, Fundamento Jurídico 4; 167/2002, de 18 de septiembre, Fundamento Jurídico 2; 184/2003, de 23 de octubre, Fundamento Jurídico 11; 261/2005, de 24 de octubre, Fundamento Jurídico 2; 220/2006, de 3 de julio, Fundamento Jurídico 3).

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, Sentencias 49/1999, de 5 de abril, Fundamento Jurídico 8; 166/1999, de 27 de septiembre, Fundamento Jurídico 8; 171/1999, de 27 de septiembre, Fundamento Jurídico; 167/2002, de 18 de septiembre, Fundamento Jurídico 2; 259/2005, de 24 de octubre, Fundamento Jurídico 2; 253/2006, de 11 de septiembre, Fundamento Jurídico 2).

Sobre esa base, el Tribunal ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (Sentencias 299/2000, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 5; 138/2001, de 18 de junio, Fundamento Jurídico 4; 167/2002, de 18 de septiembre, Fundamento Jurídico 3; 165/2005, de 20 de junio, Fundamento Jurídico 5; 259/2005, de 24 de octubre, Fundamento Jurídico 4; 253/2006, de 11 de septiembre, Fundamento Jurídico 4). También ha destacado el Tribunal que "la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa" (Sentencia 299/2000, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 5; citándola Sentencia 138/2001, de 18 de junio, Fundamento Jurídico 4).

Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (por todas Sentencias 49/1996, de 26 de marzo, Fundamento Jurídico 3; 49/1999, de 5 de abril, Fundamento Jurídico 7 y siguientes; 167/2002, de 18 de septiembre, Fundamento Jurídico 2; STC 184/2003, de 23 de octubre, Fundamento Jurídico 9; 259/2005, de 24 de octubre, Fundamento Jurídico 2; 136/2006, de 8 de mayo, Fundamento Jurídico 4).

Y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, nuestra jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, Sentencias 167/2002, de 18 de septiembre, Fundamento Jurídico 2; 184/2003, de 23 de octubre, Fundamento Jurídico 9; 259/2005, de 24 de octubre, Fundamento Jurídico 2; 136/2006, de 8 de mayo, Fundamento Jurídico 4)” (Sentencia del Tribunal Constitucional de 28-9-2009).

Continuando con la cuestión de la motivación, también conviene recordar que se ha señalado al respecto que “También ha recordado esta Sala (Sentencia de 27-9-2006), que el Tribunal Constitucional, interpretando los arts. 24 y 120 de la Constitución Española, ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado” (Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 7-10-2009). Que “Se ha considerado esencial la aportación de los elementos objetivos indiciarios que sirven de soporte a la investigación y que permiten establecer una conexión entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida, en cuanto usuarios de la línea telefónica a intervenir, y el delito investigado, excluyendo de este modo las escuchas prospectivas” (Sentencia de 6-10-2009).

Resulta así que en los Autos cuestionados, dictados con anterioridad a la continuación de la instrucción por el Instructor designado en su momento por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid conforme al turno preestablecido a tal efecto, se dijo el porqué, la razón y justificación de la medida acordada y de su prórroga posterior, completándose así con el Auto que el 27-5-2009 pronunció el Instructor designado por la Sala, que no ha sido cuestionado, permitiendo conocer la motivación que llevó

al inicial Instructor a adoptar la medida excepcional de ingerencia, no privando así a las partes y a la jurisdicción de un ulterior control sobre una posible arbitrariedad interdictada por los arts. 9.3 y 24 de la Constitución.

Recuérdese que, además, a la fecha de su adopción, ya estaban declarados imputados los Letrados defensores de dos de los que, a su vez, aun siguen privados de libertad en Centro Penitenciario por decisión judicial, habiendo sido citados en tal calidad de imputados con fecha del 11-2-2009 para prestar declaración judicial. Y que, además, se había imputado a otro Letrado y a un asesor fiscal.

c) Excepcionalidad, subsidiariedad y huida del automatismo:

La medida que afecta al secreto de las comunicaciones telefónicas sólo podrá adoptarse, cuando no exista otro medio de investigación que sea de menor incidencia y agresividad sobre los derechos y libertades de los ciudadanos afectados.

Sobre dicha excepcionalidad, la jurisprudencia relata que se requiere “la excepcionalidad o idoneidad de la medida, ya que solo debe acordarse cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para la investigación (Sentencias del Tribunal Constitucional 49/1996, de 26 de marzo, Fundamento 3.º; 236/1999, de 20 de diciembre, Fundamento 3.º; 14/2001, de 29 de enero, Fundamento 5.º)” (Sentencia de la Sala 2.ª de 30-9-2009), que “la nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional” (Sentencia de 6-7-2009), que se define afirmando que ha de concurrir la “excepcionalidad de la misma, y, por tanto, obligatoria limitación temporal a lo estrictamente imprescindible” (Sentencia de 19-6-2009).

Pues bien, se indica al respecto en el primero de los Autos dictado el 19-2-2009 que la inmisión se acuerda a la vista de la complejidad de la investigación que debe seguir desarrollándose en torno a los tres imputados en prisión y con la finalidad de poder determinar con exactitud todos los extremos de sus ilícitas actividades, estando precedido el mismo de varios informes de la AEAT y de la Fiscalía sobre actividades de blanqueo y de delitos fiscales, entre otros, con ramificaciones fuera del territorio jurisdiccional español.

Ha de entenderse así lo excepcional de la medida, en tanto que se acordaba dicha ingerencia ya que difícilmente era o resultaba posible la investigación de los mismos si, refiriéndose a hechos de “colocación de activos” ilícitamente obtenidos en el exterior, no se adoptaba la medida de intervención o escucha

referida, siendo de difícil comprobación y seguimiento dichas posibles actividades presuntamente delictivas, dado su particular desarrollo y extensión temporal y territorial. Aparece así plenamente justificada la excepcionalidad requerida para la medida adoptada en ese momento.

Parece obvio, por lo demás, que, so pena de adoptar postura jurisdiccional en la apelación no guiada por la imparcialidad exigida para todos los órdenes jurisdiccionales, incluido el penal, ha de vetarse la inclusión de motivos o razonamientos de hecho o con base fáctica no introducidos en la apelación por las partes, con posible indefensión material para las acusadoras derivada de la ausencia de contradicción elevada a la categoría de derecho fundamental por el art.º 24 de la Constitución, en tanto que “La necesidad de que el Juez se mantenga alejado de los intereses en litigio y de las partes "supone, de un lado, que el juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte, y, de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra", (Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2003, de 27 de febrero)” (Sentencia de la Sala 2.ª de 27-4-2005).

Analizando con detenimiento las impugnaciones y adhesiones formuladas a ellas, no se observa que ninguna de ellas adujera oportunamente en los respectivos trámites procesales, y con el previo conocimiento para alegaciones impugnativas o con contradicción del Ministerio Fiscal o de las otras partes intervinientes en el proceso, la existencia o posibilidad de adopción de medidas equivalentes, pero menos gravosas, para la investigación seguida que, como se ha dicho, aparecía estar impregnada de una pluralidad de posibles infracciones penales, con colocación de determinados activos fuera del ámbito territorial de la jurisdicción española, y de sus Autoridades de control y de regulación.

No se ha cuestionado, pues, la exigencia de excepcionalidad de la medida de intervención o de escucha judicialmente acordada en su momento, por lo que, ante la inexistencia de tal cuestionamiento, no debió el Tribunal proceder al planteamiento por sí, y sin alegación impugnativa concreta y determinada al respecto, de extremos o datos fácticos diferentes a los propuestos por los apelantes, excediendo así sus facultades de revisión de lo antes planteado y no de otros puntos no suscitados. En otro caso, pretendiendo salvaguardar derechos fundamentales presuntamente vulnerados, se podrán haber vulnerado, a su vez, los de otras partes intervinientes en el proceso con derecho a la contradicción que, en definitiva, es derecho a la interdicción de su indefensión. Lo propio cabe decir respecto de la necesidad de la que se trata en la letra siguiente de éste mismo fundamento jurídico.

En el supuesto controvertido, en atención a los constatados precedentes de la investigación que obran en el testimonio de particulares remitido a la Sala, la motivación aparece consecuente y completada después con la contenida en el Auto que el pasado 27-5-2009 pronunció el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor designado por ésta Sala en su día para continuar las investigaciones iniciadas antes, sin que dicha resolución haya sido impugnada en momento alguno por las partes personadas o por el Ministerio Fiscal.

Las diligencias practicadas, en orden a la ingerencia de las comunicaciones de los imputados en prisión preventiva, no aparecen así como una más sino aconsejadas por las ya antes practicadas, como continuación de ellas y no dotadas de autonomía sino supeditadas a la investigación precedente, siendo precisas para su adecuada y razonable continuación o prosecución.

Pese a lo que se indica en alguna de las impugnaciones formuladas, cumplió la medida acordada con la exigencia referida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1996, de 23-3, en orden a la determinación del objeto de la intervención, pese a lo excepcional de la medida y a las actuaciones de investigación precedentes, que la justificaron, y que actuaron como hechos conocidos de carácter objetivo y que la legitimaron en cuanto a su objetividad y materia u objeto de la ingerencia acordada.

Ya se ha tratado suficientemente sobre la imposibilidad de tratar de los Autos impugnados sin considerar al tiempo el estado de las actuaciones de investigación cuando se acordó la intervención judicial, no pudiéndose aislarse del conjunto de las precedentes actuaciones de instrucción ni de su resultado positivo merced a la imputación de los que se encontraban, y aun lo están, en situación de prisión preventiva, ni de la previa imputación e un abogado, de un asesor fiscal y de otros dos de los defensores de aquéllos por hechos directamente relacionados con la investigación en curso.

El objeto a investigar, los delitos o infracciones y las personas estaban determinadas en la ingerencia, siquiera fuera por su profesión, excluyéndose la confidencialidad derivada del derecho de defensa. Se puso a disposición judicial el resultado de las transcripciones policiales y no se ocultó nada. No se dio ni concurrió, pues, el supuesto impeditivo previsto por la citada Sentencia del Tribunal Constitucional que relata al respecto lo siguiente: “al amparo de una autorización judicial para la investigación de un presunto delito contra la salud pública, mediante la intervención del teléfono de una determinada persona, Ramón, se estuvo investigando durante un largo periodo de tiempo a otras personas, Monserrat y Lorenzo, mediante la intervención de sus conversaciones telefónicas, sin poner en conocimiento del Juez que autorizó la primera intervención telefónica los nuevos hechos descubiertos, presuntamente constitutivos de delito de cohecho, ocultando la policía

igualmente, a los sucesivos Jueces que intervinieron, estos hechos y la fuente de conocimiento de los mismos, lo cual, además de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de los imputados, constituyó asimismo violación del derecho a un proceso con todas las garantías ex art.º 24.2 de la Constitución Española”.

d) Imprescindibilidad o necesidad:

Este requisito exige que el Juez llegue al convencimiento de que, por las características del delito o el estado de la investigación, se hace necesario o imprescindible la adopción de la medida. Para dilucidar la necesidad o imprescindibilidad es preciso ponderar los intereses en conflicto.

Siempre es aconsejable valorar y pesar, por un lado la necesidad de perseguir los hechos delictivos y por otro la posibilidad de lesionar derechos fundamentales. El Juez debe ponderar los intereses en conflicto y decidirse por el interés legítimo que considere preponderante, después de hacer una operación de balanceo, poniendo en cada platillo el interés general o social y los derechos individuales.

Ya se ha tratado sobre la gravedad de los delitos que eran objeto de investigación, referidos al blanqueo de capitales y a otros varios relacionados de presunta comisión precedente o simultánea, afectantes todos ellos a una red de corrupción organizada, y así conceptuados por la normativa comunitaria e internacional de blanqueo de capitales, razonándose en las resoluciones cuestionadas sobre un presunto “iter” o camino continuado en el tiempo de la comisión de los mismos, siendo precisa la evitación de la ocultación de los efectos de ellos o de la misma ejecución de las infracciones penales cometidas y en curso, no apareciendo así huérfana de los referidos requisitos la autorización judicial prorrogada en el tiempo.

La necesidad en relación con las circunstancias concretas es tratada, con mayor amplitud, en el fundamento jurídico siguiente de la presente resolución, aunque se puede ya adelantar al respecto que el equilibrio de intereses en juego, dado lo excepcional de la ingerencia en los derechos fundamentales afectados, fue adecuadamente ponderada en razón de lo que se acaba de señalar, tratándose de medida excepcional, no habitual y requerida en atención a la precedente imputación de las personas que ya estaban privadas de libertad y a la imputación previa de dos de los Letrados defensores de ellos por hechos relacionados con la investigación en curso. Dicha imputación no ha sido modificada en la actualidad, según se desprende del testimonio de particulares examinado por el Tribunal para resolver las impugnaciones en cuestión. Como se ha repetido, además estaban previamente imputados un abogado y un asesor fiscal por hechos relacionados.

e) Proporcionalidad:

La previa realización de esta operación comparativa entre los intereses en conflicto, llevará al Juez al convencimiento que la inmisión en el derecho fundamental puede ser acorde y proporcionada a la gravedad de los hechos que se investigan.

El Juez que ha tramitado la presente causa, ha tenido en cuenta todos estos requisitos que venimos examinando y ha adoptado el acuerdo, en función de la gravedad de hechos que reúnen las características ya mentadas poco antes, que se estaban cometiendo, presumiblemente por una organización con ramificaciones en el extranjero y que recaía sobre presuntos delitos continuados de blanqueo de capitales, delitos fiscales, cohecho y tráfico de influencias.

Se señalaba o atisbaba así la comisión, aun persistente en el tiempo, de graves infracciones penales integrantes de delitos de corrupción por una red organizada con repercusiones transfronterizas. En consecuencia, no cabe discutir la proporcionalidad y necesidad de la medida adoptada.

En el mismo sentido, y de forma complementaria, se ha de indicar que la proporcionalidad de la ingerencia temporal acordada, cuestionada en las diversas impugnaciones, atendía a la existencia de lógicos indicios de naturaleza superior a la de meras sospechas, estando directamente relacionada la medida con una de las finalidades propias de la ya acordada prisión preventiva de tres de los imputados, la referida en el art.º 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al indicar que “También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos. Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer. Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1.º del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad”.

Tal y como se describe en las actuaciones que obran en el testimonio conocido por la Sala en éste momento, se trata de investigación derivada de otra precedente (las Diligencias Previas 161/2000 seguidas en el mismo Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional), valorándose indicios referidos a una continuidad o tracto delictivo no interrumpido, con

actos referidos a la investigación de nuevos y relacionados actos de ocultación y desviación de fondos y efectos de los delitos situados, además, en territorios alejados del de España, constando a la fecha de su adopción -el 19-2-2009, fecha del Auto inicial de intervención de las comunicaciones en el Centro Penitenciario- que ya se contaba en la investigación con datos referidos a la implicación de diversos despachos profesionales de abogados y de asesores, estando imputados en la causa tres abogados en fecha del 9-2-2009 y a través de la resolución dictada “ad hoc” para ello o con tal finalidad, y la citación efectuada a los mismos para prestar declaración en tal condición de imputados (realizada el 11-2-2009), sabiéndolo ellos y sin que se iniciaran las escuchas con la creencia de no ser aún imputados en la investigación en curso.

La doctrina jurisprudencial ha resaltado que “Si el instructor, en el ejercicio de sus deberes de investigación hubiese llegado a la conclusión de que en todo este ingente material había elementos probatorios para justificar una decisión tan invasiva de un derecho fundamental como el de la inviolabilidad del domicilio, debió incorporar esos fragmentos al auto en el que autorizaba la entrada una vez levantado el secreto del sumario, para fundamentarlo debidamente. Al no haberlo hecho así, la Sala Sentenciadora, con acertado criterio, anula el auto, ya que no permitía que el investigado conociera cuáles eran las causas fácticas que servían de apoyo a tal decisión, ni tampoco conocer cual era el juicio de proporcionalidad que justificaba la restricción de sus derechos fundamentales, ni siquiera cuáles eran los elementos objetivos que podían justificar tales sospechas” (Sentencia de la Sala 2.ª de 20-10-2009). Y que “La resolución judicial que autorice la inferencia debe motivar su adopción comprobando que los hechos para cuya investigación se solicita revisten caracteres de hecho delictivo y que la solicitud y la adopción guardan la debida proporcionalidad entre el contenido del derecho fundamental afectado y la gravedad del hecho delictivo investigado” (Sentencia de la propia Sala de 29-7-2009).

Todos los referidos requisitos atinentes a la dación de la proporcionalidad, como se ha visto, concurrían sobradamente en el caso contemplado.

f) Duración de la medida. Tiempo razonable:

Según el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la duración de la medida es de tres meses prorrogables por iguales períodos. Una duración razonable de la medida, sería aquella que se aplica solamente por el tiempo necesario para constatar si el sistema de escuchas, es el método idóneo para profundizar en la investigación.

Las diligencias que constituyen la base de las actuaciones que estamos examinando, pone de relieve que, dada la complejidad del entramado organizativo y la proliferación de contactos secundarios con numerosas



personas, exigía que su duración se extendiese más allá de lo que sería permisible en el caso de una investigación menos complicada. Siendo ese mismo el supuesto contemplado por la doctrina jurisprudencial de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, sin que haya objeción alguna formulada al respecto en el caso analizado.

g) Prórrogas:

El control judicial, que debe abarcar también el seguimiento de las operaciones de escuchas, permite comprobar, por el contenido de las grabaciones que se envían periódicamente, si la investigación progresa adecuadamente y si es necesario continuar la misma autorizando las prórrogas que se estimen convenientes. Para ello se deben enviar las cintas grabadas al órgano judicial para que éste compruebe su contenido y la necesidad o innecesidad de la prórroga. Es contrario al control judicial conceder las prórrogas sin haber escuchado los antecedentes y sin motivar suficientemente su concesión.

El Tribunal Constitucional en una Sentencia de 15 de octubre de 2001 precisa y perfila cuáles son las condiciones y requisitos que se deben guardar para la concesión de las prórrogas, estableciendo que la necesidad de control judicial exige, cuando menos, que el juez conozca los resultados de la intervención acordada para, a su vista, ratificar o alzar la intervención acordada.

Se puede comprobar, por la secuencia de las prórrogas sucesivas, que existió el referido control judicial hasta considerarse, ya por el Instructor designado por ésta Sala, que no era necesaria la continuación de la medida al haberse cumplido su propia finalidad investigadora, y sin que sea exigible un resultado inculpatario en todas las medidas acordadas judicialmente, pues el resultado puede ser positivo o negativo, favorable o desfavorable, sin que por ello venga a predicarse la ilicitud de la acordada, pues el éxito no está en contradicción con los requisitos que debe cumplir previa o simultáneamente la orden judicial de intervención de las comunicaciones.

Se había apreciado, mejor dicho constatado, una continuidad delictiva, con la intervención y cooperación de abogados defensores, sin que el hecho de la mera sustitución de los mismos, sin más, convierta en ilícita la intervención, ni en desproporcionada, habida cuenta de que no es sino cuando se comprueba efectiva y definitivamente el cese de dicha actividad de cooperación precedente cuando se procede a alzar definitivamente la ingerencia judicial acordada y pertinente.

Las prórroga sucesivas, a excepción de la última de ellas que no se ha impugnado en momento alguno, obedecían a una apreciada y aparente colaboración con los imputados en prisión, no convirtiéndose en

procesalmente incorrectas por el hecho de la posterior ausencia de actividad delictiva de los nuevos defensores.

No puede existir la disyuntiva, en este caso, tajante e inmediata, entre licitud de las intervenciones y escuchas-abogados imputados, o ilicitud-abogados no imputados, partiendo, troceando indebidamente o cuarteando una constatada y previa colaboración de defensores-imputados, con prórrogas separadas absoluta y radicalmente de lo anterior, o independientes de lo inmediato anterior, de lo ya conocido o completado con la escucha en el orden inculpatario, como si se tratara de hechos absolutamente diferenciados, ya que no lo son en lógica racional mínima y de manera razonable.

Además, no se comprendería fácilmente como se escinde la primera prórroga de la última no impugnada por nadie, cuando el supuesto y las bases de su adopción son prácticamente idénticas, sin que, de nuevo, se explique un posible cuarteamiento, fraccionamiento o escisión de aquellas decisiones judiciales de continuación de la ingerencia. No es fáctica ni jurídicamente posible, ni admisible.

En ese mismo orden e cosas, como indica la Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 9-11-2009, “Hay que recordar, una vez más, que la práctica de estas diligencias no requiere la preexistencia de acabadas constataciones acerca de la comisión del ilícito objeto de investigación pues, en ese caso, cabría cuestionarlas por la ausencia de necesidad de las mismas, al contar ya con pruebas susceptibles de aportación al procedimiento judicial, no pudiendo, en consecuencia, exigirse a la Policía, en estos supuestos, más que la presentación de datos objetivos, no meros juicios de valor de carácter subjetivo o afirmaciones apodícticas, que induzcan a pensar en la razonable posibilidad de que aquellos sobre quienes ha de producirse la injerencia en sus derechos fundamentales son partícipes en la ejecución de un grave delito. Otro planteamiento más estricto haría del todo imposible la labor de investigación, conduciendo a un grado de impunidad que pugna con el mantenimiento de las reglas de convivencia básicas sobre las que se asienta el propio Estado de Derecho”.

En cuanto al control ulterior de las grabaciones efectuadas, la misma resolución indicó que “constando, como consta en las actuaciones, la sucesiva entrega al Juzgado Instructor de la información relativa a los resultados de las intervenciones telefónicas, en fechas tales como el ....., por ejemplo, y de las grabaciones llevadas a cabo por la Policía, ni puede afirmarse ausencia alguna de control en la práctica de las mismas por parte del titular de ese órgano ni, menos aún, tildarse de incorrectas las autorizaciones ulteriores de prórrogas temporales y ampliaciones a otras líneas telefónicas, incluso aunque no constase la audición personal por el propio Juez de esas grabaciones, ya que ni

es posible sostener con certeza que esa audición, de hecho, no se produjera ni, como tiene ya manifestado este Tribunal, es la misma necesaria, en todo caso, para reconocer la existencia de un adecuado control derivado del conocimiento del contenido de los resultados que se han ido obteniendo mediante los informes policiales comparados con lo que conste en las transcripciones, siempre contrastables a su vez, con las propias cintas de grabación de que se dispone”.

#### h) Transcripción bajo fe del Secretario Judicial:

Este requisito no significa que la transcripción, a folios escritos, del contenido de las grabaciones tenga que realizarse materialmente por el Secretario Judicial, siendo suficiente con que el fedatario público, oiga las cintas remitidas y compruebe que la transcripción enviada responde al contenido auténtico, de lo que se escucha en las grabaciones.

No se ha planteado cuestión alguna por las partes al respecto, cumpliéndose así el requisito jurisprudencialmente exigido sobre éste particular, no cuestionándose la autenticidad de las grabaciones producto del resultado de las escuchas practicadas.

#### i) Naturaleza de la prueba:

Es evidente que las conversaciones de los sospechosos que posteriormente pueden llegar a ser inculcados y previsiblemente llevadas al juicio oral, no pueden ser consideradas como una declaración más del acusado, equiparable a las que realiza en el curso de la investigación ante la autoridad judicial y en presencia de su abogado.

Descartada la naturaleza personal de la prueba obtenida a través de las conversaciones que después son escuchadas en el acto del juicio oral, debemos encajarla en el género de pruebas documentales, entendiendo por documento, el concepto amplio que se desprende del artículo 26 del Código Penal, en que se extiende esta consideración a todo soporte material que exprese o incorpore hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.

Añade la doctrina jurisprudencial que la Sala sentenciadora, al escuchar de manera directa e inmediata el sonido y contenido de las conversaciones grabadas, puede realizar un análisis probatorio de las mismas para llegar a la convicción de si tienen virtualidad probatoria, y para determinar si el tono de la voz pertenece a alguno de los acusados, a los que ha escuchado también de forma personal y directa en el curso del juicio oral.

No se plantea cuestión al respecto en las impugnaciones planteadas, si bien ya existían personas imputadas a la fecha del acuerdo judicial de la ingerencia, tres de ellas en prisión preventiva y otras -entre ellas tres abogados- en libertad provisional, como se ha dicho antes, siendo ello relevante en orden a lo que se dirá, de forma añadida, a continuación.

**QUINTO.-** Sobre la adopción de la medida cautelar de intervención de comunicaciones defensor-imputado en Centro Penitenciario:

Con no ser ordinaria ni habitual la adopción de la medida cuestionada, requerida únicamente por la extraordinaria y justificada existencia de una continuidad delictiva apreciada y expresada en la autorización judicial, la imputación previa de tres abogados que habían asistido y asesorado a los que estaban privados de libertad e internos en el Centro Penitenciario de Soto el Real, la cuestión sobre la procedencia de la medida, en todo caso, cuando de relación o conversación abogado-cliente se trata, más que de improcedencia legal es de justificación y proporcionalidad ya antes analizada.

Por lo demás, como se ha señalado ya antes, la Sala estima que, en circunstancias muy extraordinarias y excepcionales, siempre debidamente justificadas y con la concurrencia de todos sus requisitos acabados de exponer, resulta posible -sin carácter prospectivo- y basando la autorización en datos objetivos y no en un mero ánimo subjetivo huérfano de soporte fáctico ya acreditado, la interceptación y escucha de las conversaciones entre los defensores y los imputados, sin que a ello se oponga la disposición contenida al efecto en el art.º 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, por permitirlo la base fáctica general contemplada para la adopción de la ingerencia prevista en el art.º 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Deben tenerse en cuenta, como orientativos en la cuestión tratada, los Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus 16 reuniones celebradas entre 1981 y 2007, en sus páginas 6 y 24, edición del Consejo General del Poder Judicial de 2008, en relación con los arts. 51 y 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y el 48 de su Reglamento de 9-2-1996, “Por último, se solicita agregar a la repetida lista de competencias las siguientes: restricción e intervención de las comunicaciones” y “20. Delimitación de competencias entre Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Órganos jurisdiccionales instructores. La competencia para el conocimiento y resolución de las cuestiones y pretensiones que se susciten en relación con la intervención, suspensión, restricción o prohibición de las comunicaciones orales y escritas de los internos ingresados como detenidos o presos preventivos en un Establecimiento penitenciario, cuando aquéllas se acuerden al amparo de lo

prevenido en el art.º 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponderá al Juez de Vigilancia Penitenciaria y no al Juez o Tribunal a cuya disposición se encuentre. (Aprobado por unanimidad). MOTIVACIÓN: Con independencia del mayor o menor grado de conformidad o aceptación de este criterio y de la mayor o menor bondad de los argumentos que lo sostienen, es ineludible aceptarlo en cuanto el mismo constituye doctrina jurisprudencial mantenida por nuestro Tribunal Supremo en los Autos de 16 de Noviembre y 10 de Diciembre de 1999 y 29 de Marzo de 2000, que recogen y hacen suyas las razones esgrimidas en el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de Marzo de 1998, que aquí se dan por reproducidas”.

Resulta clara la exposición referida, no precisada de mayor puntualización por ésta Sala, siendo regimental la disposición contenida en la legislación orgánica penitenciaria, que establece los requisitos acumulativos de la intervención judicial de comunicaciones en los casos de comunicaciones de personas privadas de libertad en las causas de terrorismo con sus abogados, sin derogar singularmente la cautela general contenida en el art.º 579 citado. Debe significarse que la propia singularidad de la legislación penal antiterrorista, manifestada en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también tuvo su reflejo en la Ley Orgánica General Penitenciaria mediante la exigencia de exigir que, en todo caso, fuera el Juez el que legitimara la escucha en los casos de terrorismo mediante la autorización de intervención de las escuchas de los imputados por tales delitos y sus abogados en los locutorios de las prisiones, evitándose así que en esos casos hubiera la más mínima duda sobre la posible y particular intervención de la Administración Penitenciaria sin habilitación del Instructor.

Por otro lado, al mismo hilo de la argumentación de la que se trata en éste fundamento jurídico, el supuesto contemplado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/1994, de 20-6, trató de autorización de escucha realizada en la prisión por el Director del Centro Penitenciario, sin autorización judicial previa, y a internos por causa de terrorismo. La del propio Tribunal Constitucional 58/1998, de 16-3, trató de un caso en el que no había mediado autorización judicial. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23-4-1997 trató de un supuesto similar ya que en ella se recoge, literalmente, que las escuchas del interno con su abogado fue “efectuada por la Administración Penitenciaria”.

En los casos tratados por las Sentencias del Tribunal Constitucional 193/2002, de 28-10, 194/2002, de 28-10 y 200/1997, de 24-11, señalaron claramente que era precisa la autorización judicial siempre cuando de posibles actividades delictivas se tratara.

La Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en sus Autos de 10-12-1999 y 29-3-2000 ha indicado que ha de acudir a la aplicación del art.º 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el caso de que se den sus supuestos en el curso de una investigación criminal, siendo así, y en derivada consecuencia, perfectamente posible la interceptación de las comunicaciones con un Abogado si se dan los supuestos o requisitos antes examinados para la adopción de la medida cautelar en cuestión, concretamente en lo relativo a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

El criterio mayoritario de la Sala, pese a reconocer expresamente que las decisiones jurisprudenciales se refirieron a intervenciones administrativas por razones de seguridad penitenciaria y sin autorización judicial, opta por una interpretación del precepto penitenciario desmesurada, sacándola de su contexto y especialidad ya referidas otorgándole un grado de relevancia en el proceso penal que pugna con los más elementales principios de salvaguarda de los derechos fundamentales en conflicto, dando una prioridad absoluta, incondicionada y plena a la relación confidencial en los locutorios de las prisiones interno-abogado, en todo caso e incondicionalmente, verdadera inmunidad absoluta no prevista en la Ley.

A su vez, debe considerarse, según obra en el testimonio de particulares examinado, que en las diligencias en curso consta que las intervenciones realizadas fueron precedidas de las imputaciones de abogados de los presos preventivos también imputados en el ya referido Auto del anterior 9-2-2009, en el que se había tenido en cuenta el informe emitido al respecto por la AEAT el 29-7-2008 referido a la existencia de un circuito de fondos de Francisco Correa con ramificaciones en territorios no cooperantes en relación con las actividades del despacho De Miguel Asesores S.L. y a la actividad de su socio el abogado imputado Luis De Miguel Pérez (consta en los folios 485 y siguientes del testimonio de particulares remitido al Tribunal), el de la misma AEAT de 5-2-2009 obrante en las Diligencias Previas 211/2008 del Juzgado Central de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional referido a la existencia de nuevos circuitos financieros establecidos respecto de las actividades del despacho R. Blanco-A. Guillamot apareciendo imputado su socio José Ramón Blanco Balín, así como de las imputaciones de los abogados defensores anteriores de Francisco Correa y de Antoine Sánchez -José Antonio López Rubal y Manuel Delgado Solís, ambos pertenecientes al despacho Manuel Delgado Solís, defendiendo al otro imputado en prisión otro abogado del mismo despacho de abogados- acusados en la imputación que se les hizo de realizar actividades de deslocalización de efectos y activos de fondos de Francisco Correa y de actividades de colocación en la posición de testaferro de sus bienes y fondos de su primo Antoine Sánchez.

No fue sino hasta la posterior fecha del 3-3-2009 cuando el abogado imputado de Francisco Correa fue sustituido -una vez ya acordadas las intervenciones con los precedentes, y concurriendo las circunstancias de gravedad y continuidad delictiva referidas, y descritas ya en varias ocasiones-, por otro, siendo también sustituido el de Antoine Sánchez que también estaba imputado. Existen conversaciones significativas intervenidas por la orden judicial puesta en cuestión en fechas anteriores y posteriores aun a dichas sustituciones, aunque se refieran a los abogados imputados anteriores de los presos preventivos referidos.

Una nueva contradicción observa el Voto particular que se razona en orden al ejemplo que se cita en el apartado final del 4.º de los fundamentos del Auto que se suscribe por imperativo legal. A saber, pese a establecer la inoperancia del art.º 579 citado en éstos casos, se le aplica la doctrina general del mismo, o de las escuchas que no tengan lugar en locutorio de una prisión, lo que se justifica por la mención expresa del Letrado respecto del que se acordaron. ¿Cómo es posible así que pueda aplicarse la confidencialidad absoluta interno-abogado y luego decirse que en el caso citado si fue legítima la escucha en locutorio de la prisión porque el Letrado intervenía directamente desde antes con su participación directa en el delito investigado?.

En ese caso se trató de planear el asesinato del Fiscal encargado del caso. Por lo tanto, hay que entender que, forzando la decisión mayoritaria su interpretación hasta límites fuera de los ámbitos de la lógica interpretación de las normas y jurisprudencia aplicables, se ve obligada la citada decisión mayoritaria a reconocer, pese a ello, que cuando están delinquiendo los abogados o van a delinquir sí resulta lícita la intervención de sus escuchas en centro penitenciario. Creo que sobran más consideraciones y comentarios, aunque sí se debe exponer que aun teniendo el Tribunal a su disposición dos opciones entre las que duda, opta por la más alejada de los criterios del derecho comparado y de la doctrina anterior jurisprudencial aplicable.

**SIXTO.-** Sujección a la doctrina jurisprudencial en orden al lugar y medios de interceptación de comunicaciones:

En algunas de las alegaciones impugnatorias planteadas en vía directa, por adhesión o en solicitud de la nulidad de las actuaciones practicadas, se alude a la ilegalidad de las escuchas o ingerencias practicadas, aun con la existencia de la previa orden judicial ya que se estima que nuestro Ordenamiento Jurídico no permite ni prevé intervenciones en los locutorios de una prisión cuando se trata de comunicaciones habidas entre los internos en ellas y sus abogados, por no estar expresamente previsto dicho supuesto en la legislación procesal habilitadora de dicha medida de investigación.

Se señala así a la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pretendiéndose la falta de cobertura para la intervención de comunicaciones en los locutorios de los Centros Penitenciarios, al no preverse tal lugar de control por el art.º 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo cierto es que el tan llevado y traído art.º 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria se refiere a la intervención de las comunicaciones en los casos de terrorismo y con orden judicial que habilite la ingerencia referida a las comunicaciones de los internos con sus abogados en las dependencias del Centro Penitenciario, o sea en todas las del mismo, siendo lógica que la colocación de aparatos de escucha y grabación por orden judicial deba atemperarse a las previsiones del general art.º 579 citado, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos antes analizados en la fundamentación jurídica contenida en el 3.º de los de éste Auto de la Sala.

No existió, pues, infracción alguna de las exigencias al respecto contenidas en las previsiones legales en orden a la ubicación y medios de escucha y grabación de las conversaciones interceptadas con orden judicial justificada, lo que nos lleva directamente al siguiente y enlazado fundamento jurídico.

**SEPTIMO.-** La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Ha de citarse, llegados aquí, la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18-2-2003 señaló que “Al respecto el Tribunal recuerda, tal y como ya constató en el asunto Valenzuela Contretras, que el derecho escrito y no escrito español no indicaba con suficiente claridad la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación por parte de las autoridades en este ámbito, lo que representaba una violación del artículo 8. Ahora bien, el presente caso se diferencia del caso Valenzuela Contretras en que la Ley Orgánica 4/1988 había reformado el artículo 579 precisando las modalidades de control de las escuchas telefónicas. A pesar de ello, el Tribunal considera que las garantías introducidas por la ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo para evitar el abuso -asuntos Kruslin y Huvig contra Francia-. En concreto la ley no contiene disposiciones relativas a la fijación de un límite temporal para la ejecución de la medida, a la fijación de las condiciones para establecer las actas que consignen las conversaciones interceptadas, misión que es competencia exclusiva del secretario judicial, o a las precauciones a tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas para su posible control por el juez y la defensa. Según el Tribunal, estas lagunas legales han sido reconocidas por las jurisdicciones superiores españolas que han considerado insuficientes las modificaciones introducidas por la citada ley para satisfacer las garantías a las que debe responder toda escucha telefónica,



definiendo, por ello, toda una serie de garantías complementarias - especialmente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992-. En este sentido, el Tribunal constata que, aunque la ley de 1988 ha supuesto un progreso innegable, en el momento en que se realizaron las escuchas persistían importantes lagunas. Por otra parte, siendo cierto que la evolución jurisprudencial en su mayor parte palió estas insuficiencias, el Tribunal considera que esta evolución, aun suponiendo que pudiese colmar las lagunas de la ley en un sentido formal, se produjo con posterioridad a las órdenes dictadas por el juez de instrucción decretando la intervención de los teléfonos de las personas sospechosas”.

En el reciente caso *Yordanov contra Bulgaria*, Sentencia de 24-12-2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que, “en la medida analizada, destacaba específicamente la falta de control por una implementación independiente de la autoridad de las medidas de vigilancia secreta y la ausencia de reglas claras con respecto a la retención y eliminación de la información que se obtuvo, así como la imposibilidad para las personas de que se trate para encontrar cualquier recurso en caso de interferencia ilegal.  
...

Es cierto que la legalidad de la medida de vigilancia fue objeto de un control “ad hoc” como parte de los procedimientos penales contra el solicitante. Sin embargo, este control no parece cumplir los requisitos del artículo 8... El hecho de que se considerara la evidencia en el caso incluso después de su exclusión formal como evidencia hace ineficaces las garantías procesales que se requiere para el disfrute real del derecho garantizado por el artículo 8. Teniendo en cuenta sus conclusiones en el caso de la Asociación para la integración europea y de los derechos del hombre y *Ekimdjiev*, el Tribunal es de la opinión de que en este caso la interferencia no era legal, tal como se define por el principio de la primacía de la ley (*Kirov v. Bulgaria*, N.º 5182/02, apartados 44-46, de 22 de mayo de 2008)...

Este Tribunal considera que la ingerencia no estaba "prescrita por la ley", en el sentido del artículo 8.2 de la Convención. Este hallazgo es suficiente a la Corte para decidir que ha habido una violación del artículo 8 y, ante la ausencia de ella, la ingerencia en cuestión no fue "necesaria en una sociedad democrática" en la búsqueda de uno de los objetivos legítimos de esta disposición”.

No resulta aplicable la doctrina de ésta última resolución al caso en cuestión, sino la de la precedente Sentencia dictada al conocer de un recurso en el que se planteó respecto de la legislación procesal española una ingerencia en las comunicaciones, habiéndose establecido que la Ley española, completada con las exigencias jurisprudenciales ineludibles ya antes analizadas y concurrentes en el supuesto contemplado, establecidas por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo,

si se atenía plenamente a las determinaciones establecidas por la Convención de Roma y la jurisprudencia vinculante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en atención a lo dispuesto en el art.º 10 de la Constitución Española.

**OCTAVO.-** Costas:

No proceden especiales declaraciones sobre las costas originadas en la segunda instancia, al no apreciarse temeridad o mala fe en ninguno de los recursos de apelación, adhesiones a los mismos o pretensiones de nulidad contenidos en todos ellos.

Vistos los artículos citados y los demás de aplicación al caso.

**LA SALA ACUERDA:** Desestimar los recursos de apelación interpuestos contra el Auto que el pasado veintisiete de enero de éste año pronunció el Ilmo. Sr. Magistrado-Instructor D. Antonio Pedreira Andrade, que se confirma en su integridad, así como los de apelación formulados contra los Autos que, en su día, pronunció con fechas 19-2-2009, 20-3-2009 y 27-3-2009 el primer Instructor, así como las adhesiones y pretensiones de nulidad formuladas a las precitadas apelaciones, todo ello sin especiales declaraciones sobre las costas de ésta segunda instancia.