

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
SALA DE LO CIVIL Y PENAL
MADRID

COPIA

Rf^a. DILIGENCIAS PREVIAS 1/09
PROCESOS PENALES 9/09

DENUNCIANTE: FISCALIA ESPECIAL CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA
CRIMINALIDAD ORGANIZADA

DENUNCIADO: ALFONSO BOSCH TEJEDOR, ALBERTO LÓPEZ VIEJO,
BENJAMÍN MARTÍN VASCO Y OTROS

INSTRUCTOR: ILMO. SR. D. ANTONIO PEDREIRA ANDRADE

AUTO

En Madrid, a veintisiete de enero de dos mil diez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de los imputados se interpone recurso de apelación, en su mayoría, y recurso de reforma y subsidiario de apelación, de forma minoritaria.

El Magistrado-Instructor conoce de los recursos de reforma y la Sala de lo Civil y Penal del TSJM de los recursos de apelación.

SEGUNDO.- Los recurrentes, en este caso concreto, en reforma son don Jose Luis Izquierdo y don Javier Nombela Olmo.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal hace constar esta circunstancia, poniendo de relieve como:

1º.- Mediante el auto referido se ha dado traslado al Ministerio Fiscal por un plazo de veinte días de los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos de forma directa por la representación de los imputados Francisco Correa Sánchez -al que se adhirió Carlos Clemente Aguado-, Manuel Delgado Solís, José Antonio López Rubal, Pablo Crespo Sabaris, Jacobo Gordon Levenfeld, José Luis Ulibarri Comerzana, Guillermo Ortega Alonso, Benjamín Martín Vasco, Antoine Sánchez, Alberto López Viejo y Alfonso Bosch Tejedor contra los **Autos de 19 de febrero, 20 y 27 de marzo de 2009** dictados por el Magistrado-Juez Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional en las Diligencias Previas 275/08 de las que trae causa el presente procedimiento.

2º.- Al mismo tiempo dicho auto da traslado al Ministerio Fiscal de los **RECURSOS DE REFORMA Y SUBSIDIARIOS DE APELACIÓN** interpuestos contra esas mismas resoluciones por la representación de los imputados José Luis Izquierdo López y Javier Nombela Olmo. Para la tramitación de estos recursos el Instructor otorga un plazo de cinco días dentro de los veinte arriba indicados con el fin de que los mismos puedan resolverse previamente, lo que permitirá la tramitación conjunta y concentrada de todas las apelaciones en el plazo subsistente.

3º.- Tan razonable proceder apunta a la conveniencia de que la Sala del TSJ de Madrid pueda resolver de una sola vez todas las cuestiones implicadas en los presente recursos, los cuales comparten en esencia una misma fundamentación y formulan similar *petitum*, no existiendo ningún elemento que justifique un tratamiento sustancialmente diferente de esas cuestiones en la reforma y en la apelación a salvo la pertinencia de contestar

particularmente -por su intrínseca gravedad o su manifiesta falta de fundamento- algunas alegaciones propias de los apelantes. Siendo ello así, podría pensarse que la argumentación del Ministerio Fiscal no debería acusar diferencias apreciables entre una y otra impugnación, si no fuera por la drástica restricción impuesta sobre el plazo para impugnar el recurso de reforma -en todo caso bien acogida por el Ministerio Fiscal-, que le obliga a dictaminar en tan sólo cinco días sobre una materia a la que a juicio del mismo Instructor deberían dedicarse no menos de veinte. En consecuencia, el presente informe se limita a despachar básicamente el trámite de impugnación de los recursos de reforma, **sin perjuicio** de todo cuanto se dirá al tiempo de impugnar las apelaciones."

CUARTO.- Ambos recursos de reforma que interesan la nulidad de actuaciones lo hacen con base en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Resoluciones que se recurren y motivos del recurso

Ambos recursos interesan la nulidad de las siguientes resoluciones dictadas por el Magistrado-Juez Central de Instrucción n° 5 de la Audiencia Nacional en las Diligencias Previas 275/08 de las que trae causa el presente procedimiento:

- A) 1.- Auto de fecha 19 de febrero de 2009** por el que se acuerda "la intervención de las comunicaciones orales y escritas que mantengan los internos Francisco CORREA SÁNCHEZ, Pablo CRESPO SABARIS y Antoine SÁNCHEZ, en el Centro Penitenciario, en que se encuentran, o cualesquiera otros donde se trasladen (...)", así como "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.”

- B)** Inicialmente, se hace referencia al Letrado D. José Antonio López Rubal, si bien en la parte dispositiva del Auto de 20 de marzo de 2009, desaparece la referencia particular al Letrado, Sr. López Rubal.
- C)** **3.- Auto de 27 de marzo de 2009** por el que se 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.”

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERA.- El Magistrado Instructor estima que la intervención fue lícita, respetó los derechos de la defensa y no resulta aplicable la doctrina de los frutos del árbol emponzoñado. Como se desprende de su mera lectura, según el Ministerio Fiscal, ninguna de las resoluciones recurridas ha acordado la intervención de las comunicaciones de los recurrentes en reforma, que, no obstante lo cual, confían en obtener provecho procesal de este trámite so pretexto de supuestas irregularidades que no les conciernen directamente. Ambos interesan -sin consenso sobre qué pretensión debe reputarse principal o subsidiaria- la nulidad de la pieza de intervención de las comunicaciones, la de las actuaciones practicadas en la pieza principal

desde el 19 de febrero de 2009 y la de todas aquéllas que traigan causa de la información obtenida en esas intervenciones, incluida la adopción de medidas cautelares. Similares pedimentos se hacen por los apelantes ante la Sala.

SEGUNDA.- Para sustentar dicha nulidad, la representación de José Luis Izquierdo considera que las resoluciones recurridas violan lo dispuesto en el art. 51 de la LOGP (LO 1/1979, General Penitenciaria), cuyo número 2, según su particular lectura, reserva toda intervención de las comunicaciones entre un interno y sus abogados exclusivamente a los supuestos de terrorismo. El citado art. 51.2 LOGP dispone que "Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas **salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo**", términos éstos últimos que, según recuerda el recurrente, deben entenderse como requisitos acumulativos conforme a jurisprudencia que cita en su escrito. Además, contra esa restricción ningún efecto puede tener en su opinión lo dispuesto en el art. 48 del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), según el cual "Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial". El recurrente considera que, aunque el precepto no lo diga, su ámbito de aplicación debe

quedar limitado igualmente a los supuestos de terrorismo, única forma, según su criterio, de conciliarlo normativamente con la LOGP.

Por su parte, la representación de Javier Nombela, sin citar estos preceptos ni ningún otro, alega que las comunicaciones de los imputados con los abogados son inviolables y descansan en el secreto profesional, que sólo puede ser interferido en supuestos de terrorismo o cuando los abogados estuvieran cometiendo delitos, lo que no considera que sea el supuesto de autos.

TERCERA.- La correcta interpretación del art. 51 de la LOGP. Su relación con el art. 579 de la LECr.

Frente a lo alegado, se interpreta por el Ministerio Fiscal que la intervención acordada es legítima y no ha vulnerado los derechos de defensa y al secreto de las comunicaciones previstos en los artículos 24.2 y 18 de la Constitución, sino que éstos tan solo se han visto temporalmente limitados en la medida prevista en la ley y con todas las garantías exigidas para ello.

El art. 51 LOGP que se alega regula el régimen de las comunicaciones de aquellas personas -penados, presos o detenidos- que se encuentran internas en un centro penitenciario, estableciendo en qué condiciones las mismas pueden ser intervenidas por el director del mismo. Su vocación histórica y sistemática determina su aplicación singular al ámbito penitenciario en donde, como elemento de régimen, encuentra su verdadera significación. En aras de la tutela de los derechos de los internos el apartado 5 del precepto impone que la autoridad administrativa de cuenta de su decisión de la autoridad judicial. El art. 51 LOGP establece:

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

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

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

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

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

5. Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas

motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente.

CUARTA.- El único motivo planteado por el recurrente D. Luis Izquierdo López hace referencia al art. 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

El Sr. Izquierdo López no hace constar que prestó varias declaraciones voluntariamente tanto ante la Policía como ante los dos Magistrados-Instructores.

Sin embargo, no concreta cuáles son las diferencias entre las declaraciones prestadas y cuáles las contradicciones entre ellas.

Tampoco se concretan las indefensiones causadas, que revistan carácter inconstitucional, ni siquiera legal o reglamentario.

La ocupación de un pen drive ni es inconstitucional, ni constituye ninguna prueba ilegal.

La intervención judicial en materia de comunicación, así como la competencia corresponde a la autoridad judicial correspondiente.

La Administración penitenciaria y el Director del Centro están sometidos a la competencia judicial.

La parte recurrente confunde las competencias administrativas con las competencias judiciales.

Las competencias de la Administración y, de forma concreta, del Director del Centro están sometidas al control judicial.

La sentencia 538/1997, de 23 de abril, ni es vinculante en supuestos fácticos-jurídicos diferentes, ni su doctrina resulta subsumible en este caso concreto.

Los argumentos obiter dicta que realiza una única sentencia *no tienen el valor de precedente, ni obligan* en este caso concreto, máxime cuando la "ratio decidendi" es también diferente.

La parte recurrente hace descansar la argumentación jurídica más importante de su defensa sobre la sentencia n° 538/1997, de 23 de abril (Ponente: Excmo. Sr. Cándido Conde Pumpido Ferreiro). En esta sentencia se trataba de un recurso de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por el Ministerio Fiscal y la Asociación de Víctimas del Terrorismo, contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional por delito de colaboración con banda armada.

La parte dispositiva de la Sentencia de 23 de abril de 1997 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo fue del siguiente tenor literal:

III. FALLO

"Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de Casación interpuesto por INFRACCIÓN DE LEY e INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, por el MINISTERIO FISCAL y la ASOCIACION VICTIMAS DEL TERRORISMO, contra Sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sec. 2ª) de fecha 4 de marzo de 1.996, que absolvía al acusado JOSE MIGUEL GOROSTIZA VICENTE de un delito de COLABORACIÓN CON BANDA ARMADA, declarando la mitad de las costas procesales de este procedimiento de oficio para el Ministerio Fiscal y

con imposición de la otra mitad para la Asociación de Víctimas del Terrorismo.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y Acusación Popular (partes recurrentes) a José Miguel Gorostiza Vicente (parte recurrida) y Audiencia Nacional, a los fines legales oportunos, con devolución a esta última de los autos que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Todo ello, sin perjuicio de que por el Tribunal que conozca de la ejecutoria se lleve a efecto la revisión de la Sentencia si se estima oportuno de acuerdo con el Nuevo Código Penal.”

La falta de apelación a este supuesto fáctico jurídico que se debate en este caso concreto es evidente. Aquí no se discute sobre una cuestión de terrorismo ni se puede extender por analogía la competencia de cuestión de terrorismo a una cuestión sobre blanqueo de capitales.

El supuesto que se decide en este procedimiento no es de terrorismo, por lo que no se puede invocar una fundamentación jurídica referida al terrorismo.

El grupo normativo aplicable no es la Ley Orgánica General Penitenciaria sino la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 579.

QUINTA.- No se puede confundir el art. 51 LOGP con intervenciones acordadas al amparo del art. 579 LECr.

La medida acordada se sustenta en el art. 579 LECr. y no en la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Las limitaciones del art. 51.2 LOGP se imponen exclusivamente a la autoridad penitenciaria, que está controlada por la autoridad judicial.

El art. 579 LECr. fue redactado por Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, y la Ley Orgánica General Penitenciaria data de fecha anterior, esto es, de 26 de Septiembre de 1979.

Es decir, no puede aplicarse la legislación penitenciaria en contradicción con un precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado por Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, con posterioridad en el tiempo y de forma diferente.

Si el legislador hubiese querido establecer la regulación de la Ley Orgánica General Penitenciaria lo hubiese hecho, en la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tampoco puede invocar el Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, ya que tiene inferior jerarquía normativa que la Ley de Enjuiciamiento Criminal y carece de validez frente a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEXTA.- No ha existido prueba ilícita por lo que no puede intentar aplicar la doctrina de los frutos del árbol emponzoñado.

La doctrina jurisprudencial española ha practicado un reduccionismo de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, y en la práctica y en la realidad jurídica ha venido a negar la aplicación

automática e indiscriminada de efectos directos y reflejos.

Se ha aplicado el principio de proporcionalidad en los Ordenamientos jurídicos europeos. En los países en que se ha acogido con mayor o menor amplitud la doctrina de los frutos del árbol empozoñado la jurisprudencia ha relativizado y reducido su aplicación.

Esta necesaria valoración de la proporcionalidad ha llevado a la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos a establecer en la propia ley los criterios limitativos, sea por razón de los tipos delictivos (como en Alemania, Bélgica, Finlandia o Grecia), sea por razón de la pena (como en Austria, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo o Portugal).

Para utilizar alguna de estas medidas, por imperativo constitucional, es necesario, además de que resulten necesarias y del respeto al principio de proporcionalidad, una previa *autorización judicial*, que se debe plasmar en una resolución que será siempre motivada, como resolución que es limitativa de un derecho fundamental (SSTEDH de 25 de marzo 1998 [caso Kopp] y de 30 julio 1998 [caso Valenzuela]; SSTC 299/2000, 236, 171, 166, 141 y 49/1999, 229 y 58/1998, 54 y 49/1996, 85/1994, 37/1989, 62/1982 ó 26/1981), debiendo expresar el juez las razones que le llevan a autorizarla, dado su carácter excepcional (STS de 14 de junio 1993), porque precisamente la intervención de un juez asegura el cumplimiento de los requisitos y de los límites de la injerencia, actuando éste en uso de

su cometido constitucional de garantizar los derechos del art. 117.4 de la CE.

La doctrina europea coincide en la dificultad de aplicar la tesis norteamericana de la "exclusionary rule".

En el ordenamiento jurídico español se observa una crisis de la doctrina norteamericana al igual que en el ordenamiento jurídico europeo.

El Tribunal Constitucional español ha entendido que no hay ninguna norma en la CE que consagre un derecho constitucional autónomo a la desestimación de la prueba ilícita, y que, por tanto, "la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental". De hecho afirma que estamos aquí ante una encrucijada de intereses, por un lado hallar la verdad material en el proceso, y por otro la garantía de los derechos de los ciudadanos.

La doctrina científica española más autorizada hace constar como la interpretación extensiva (la prueba prohibida comprende también los frutos del árbol envenenado), se mantuvo pura muy poco tiempo; hasta 1995, año inmediatamente posterior al recogimiento de la teoría de la eficacia refleja, lo que evidencia que la jurisprudencia española no tardó mucho tiempo en darse cuenta que en la práctica la adopción de la doctrina refleja dejaba en realidad en libertad a grandes criminales, autores de delitos horrendos, y empezó a buscar la manera de que ello no sucediera, sin discutir lo esencial de la doctrina del TC sentada en 1984 sobre la prueba prohibida, sólo

centrándose en negar las consecuencias de la eficacia refleja, por tanto hallando una vía para que no todas las pruebas derivadas o existentes en el proceso, además de la verdaderamente ilícitas, fuesen fruto del árbol envenenado.

La doctrina procesalista especializada pone de relieve la existencia de tres criterios restrictivos, uno sentado por el propio Tribunal Constitucional, la llamada excepción de prueba jurídicamente independiente, y los otros dos por el Tribunal Supremo, la excepción del descubrimiento inevitable y del hallazgo casual. Tampoco en ello ambos altos tribunales españoles aportaron nada nuevo, pues el Tribunal Supremo de Estados Unidos ya se les había adelantado.

A) *La excepción de prueba jurídicamente independiente*

La primera de las excepciones fue establecida, por el Tribunal Constitucional. Se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1995, de 6 de junio, en un caso en el que los demandantes de amparo habían sido condenados como autores de un delito contra la salud pública (tráfico de drogas) con base en intervenciones telefónicas practicadas sin mandamiento judicial. El Tribunal Constitucional a pesar de reconocer, como hizo el Tribunal Supremo en su día, que se había vulnerado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones de los demandantes (art. 18.3 CE), desestimó el amparo al entender que, sin perjuicio de ello, existía prueba de cargo suficiente, no vinculada a la intervención telefónica, consistente en la confesión de un coacusado.

Aquí el Tribunal Constitucional español todavía no había sentado su doctrina sobre la conexión de antijuridicidad, razón por la que la prueba de "confesión" del acusado tiene unas consecuencias distintas a cuando esa doctrina ya está establecida.

El Tribunal Constitucional no revoca su propia doctrina. Los resultados probatorios obtenidos como consecuencia de una intervención telefónica ilegal constituyen prueba prohibida y por tanto, ni directa ni indirectamente pueden fundar una condena de los acusados, debiendo ser excluidos del proceso, pero, y aquí viene la novedad, que limita la eficacia refleja y reduce sustancialmente el garantismo que con la doctrina sobre la prueba prohibida hasta ahora seguida y aplicada en la práctica se pretendía conseguir, si existe una prueba independiente de aquéllos resultados probatorios ilegalmente obtenidos, prueba que es legal, esa prueba sí permite valorar los hechos y si es de cargo, es suficiente para destruir la presunción de inocencia. En consecuencia, todo el proceso no queda contaminado, no se produce la nulidad radical de la sentencia y por tanto y en definitiva del proceso, con la consiguiente absolución de los acusados, sino muy al contrario, sólo está contaminada la prueba ilegal y las demás sufren el juicio valorativo que corresponda. No hay pues frutos envenenados si hay prueba válida independiente.

La excepción de prueba independiente puede tener su origen, en la jurisprudencia norteamericana (*independent source*), y en concreto en el caso Wong Sun de 1963.

Sin embargo, la doctrina especializada más autorizada estima que la teoría es muy débil e inconsistente, porque no siempre se sabe si la prueba lícita segunda se ha obtenido de forma totalmente independiente respecto a la primera. Es más, en el caso citado el propio TC reconoce que el co-acusado confesó ante la evidencia de los resultados probatorios obtenidos como consecuencia de la intervención telefónica ilegal, pero resta valor a este hecho y se lo da a la naturalidad de la confesión, obtenida después de ser advertido de las consecuencias por la policía y prestada ante su abogado.

Esta doctrina fue confirmada casi inmediatamente por la STC 54/1996, de 26 de marzo, en otro caso de intervención telefónica ilegal por delito de terrorismo (detención ilegal), cuyos resultados probatorios fueron declarados prueba prohibida, pero insuficientes para vulnerar la presunción de inocencia al existir prueba testifical de cargo independiente que la desvirtuaba, así como una declaración del propio acusado reconociendo un hecho de cargo. Y también, entre otras, por la STC 8/2000, de 17 de enero, en un caso de tráfico de drogas en el que produce un registro domiciliario ilegal, pero cuyos resultados son corroborados mediante pruebas testificales válidas y declaraciones de co-imputados. Esta doctrina es seguida hoy en día literalmente por el TS español.

B) La excepción del descubrimiento inevitable

La segunda de las excepciones proviene, no del Tribunal Constitucional sino del Tribunal Supremo,

que, en su Sentencia 974/1997, de 4 de julio (RA 6008), estableció en un caso de tráfico de drogas en el que se obtuvieron resultados probatorios directos y relacionados como consecuencia de una intervención telefónica ilegal, a los que se habría llegado de todas maneras por vías procesales lícitas, otra restricción mucho más importante y más allá en las limitaciones de la eficacia refleja, en los siguientes términos tras recordar su propia doctrina anterior: [SS TS 1490/1998, de 26 de noviembre (RA 8986); 2210/2001, de 20 de noviembre (RA 1281 de 2002); 588/2002, de 4 de abril (RA 5445); Y 498/2003, de 24 de abril (RA 4231)].

En consecuencia, la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues -con independencia de ello- las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención...”

El descubrimiento inevitable es un perfeccionamiento de la teoría de la prueba independiente, antes vista, configurándose también como una excepción a la regla de la eficacia refleja de la prueba ilícita (recordemos, doctrina de los frutos del árbol envenenado), y sin duda alguna el inevitable Discovery proviene del caso

Nix v. Williams de la jurisprudencia norteamericana, de 1984.

Su fundamento reside, pues, en que es posible llegar válidamente a una conclusión probatoria, obtenida de manera lícita (v.gr., mediante prueba testifical), de que un hecho ha existido, aunque se haya conocido ese mismo hecho por la prueba ilícita (intervención telefónica), o por la prueba derivada (declaración de co-imputado), que también es ilícita ("indirectamente"), siempre que la prueba válida sea independiente, es decir, sin conexión causal con la prueba ilícita directa o derivada. Que por la prueba lícita se llegue inevitablemente al conocimiento del hecho delictivo elimina la eficacia refleja de la prueba prohibida, pues permite, según nuestro TS, la condena del acusado.

C.) La excepción del hallazgo casual

La última de las excepciones proviene también del Tribunal Supremo, que en su Sentencia 1313/2000, de 21 de julio (RA 6772), ha determinado que el hallazgo casual de una prueba es lícito y enerva la presunción de inocencia, aunque la prueba originaria sea ilícita. No es que trate por primera vez aquí los efectos jurídicos del hallazgo casual, sino que es en esta sentencia en donde lo relaciona directamente con la teoría de la prueba prohibida. Y lo ha hecho en un caso de delito contra la salud pública (tráfico de drogas), en que se conoce la prueba independiente de manera totalmente fortuita mediante una interceptación telefónica efectuada en otra causa, en los siguientes términos:

"...En el presente caso, por lo tanto, la motivación resulta suficiente, dado que -como lo reconoce la Defensa- no sólo se basa en una genérica sospecha expuesta en oficio que obra al folio 5 de las diligencias, sino en un hallazgo casual que tuvo lugar en otra causa (Diligencia 1385/1996-J), que tramitaba en el mismo juzgado, como consecuencia de las intervenciones telefónicas ordenadas el 12-3 y 21-3-1997...

La Defensa ha señalado la utilización de este hallazgo formal como un punto que a su juicio resulta de carácter concluyente para demostrar la ilicitud del procedimiento por el que se han obtenido las pruebas. Sin embargo, en el derecho procesal penal europeo, la regla que rige al respecto viene a establecer que si los hallazgos casuales fueron obtenidos en condiciones en las que se hubiera podido ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas, la utilización de los mismos en otra causa no vulnera ningún derecho. El párrafo 100 b) de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) prevé una autorización expresa en este sentido y el Código de procedimientos penales italiano, que excluye en principio la utilización en otro proceso, admite, sin embargo, una excepción para los casos de delitos de cierta gravedad que contempla el art. 389 CPrP (ver art. 270 del mismo código). Por lo tanto, la utilización de estos hallazgos casuales pudieron ser utilizados en la presente causa..."

En el Auto Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003 (RA 164051), ha precisado que:

Como lo hemos sostenido en otros precedentes, aquellas pruebas casualmente descubiertas en una investigación judicial no carecen de valor cuando han sido halladas por medio de diligencias procesales legalmente admisibles para la investigación del delito de que se trate. (STS de 18 de febrero de 2002).

En el momento actual, la jurisprudencia española ha adoptado una tesis restrictiva, estableciendo tres nuevos frentes:

A) La excepción de la conexión de antijuridicidad

Se recoge por vez primera en la STC 81/1998, de 2 de abril. En este caso el TC deniega el amparo a un condenado por delito contra la salud pública (tráfico de drogas), habiéndose realizado en el proceso una intervención telefónica ilegal, pero existiendo cuatro testigos (guardias civiles) y habiéndose aprehendido la droga con ocasión del dispositivo de vigilancia montado que acabó en su detención, operación que se articuló por lo escuchado durante la intervención telefónica. La cuestión por tanto era decidir si la conexión causal existente en las últimas pruebas las contaminaba por la intervención ilegal o si, al contrario, podían fundar la condena por ser jurídicamente independientes. El TC razonó, en esencia, lo siguiente:

Sin embargo, a la vez que establecíamos la doctrina general que acabamos de exponer, y habida cuenta de que, como hemos dicho repetidamente, los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos, en supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia...

Según se ha dicho, tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. 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 la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las

pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.

...el Tribunal Supremo entiende que dadas las circunstancias del caso, y especialmente, la observación y seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho.

Esa afirmación que, desde la perspectiva jurídica que ahora estamos considerando, rompe, según la apreciación del Tribunal Supremo, el nexo entre la prueba originaria y la derivada, no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada. Por consiguiente, no se halla exento de nuestro control; pero, dado que, en principio, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, el examen de este Tribunal ha de ceñirse a la comprobación de la razonabilidad del mismo y que, en el caso presente no puede estimarse que sea irrazonable o arbitrario, hemos de concluir que, desde el punto de vista antes expuesto, la valoración de la prueba practicada en este caso no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías...”

La conexión de antijuridicidad es sin duda, además de una depurada evolución técnica de la teoría de la prueba jurídicamente independiente que ya conocemos, la excepción más importante a la regla de la eficacia refleja de la prueba ilícita (teoría de los frutos del árbol envenenado), y la doctrina afirma, no sin razón, que de hecho esta excepción significa prácticamente la desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en el proceso penal.

Esta doctrina ha sido mantenida posteriormente en numerosas sentencias del TC, y seguida prácticamente sin matices por el TS español. Éste ha efectuado un preciso resumen de la teoría de la conexión de antijuridicidad en la STS 9/2004, de 19 de enero (RA 2161), en un caso de delito contra la salud pública en que se ordenó una intervención telefónica sin declarar secretas las actuaciones procesales, en los siguientes términos:

"...Las mayores dificultades se encuentran a la hora de determinar el alcance de esta ineficacia probatoria con relación a las practicadas con posterioridad y que derivan de esa observación telefónica inconstitucional, ineficacia que ha de alcanzar a todas aquellas otras pruebas que tengan con aquélla la llamada conexión de antijuridicidad. Decimos así en el fundamento de derecho 3º.2 de nuestra sentencia 666/2003, de 17 de junio:

"Conocida es la tesis del Tribunal Constitucional relativa a este tema de la conexión de antijuridicidad, expuesta inicialmente en su sentencia del pleno de tal tribunal núm. 81 de 1998, de 2 de abril, que examina el problema de la posible contaminación de una prueba posterior por la ilicitud constitucional de otra anterior en la que resultó vulnerado algún derecho fundamental de orden sustantivo.

Como regla general, a la segunda prueba (prueba refleja) ha de extenderse la inconstitucionalidad de la primera con la consecuencia de no poder valorarse como medio de prueba, siempre que exista una conexión natural o relación de causalidad entre ambas.

Por excepción, tal prueba refleja puede valorarse como prueba de cargo cuando, pese a existir esta conexión natural, falta lo que el Tribunal Constitucional denomina conexión de antijuridicidad, esto es, cuando, por la valoración de diferentes elementos en juego, puede estimarse jurídicamente independiente esta prueba posterior que, en sí misma

considerada, ha de valorarse como lícitamente obtenida y aportada al proceso.

De tal sentencia 81/1998 entresacamos los siguientes elementos que pueden tenerse en cuenta para elaborar ese juicio de conexión de antijuridicidad:

1°. La índole o importancia de la vulneración constitucional que aparece como el fundamento de la ilicitud de esa prueba primera.

2°. El resultado conseguido con esa prueba inconstitucional, es decir, la relevancia del dato o datos conocidos a través de esta prueba ilícita en la práctica de la posterior lícita.

3°. Si existían otros elementos, fuera de esa prueba ilícita, a través de los cuales pudiera razonablemente pensarse que habría llegado a conocerse aquello mismo que pudo saberse por la práctica de tal prueba inconstitucional.

4°. Si el derecho fundamental vulnerado necesitaba de una especial tutela, particularmente por la mayor facilidad de tal vulneración de modo que ésta pudiera quedar en la clandestinidad.

5°. Por último, la actitud anímica de quien o quienes fueran causante de esa vulneración, concretamente si hubo intención o sólo un mero error en sus autores, habida cuenta de que el efecto disuasorio, uno de los fundamentos de la prohibición de valoración de la prueba inconstitucional, tiene menor significación en estos casos de error”...

La conexión de antijuridicidad se funda, pues, en que una prueba derivada lícita es fruto del árbol envenenado si existe una relación causal entre la prueba independiente y la ilícita (una relación natural entre ellas de manera que la primera se obtenga de la segunda), y si además existe también una conexión de antijuridicidad (las dos pruebas son ilegítimas constitucionalmente).

Obsérvese, por tanto, que ya no basta, como mantenía hasta ahora el Tribunal Constitucional, con la conexión causal o relación natural entre la segunda prueba y la prueba prohibida primera para que, por aplicación del efecto reflejo, la segunda sea considerada también prueba prohibida, sino que es necesario que se dé además otra clase de conexión, ésta de naturaleza no natural sino jurídica, la conexión de antijuridicidad.

Deberá pues analizarse en el caso concreto la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria, así como la entidad objetiva de la vulneración cometida.

Proviene también de la jurisprudencia norteamericana, pues estamos ante el *deterrent effect* (efecto disuasorio) que funda la excepción.

Lo importante procesalmente es que a partir de aquí el Tribunal Constitucional ha reforzado su teoría de la prueba independiente en relación con la conexión de antijuridicidad. Pero no ha sido la última evolución, pues a partir de esta nueva doctrina ha fijado ulteriormente dos supuestos en los que se da un rompimiento de la conexión de antijuridicidad si se producen: 1) La excepción de confesión voluntaria del inculpado; y 2) La excepción de buena fe. Por su importancia los destacamos igualmente como manifestaciones propias del reduccionismo garantista en el que nos encontramos en estos momentos.

B) La excepción de confesión voluntaria del inculpado

Esta excepción es consecuencia de la teoría de la conexión de antijuridicidad. Sin negar su validez

anterior a 1998 como prueba independiente, un cambio jurisprudencial importante se produce después de sentar el TC su teoría de la conexión de antijuridicidad.

Así es, la excepción de confesión voluntaria del inculpado se recoge en la STC 161/1999, de 27 de Septiembre, en un caso por delito contra la salud pública (tráfico de drogas), en el que se halló la droga y los utensilios para su preparación para venta como consecuencia de un registro domiciliario declarado ilegal, pero en el que el condenado admitió expresamente la tenencia de la droga. A partir de ahí el TC sentenció que la "confesión" (en realidad admisión de los hechos criminales) voluntaria del inculpado enerva la presunción de inocencia, al no existir conexión de antijuridicidad con el registro ilegal, lo que permite la condena del acusado. En resumen:

"La ilicitud constitucional del acto de investigación ejecutado en fase de instrucción tiene pues una consecuencia jurídica añadida: la exclusión probatoria cuyo alcance se detalla en dichas resoluciones, que son expresión de la doctrina sentada en las SSTC 14/1984, 81/1998 y 49/1999. Pero el reconocimiento de la lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria no tiene en sí mismo consecuencias fácticas, es decir, no permite afirmar que "no fue hallada la droga" o que la misma "no existe, porque no está en los autos". Los hechos conocidos no dejan de existir como consecuencia de que sea ilícita la forma de llegar a conocerlos. Cuestión distinta es que esos hechos no puedan darse judicialmente por acreditados para fundar una condena penal sino mediante pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías.

Dicho de otro modo, que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue

hallada, ni que sobre el hallazgo no se pueda proponer prueba porque haya de operarse como si el mismo no hubiera sucedido. La droga existe, fue hallada, decomisada y analizada. Por ello, la pretensión acusatoria puede fundarse en un relato fáctico que parta de su existencia. Precisamente, el juicio acerca de si la presunción de inocencia ha quedado o no desvirtuada consiste en determinar si dicho relato fáctico está o no acreditado con elementos de prueba constitucionalmente admisibles, más dicha cuestión es objeto de la pretensión de amparo que será analizada en último lugar...

De las actuaciones se desprende que sobre el recurrente no se ha ejercido compulsión o constricción alguna, para que declarara en determinado sentido, lo que justificaría, por sí solo, la desestimación de esta queja; pero el análisis no puede detenerse ahí pues se alega una suerte de error en el que habría incurrido al creer que se iban a utilizar contra él las pruebas derivadas del registro que evidenciaban la tenencia de la droga. Según su razonamiento, de haberse declarado en el primer momento la invalidez de la entrada y registro, sus manifestaciones hubieran sido otras, y otra hubiera sido su estrategia defensiva.

Al margen de que no puede este Tribunal reconstruir los hechos a partir de acontecimientos que no sucedieron, lo cierto es que el acusado hizo sus manifestaciones después de haber impugnado el registro de su vivienda, y consciente de que aún podría impugnarlo a través de otros remedios jurídicos -el recurso de casación contra la condena, y eventualmente el recurso de amparo-, por lo que su decisión de admitir la tenencia de la droga fue voluntaria y no el fruto de compulsión alguna. Puede ser tenida por errónea desde el punto de vista de su estrategia defensiva, pero no es un error sobre los hechos que se le imputaban, ni un error inducido por el órgano judicial. El recurrente pudo haber guardado silencio, incluso pudo haber mentado. Fue advertido expresamente en este sentido y, desde luego, había sido previamente asesorado cuando declaró en el acto del juicio oral en presencia de su Letrado. Sus manifestaciones, tendentes a acreditar la tenencia para el propio consumo,

fueron fruto de una estrategia de defensa voluntariamente adoptada a la vista de las circunstancias jurídicas y fácticas concurrentes en ese momento, por ello no puede apreciarse la lesión que se invoca...

La Jurisprudencia establece, pues, la doctrina en cuya virtud la confesión voluntaria del inculpado, dados los requisitos establecidos en la misma, rompe la conexión de antijuridicidad con la prueba ilícita original. Al ser prueba válida, mediante la confesión voluntaria se incorporan al proceso todos aquellos datos probatorios que habían sido obtenidos de manera contraria a los derechos fundamentales, convalidando de esta manera el acto originario ilícito.

C) La excepción de buena fe

La doctrina más autorizada recoge la STS 22/2003, de 10 de febrero, en un caso en el que el piso de una persona es registrado con consentimiento de la esposa, hallándose un arma de fuego propiedad del acusado, decretándose la inconstitucionalidad del allanamiento, pero la validez del hallazgo del arma por la policía, porque ésta actuó sin dolo o culpa. Al respecto el TC dijo:

"... lo que aquí sucede, ya que desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo

no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto.

La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril, F.5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo, que, por lo tanto, es preciso rechazar...”

Ésta es la denominada doctrina de la buena fe, que tiene su origen también en la jurisprudencia norteamericana (Caso León, de 1984). El ejemplo típico es precisamente el del policía que realiza un allanamiento de morada con orden judicial que cree válida, pero que después es declarada nula, admitiéndose la prueba hallada porque el policía ha actuado de buena fe (*good faith*).

La excepción de buena fe neutraliza así la aplicación de la regla de exclusión. A nivel dogmático ya fue resaltada en España la buena fe del policía por la STS 994/1997, de 4 de julio, al asumir la teoría del descubrimiento inevitable, pues en ella se dice que éste “debe ceñirse a los

supuestos de actuaciones policiales realizadas de "buena fe", para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a "acelerar" por vías constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente..."

El concepto de "buena fe" como el dolo son conceptos jurídicos indeterminados que revisten extraordinaria importancia en el Derecho europeo inspirado en el Derecho Romano se conservan una serie de conceptos jurídicos que inspiraron el Código Civil de Napoleón y a la pandectística germánica. Así, se hace referencia a la nulidad, anulabilidad, ineficacia, invalidez, inexistencia, irregularidades no invalidantes.

Sin embargo, estos conceptos de extraordinaria importancia en orden a los efectos jurídicos no fueron recibidos como conceptos jurídicos acabados y delimitados por la Codificación. Así, en el Código Civil español se confunde la nulidad y la anulabilidad de las relaciones jurídicas contractuales, aunque la jurisprudencia y la doctrina declaran la distinción entre la nulidad de los actos civiles como diferente de la nulidad de los actos procesales.

El principio de "buena fe" fue introducido en el Derecho español como principio general de Derecho en la revisión del Título Preliminar del Código Civil de 1974.

SÉPTIMA.-Las llamadas prohibiciones probatorias plantean el problema más complejo del Derecho

probatorio. Su eficacia automática plantea serios problemas. La pretendida traslación del efecto reflejo automático plantea graves distorsiones y dificultades.

Las restricciones impuestas a la actividad probatoria, perderían su sentido si la inobservancia de esos preceptos, o de los que no admiten la injerencia sino bajo ciertas formas y autorizaciones, no provocara la inadmisibilidad de incorporar al procedimiento los elementos de prueba -desfavorables para el imputado- obtenidos ilegítimamente o, si ya fueron incorporados, la expulsión de su seno. El tema, se conoce también, en el Derecho continental europeo, bajo el epígrafe de prohibiciones de valoración probatoria y, en el derecho anglo-sajón, bajo el rubro de *exclusionary rule* (regla de exclusión), *supresión doctrine* (doctrina de la supresión), con su extensión al *fruit of the poisonous tree* (fruto del árbol venenoso), por el efecto principal que provoca: la decisión judicial contraria al interés del portador de la garantía no puede ser fundada en elementos de prueba obtenidos mediante su inobservancia o con violación de las formas previstas en resguardo de la garantía. Conviene aclarar, sin embargo, que la cuestión, al menos en el Derecho europeo-continental, no se reduce a la custodia de las garantías individuales, aunque la comprende, sino que abarca también el resguardo de las formas probatorias en general previstas por la ley.

En el Derecho procesal penal coexiste un núcleo de problemas muy conexo a la vigencia real de las

garantías constitucionales, referidos a los límites de la adquisición del conocimiento necesario para decidir acerca del objeto del procedimiento, el hecho punible imputado, esto es, se vincula a esos nombres siempre con los límites de la actividad probatoria en el proceso penal. Algunos de ellos ponen el acento en el comienzo de esa actividad (prohibiciones al ofrecimiento o a la recepción de la prueba = *Beweiserhebungsverbote*), otros se refieren principalmente al momento final de esa actividad, cuando la prueba rinde sus frutos, es valorada (prohibiciones sobre la valoración probatoria = *Beweisverwertungsverbote*), otros prefieren generalizar (prohibiciones probatorias = *Beweisverbote*; así BELING) y, por fin, algunas designaciones tienen en cuenta el efecto específico que se desea atribuir a la inobservancia de las reglas que establecen los límites de esa actividad (*exclusionary rule, supression doctrine o fruit of the poisonous tree*).

La doctrina europea optó por la tesis del fruto prohibido, en lugar de desarrollar las tesis de Beling como punto de partida, posiblemente incurriendo en un error.

La doctrina se ha inspirado en la tesis del fruto de lo irregular o prohibido (*fruit of the poisonous tree*), plantea una enorme inseguridad jurídica.

El método que se aplica es el de la supresión mental hipotética, se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular y, por tanto, al conocimiento definitivamente adquirido de modo mediato.

No siempre es posible llegar a este resultado cuando se constata la irregularidad formal de algún acto, vinculado a otro que incorpora un elemento de prueba decisivo, desfavorable para el titular de la garantía. Si suprimida la irregularidad, es razonable pensar que, de haberse obrado correctamente, se hubiera arribado también al conocimiento que se cuestiona, el elemento de prueba obtenido se puede valorar, incluso en disfavor del titular de la garantía. Se debe operar a conciencia de que el método de la supresión mental hipotética consiste, como su propio nombre lo indica, en una hipótesis, esto es, en imaginar aquello que hubiera sucedido, razonablemente, si descartamos mentalmente algo que realmente sucedió; por lo tanto, no consiste en la descripción de una realidad -que ya operó de determinada manera-, sino, por el contrario, en una ficción, en la predicción racional de lo que hubiera ocurrido -y que no ocurrirá jamás-, si uno de los elementos reales hubiera faltado.

La Corte Suprema de los EE.UU. conoce el argumento de excepción como la doctrina del "descubrimiento inevitable" (*inevitable Discovery*): "Conforme a ella, una prueba obtenida por medios prohibidos puede ser admitida y valorada si ella hubiera sido inevitablemente descubierta, en el caso concreto, por medios lícitos".

OCTAVA.- Según el Ministerio Fiscal aunque el régimen general de estas intervenciones no provoca ninguna dificultad interpretativa, la cuestión se ha presentado, sin embargo, más polémica en lo que se refiere a la intervención de las comunicaciones de los internos con sus abogados, pues esa medida, conforme al art. 51.2 LOGP, sólo puede adoptarse "*por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*", lo que por su ambigüedad sintáctica permite extender o reducir el ámbito de aplicación del precepto según la locución se entienda formulada en términos alternativos o acumulativos. Y en este punto los recurrentes, abonándose a la lectura acumulativa de esos términos que se deriva de la

jurisprudencia que citan, proclaman de forma desproporcionada y absurda su imposible aplicación al caso de autos, ya que en esta causa no se investiga ningún delito relacionado con el terrorismo.

En apoyo de esta alegación traen a colación lo declarado en la **STC 183/1994, de 20 de junio** (Díaz Eimil) en la que se otorgó el amparo al demandante preso cuyas comunicaciones con el letrado habían sido intervenidas por el director del centro penitenciario. Sin embargo, este pronunciamiento se correlaciona con un supuesto de hecho sin parentesco alguno con el que es objeto de debate en este recurso, pues lo que en aquella ocasión se sometió a consideración del Tribunal Constitucional fue la legalidad de una medida de intervención de comunicaciones adoptada precisamente **sin autorización judicial**, lo que sin necesidad de mayor análisis la sitúa de plano en la antípoda jurídica del presente caso.

En efecto, la STC 183/1994 se limita a declarar que *"el art. 51.2 de la L.O.G.P. **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"***. Lo que el Tribunal Constitucional declara es que la posibilidad de intervenir las comunicaciones de un interno con su letrado no puede dejarse en manos exclusivas de la autoridad administrativa —el director del centro— sino que esa medida, por la entidad del derecho afectado —el derecho de defensa— requiere previa autorización judicial. Por tanto, "orden de la autoridad judicial" y "supuestos de terrorismo" deben interpretarse como requisitos acumulativos para la intervención de las comunicaciones a que se refiere el art. 51.2 LOGP, sin que baste la sola actuación de la autoridad administrativa seguida de comunicación a la autoridad judicial, como autoriza a proceder en el resto de los casos el número 5 del precepto. En definitiva, la STC 183/1994, al pronunciarse sobre la intervención de las comunicaciones del art. 51.2 LOGP lo hace contemplando la medida desde la perspectiva específica del régimen penitenciario y no de la investigación penal. Por tanto, la limitación material del art. 51.2 LOGP —supuesto de terrorismo— vincula

exclusivamente a la autoridad penitenciaria, que requerirá una autorización judicial para intervenir las comunicaciones del interno con su letrado. Este criterio fue asumido por la **STS 538/1997, de 23 de abril** (Conde-Pumpido Tourón) –también citada– al resolver de nuevo en un supuesto de intervención de comunicaciones con el abogado sin autorización judicial. Y lo mismo cabe decir de la **STC 58/1998, de 16 de marzo** (Viver Pi-Sunyer), –no citada aquí, pero sí por algún apelante– la cual se remite a la fundamentación de la STC 183/1994 para otorgar el amparo al demandante en un supuesto de intervención de comunicaciones escritas con el letrado sin autorización judicial.

Las sentencias invocadas por los imputados se citan obiter dicta y no ratio decidendi. Se intenta aplicar una doctrina que hace referencia a supuestos fácticos jurídicos diferentes de los que aquí se dilucida.

Como bien se percibe, mal pueden servir a los efectos dialécticos las sentencias citadas, pues las cuestiones que en ellas se resuelven se extraen de un escenario radicalmente contrapuesto al que aquí se debate. En primer lugar, porque aquellas sentencias se pronuncian sobre supuestos de intervención de comunicaciones en los que no existía autorización judicial, único motivo por el que recibieron su censura, mientras que en el presente recurso se solicita la nulidad de la resolución judicial que precisamente autoriza la medida. En segundo lugar, porque en aquellas sentencias la intervención cuestionada fue adoptada exclusivamente por motivos de régimen penitenciario, ninguno de los cuales constituye la *ratio decidendi* de la resolución que aquí se recurre, que sustenta la medida en la investigación de un delito. Estas irreductibles diferencias son obviadas, aunque no desconocidas, por los recurrentes, que conducen a su conveniencia –aquí y en la apelación– la cita jurisprudencial para acomodarla a su hilo argumental, el cual descansa en el solo hecho de que en esta causa no se investigan delitos de terrorismo.

Conscientes de la necesidad de salvar este abismo, la estrategia de los recurrentes consiste en 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, de manera que las limitaciones de una se transmitan a la otra. Esta indistinción es absolutamente inaceptable y persigue por simple distorsión que la medida que se combate –la intervención *judicial* de las comunicaciones– aparezca absolutamente irreconocible y se declare por ello inaplicable. No cabe considerar esa medida de investigación exclusivamente con parámetros de régimen penitenciario. Basta simplemente con reparar en el hecho de que en el ámbito penitenciario la intervención de las comunicaciones es conocida por el propio interno, que incluso está obligado a advertir de la lengua que va a utilizar (art. 43.2 RP), exigencia que de exportarse al procedimiento penal daría al traste con una medida cuya eficacia descansa en el secreto que le es inherente. Esta observación es destacada por las **SSTC 193/2002, de 28 de octubre** (Jiménez Sánchez) y **194/2002, de 28 de octubre** (Cachón Villar) que con cita de la **STC 200/1997, de 24 de noviembre** (Viver Pi-Sunyer) justifican ese conocimiento porque desde la perspectiva del régimen penitenciario “*la intervención tiene fines únicamente preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas para lo que se requeriría la previa autorización judicial*”, señalando de esta forma que la intervención *judicial* de las comunicaciones de un interno como medio de investigación de un delito se configura como una medida autónoma que persigue fines propios distintos de los que tiene en consideración el régimen penitenciario.

NOVENA.- Más claro si cabe en este punto resulta el **ATS de 10 de diciembre de 1999 (Puerta Luis)**, según el cual, “*la intervención de las comunicaciones acordada por el Director de un centro penitenciario del art. 51 de la LOGP no guarda relación alguna con las intervenciones que se pueden acordar al amparo del art. 579 de la LECr*”. Lo mismo señala el **ATS de 29 de marzo de 2000 (Martínez Arrieta)**: “*la suspensión o intervención de las comunicaciones forma parte del régimen penitenciario, por su inclusión en el Título II de la L.O.G.P. (...). Como medida de régimen, no tiene ninguna relación con la causa penal abierta en investigación de un hecho delictivo, sin perjuicio de que el Juez de instrucción en su función jurisdiccional puede acordar las injerencias sobre las comunicaciones previstas en el art. 579 de la Ley Procesal en averiguación de un hecho delictivo*”. Es, por tanto, el

art. 579 LECr el referente normativo en el que debe sustentarse la medida que se combate.

El art. 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, está haciendo referencia a un supuesto sometido a conocimiento al Juez de Vigilancia Penitenciaria con independencia de que se trate de penados presos o detenidos.

DÉCIMA.- De lo expuesto por el Ministerio Fiscal se colige que cuando la intervención de las comunicaciones de un interno tenga por finalidad la investigación de un delito podrá acudir a la norma del **art. 579 LECr**, 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 art. 51.2 LOGP contemplado desde la perspectiva limitada del régimen penitenciario nada puede disponer -y no lo hace- contra la aplicación de la ley procesal penal. El Juez de Instrucción podrá acordar la intervención de las comunicaciones en la investigación de cualquier delito sobre la base del art. 579 LECr con tal de que en su resolución exprese el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Las limitaciones del art. 51.2 LOGP se imponen exclusivamente a la autoridad penitenciaria, de manera que ésta debe contar con el respaldo de la autoridad judicial para intervenir las comunicaciones del interno con su letrado sólo en supuestos de terrorismo, en el entendimiento -al decir de la STC 183/1994- de que no se encuentra habilitada para articular la especial justificación que requiere esa medida, pero sin que ello transmute su genuina naturaleza regimental. El Tribunal Constitucional se limita a afirmar que se trata de una medida "*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*". Ello no significa, como pretenden los recurrentes -y repiten en cada trámite de esta causa-, que el art. 51.2 LOGP encorsete la investigación penal hasta el punto de limitar la intervención de las comunicaciones de los internos con sus letrados a los solos supuestos de terrorismo. Lo que la STC 183/1994 declara es que, aun tratándose de una medida de régimen penitenciario, su

aplicación requiere una *justificación* reforzada propia de un operador jurídico cualificado: aquél que es capaz de ponderar exigencias y necesidades propias de la jurisdicción penal, incluso aunque no se trate de un Juez a cargo de una instrucción penal. Repárese en que la autoridad judicial a que se refiere el art. 51 LOGP es el Juez de Vigilancia Penitenciaria con independencia de que se trate de penados, presos o detenidos. Así se deriva de lo dispuesto en el art. 76 LOGP y lo declaran los ATS de 10 de diciembre de 1999 y 29 de marzo de 2000 ya citados, que recogen las razones esgrimidas en el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 1998. Y así lo han asumido hasta la fecha los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en los denominados "Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007. Texto refundido y depurado actualizado al 1 de enero de 2008" publicados oficialmente.

Esta interpretación del alcance de los arts. 51 LOGP y 579 LECr no sólo tiene apoyo jurisprudencial sino también traducción legal, pues la legislación penitenciaria ha incorporado la doctrina constitucional que se ha expuesto, dotándola de rango normativo. En efecto, el Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981 –vigente al tiempo de la STC 183/1994– fue derogado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que aprobó el actual. La Exposición de Motivos de este último destaca "*la nueva regulación de materias que afectan al derecho a la intimidad de los reclusos como la protección de los datos de carácter personal contenidos en los ficheros penitenciarios y la recepción de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre comunicaciones con los abogados defensores...*". En consonancia, su art. 48.3 establece que "*Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones **sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial***". Ninguna mención contiene el precepto que permita afirmar que la medida de intervención de esas comunicaciones se limita a los supuestos de terrorismo, como pretende el recurrente. Y no

se trata de una cuestión de simple pereza legislativa, pues el legislador sí había introducido expresamente esa limitación en los arts. 98.4 y 101.3 del Reglamento Penitenciario que ha derogado. Es evidente que la doctrina constitucional que se incorpora no impone ninguna limitación por razón del delito cuando la intervención de las comunicaciones de los internos con sus abogados constituye una medida de investigación penal, la cual puede ser acordada de conformidad con el art. 579 LECr.

UNDÉCIMA. - En opinión del Ministerio Fiscal no haría falta reproducir aquí el tenor de ese precepto si no fuera por el llamativo olvido en el que incurren todos los recurrentes. El art. 579.2 LECr dispone: "*el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las **comunicaciones telefónicas** del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa*". Y su número 3 establece que "*el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las **comunicaciones** postales, telegráficas o **telefónicas** de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, **así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos***". Nada dice el precepto sobre la impenetrabilidad de las comunicaciones con el abogado: ni se excluye a los abogados con carácter general, ni se restringe la intervención de sus comunicaciones a los supuestos de terrorismo. Y no existen tales limitaciones porque se trata de una medida que absolutamente nada tiene que ver con el régimen penitenciario en el que deben conjurarse los eventuales excesos de la autoridad administrativa. Hasta tal punto llega esa distinción que precisamente en los supuestos de terrorismo la ley procesal penal admite que la autoridad gubernativa actúe sin autorización judicial previa, sino con un mero control ex post, algo que no le permite el art. 51.2 LOGP al director del centro penitenciario. En efecto, el art. 579.4 LECr dispone que "*En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos*

terroristas o rebeldes, la medida prevista en el núm. 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”.

En definitiva, la investigación de un delito nada tiene que ver con la aplicación de medidas de régimen penitenciario y es totalmente ajena a las limitaciones que se derivan de éste. Tampoco aquí cabe especular sobre la presunta *voluntas legislatoris*. Si el legislador hubiera querido importar para el precepto procesal las limitaciones del art. 51.2 LOGP podría haberlo hecho en el momento oportuno, pues la redacción actual del art. 579 LECr procede de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, muy posterior a la LOGP de 1979. O podía haber dejado algún rastro de esa eventual voluntad limitadora en otras leyes posteriores, como la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, y la Ley 25/2007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas, que en este punto se remiten –arts. 35 y 7 respectivamente– a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como establece la STC de 23 de octubre de 2003 (Pleno): “*al legislador corresponde ponderar la proporcionalidad de la **exclusión, o inclusión,** y en su caso bajo qué requisitos, de círculos determinados de personas en atención a la eventual afección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales concurrentes al intervenir sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunican, como en el caso de **abogados** o profesionales de la información el derecho al secreto profesional (arts. 24.2 párr. 2º y 20.1 .d) CE)...*”. Hasta el presente ninguna iniciativa legislativa ha declarado la exclusión de los abogados del ámbito de aplicación del art. 579 LECrim.

La autoridad penitenciaria tiene competencia administrativa pero no puede sustituir la competencia jurisdiccional.

El art. 579 de la L.E.Criminal atribuye la competencia al Juez y debe adecuarse al principio de proporcionalidad. No se ha cometido ninguna arbitrariedad.

La medida estaba justificada. Existían indicios delictivos y el Juez autorizó las escuchas.

Se respetó el derecho fundamental. Deben apreciarse los indicios que han de ser entendidos como datos objetivos despojados de retórica.

La profesión de la abogacía es digna, pero no puede disfrutar de privilegios discriminatorios frente a otras profesiones.

De la misma forma que se puede adoptar la medida motivada de entrada y registro en los despachos profesionales puede de forma motivada acordarse las intervenciones de comunicaciones.

Debe respetarse el noble ejercicio de la profesión de la abogacía. El letrado del imputado que haya actuado respetando sus funciones no responderá por las infracciones delictivas del cliente.

En fase de investigación las intervenciones autorizadas por el juez y motivadas se ajustan al proceso debido.

La circunstancia de que existan abogados imputados tiene trascendencia, sin perjuicio de la comprobación

ulterior de su conducta, ya que subsiste la presunción de inocencia.

La jurisprudencia española tiene declarado reiteradamente que la vulneración del requisito del control judicial no supone una lesión del derecho fundamental, en cuanto que las irregularidades no se producen en la ejecución del acto limitativo de los derechos fundamentales.

Las meras infracciones procesales, las meras sospechas y las irregularidades no invalidantes no afectan al Derecho Constitucional, ni al proceso debido.

Si se cumplen los requisitos del art. 579 LECrim., si el Juez controla el resultado de la prueba y si se posibilita su reproducción en el plenario, adquirirá el mismo rango de supremacía auténtica (STS 21 febrero 1991).

DUODÉCIMA.- Inoperancia del secreto profesional de los abogados frente a la intervención de las comunicaciones.

El Ministerio Fiscal estima que frente al tenor literal de la ley procesal, los recurrentes oponen una concepción del secreto profesional que blinda toda comunicación del cliente con su abogado. No obstante, la representación del imputado Javier Nombela -mostrando una disidencia dialéctica que comparten al menos dos de los apelantes- se ve forzada a reconocer que sí cabe interferir ese secreto profesional al menos cuando "los Letrados estuvieran cometiendo delitos", lo que comprende implícitamente una concesión a la aplicación del art. 579 LECr. De no ser así, ese secreto profesional desposeería de su autoridad a todo un poder del Estado encargado de la persecución de los delitos por el simple hecho de la

condición letrada del sujeto objeto de la comunicación, lo cual carece de toda justificación.

Con base en ese alegado secreto profesional las defensas pretenden conseguir que en esta causa se acabe por declarar -más por la Sala que por el Instructor, el dogma de la impenetrabilidad de las comunicaciones de los abogados en todo tiempo y en todo lugar. La STS de 28 Noviembre de 2001 (Martín Pallín) señala claramente:

“Por último nos queda por examinar la alegación formulada, en relación con la grabación de determinadas conversaciones mantenidas con letrados que, aconsejaban o defendían a los acusados. **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.

Según el Ministerio Fiscal en el caso que nos ocupa, no se ha producido la intervención telefónica de ningún teléfono de profesionales de la abogacía. Lo que ha sucedido es que, a través de la interceptación de varios teléfonos de sospechosos, se graban conversaciones realizadas al parecer con letrados encargados de su asesoramiento legal. En esta circunstancia el secreto profesional no puede actuar con la misma energía y firmeza que se produce, cuando es el cliente el que acude al despacho del abogado y en ese momento, tiene lugar la interceptación de la conversación, sin causa o fundamento que la justifique. **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 utilizado cautelosamente por el órgano juzgador, pero en ningún caso se puede declarar la nulidad de su contenido.

Por lo expuesto, todos los motivos que se refieren a la nulidad de las escuchas telefónicas deben ser desestimados”.

Lo declarado por el Tribunal Supremo no deja lugar a dudas: cabe legalmente intervenir las comunicaciones de los abogados sin que por ello quepa apreciar nulidad de ninguna clase. Y lo que resulta más significativo: la sentencia parcialmente transcrita fue confirmada por el Tribunal Constitucional en **STC nº 150/2006, de 22 de mayo** (Pérez Tremps) sin que exista en su texto la mínima insinuación de que tales intervenciones –en este caso acordadas para la investigación de un delito contra la salud pública– deban limitarse a los supuestos de terrorismo, como en vano se afanan los recurrentes.

DÉCIMOTERCERA. – Los repertorios jurisprudenciales recogen otros supuestos en los que se ha acordado este tipo de intervenciones, por más que uno de los apelantes se empeñe en afirmar que la que ahora se recurre es una resolución *“sin precedentes en la historia judicial española”*. Por nombrar un caso sobradamente conocido por la opinión pública y a buen seguro por todas las defensas cabe traer a la memoria de este Instructor el **Auto de 24 de enero de 2003** dictado por el Juzgado de Instrucción nº 33 de Madrid en las DP nº 10324/2002 –se aporta una copia con este escrito– en el que se acuerda *“la grabación con medios audiovisuales de las entrevistas que en los próximos diez días, incluido el presente, puedan producirse en el Centro Penitenciario de Soto del Real entre la letrado MARÍA ÁNGELES S.M. y el interno en ese Centro PABLO VIOQUE IZQUIERDO”*. Dicho procedimiento, que nada tenía que ver con un delito de terrorismo sino con una proposición para el asesinato de un fiscal, finalizó con condena en virtud de **SAP Madrid nº 49/2005, de 30 de marzo** (Sección 5ª) en la que ningún reparo se puso a esta intervención de comunicaciones entre un interno y su abogada. El razonamiento jurídico primero de esa resolución establece: *“Las medidas solicitadas, de distinta índole, interfieren y limitan, de diferente forma, los derechos fundamentales de*

las personas establecidos en el Texto Constitucional de 1.978, actuando sobre el derecho a la intimidad personal y familiar y sobre el derecho al secreto de las comunicaciones, así como también tienen posibilidad de incidir en el **derecho de defensa** de los imputados en una causa criminal, a quienes se reconoce en la LECr el derecho a mantener **comunicaciones y entrevistas reservadas con los letrados encargados de su defensa.** Ninguno de los derechos aludidos tienen, en todo caso, una configuración absoluta e ilimitada, pudiendo restringirse, limitarse o suprimirse mediante la correspondiente resolución judicial motivada, en aras de la tutela de otros intereses igualmente fundamentales de orden público prevalentes".

La limitación sobre el derecho de defensa acordada por el Instructor en aquella causa se fundamenta en la irrenunciable obligación de perseguir la comisión de un delito, contra lo que nada puede la condición de letrado de los sujetos concernidos por la investigación, por lo que el auto razona en su fundamento tercero: "En cuanto a la interceptación de la comunicación que pueda realizarse entre la letrado María Ángeles S. y Pablo Vioque Izquierdo [en el centro penitenciario], debe indicarse que la medida cautelar que judicialmente se autoriza en modo alguno pretende la invasión del derecho a la defensa en otras causas penales, sino solamente el esclarecimiento de lo que es objeto de investigación en las presentes actuaciones... La participación directa e indiciaria que en la investigación se les atribuye es totalmente ajena a la **condición de letrados** de uno o ambos interlocutores, **la que no puede servir en ningún caso de amparo, protección o favorecimiento de la comisión de delitos"**.

El Ministerio Fiscal pone de relieve como no menos conocido por su triste actualidad es el caso de la investigación seguida por el asesinato y violación de la joven Marta del Castillo que ha dado lugar a las D.P. n° 746/09 del Juzgado de Instrucción n° 4 de Sevilla. La necesidad de progresar en la causa para, según la literalidad de la resolución, "el esclarecimiento de los hechos, nivel de la implicación en ellos de los ya imputados y, en su caso, de terceras personas, y el hallazgo del cuerpo de la menor" determinó que el Instructor con base en lo dispuesto en el art. 579.3° LECr

acordase por Auto de 3 de marzo de 2009 la "intervención, grabación y escucha de las comunicaciones que M.C.D, S.B.P y F.J.D.M. mantengan en los Centros Penitenciarios en que los mismos permanecen o permanezcan reclusos, **tanto telefónicas como de locutorio**" (negrita en el original). Dado que en ejecución de lo acordado se grabaron las comunicaciones de los internos con sus letrados, la defensa de un imputado interesó la nulidad de esa resolución por entender comprometido el derecho de defensa. La petición fue desestimada por Auto de 24 de julio de 2009. Esas actuaciones ya no son secretas para las partes, pero todavía no son públicas y no puede el Fiscal extenderse en más detalles sin violar esa reserva, pero sí interesa al menos destacar lo que este último auto declara a este respecto: "...el auto de 3 de marzo no acordó expresamente la intervención u observación de las conversaciones Abogado-cliente por más que fueran también grabadas como consecuencia de no haber sido excluidas y no se desconoce que no sería utilizable contra los reos el contenido de esas comunicaciones con sus Abogados **excepto** en lo atinente al hallazgo o localización del cuerpo de la víctima". Es decir, que en la intervención de las comunicaciones del imputado el Juez no tiene por qué excluir a limine las que éste mantenga con su abogado, sin perjuicio de que después deba desechar las de esa clase que no interesen al objeto concreto de la investigación, en este caso el hallazgo del cadáver. Por el contrario, es lícito aportar a la causa la grabación de las comunicaciones del imputado con su abogado si las mismas revelan dónde se puede localizar el cuerpo de la víctima, nada menos que la confesión al abogado de las circunstancias en que se deshizo del cuerpo del delito con toda la carga incriminadora que ello puede conllevar. Algo similar es lo que ha acontecido en la presente causa: se han intervenido temporalmente las comunicaciones de tres imputados con sus abogados como medida dirigida especialmente a la investigación del delito de blanqueo de capitales que éstos planeaban y ejecutaban organizadamente desde la prisión, preservando al mismo tiempo el derecho de defensa mediante la decisión -Auto de 27 de marzo de 2009- de expulsar de la causa la grabación y transcripción de aquellas conversaciones que tan sólo revelen estrategias de defensa y no cooperen a localizar y recuperar los efectos del delito. La representación del Ministerio Fiscal resalta

que esa decisión ha sido también recurrida por los imputados.

DÉCIMOCUARTA.- Alcance del fundamento jurídico del auto que se recurre.

Conforme a todo lo expuesto, una intervención de las comunicaciones del imputado con base en el art. 579 LECr no necesita otra fundamentación *jurídica* añadida para incluir a su abogado, al que no se hace distinción alguna en el precepto. Cosa distinta es que, como en el caso de autos, la figura del abogado, por su conexión con el derecho de defensa, deba trascender a la fundamentación *fáctica* de la resolución para situarlo en el escenario concreto que demanda la intervención, esto es, el centro penitenciario en el que van a tener lugar las comunicaciones. Sólo esta circunstancia llevó al inicial Instructor a invocar el art. 51.2 LOGP, sin que de esa particularización normativa quepa derivar inaplicación u olvido del art. 579 LECr, que desde la globalidad e integridad del ordenamiento jurídico debe entenderse anejo a esa invocación conforme a un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica.

La representación del Ministerio Fiscal estima que la estrategia de las defensas pasa necesariamente por apegarse a la literalidad de la resolución recurrida, confinando el debate a una interpretación interesada del art. 51 LOGP cuya sola invocación se quiere hacer pasar por único fundamento de la misma, como si cualquier órgano judicial que la analizara no tuviera a su alcance la posibilidad de integrarla con el resto del ordenamiento jurídico. A pesar de que las defensas creen haber encontrado en ello un filón argumental, ese intento desesperado por hacer cautivo al inicial Instructor de esa cita normativa resulta claramente improductivo. Es evidente que al Instructor nada le hubiera costado llevar a cabo la intervención que ahora se discute invocando directamente el art. 579 LECr en lugar del art. 51 LOGP, pero las defensas no pueden arriesgarse a reconocer este extremo –todas se cuidan de no citar aquel precepto–, porque supondría su suicidio colectivo en este recurso. La mera omisión en la cita de un referente normativo no significa ausencia de motivación de la resolución. Repárese en que el Auto de 24 de enero de 2003

dictado por el Juzgado de Instrucción nº 33 de Madrid en el caso *Vioque* ya aludido no cita ni un solo precepto para acordar la intervención de las comunicaciones de un interno con su abogado, limitándose a invocar genéricamente la LECr, sin que ello haya supuesto obstáculo alguno para obtener una sentencia condenatoria. De la misma forma que nada menos que la mitad de los recurrentes que solicitan la nulidad de las actuaciones omiten en sus escritos toda cita de los preceptos reguladores de la misma, confiando en que el órgano judicial acuda de oficio al art. 238 LOPJ *-iura novit curia-* en la búsqueda de un fundamento jurídico para incardinar el motivo de nulidad alegado. Es de suponer que esas defensas no se abonarán ahora a la tesis de que su propia omisión tiene el efecto de dar al traste con sus pretensiones por falta de fundamento jurídico: las normas existen, se citen o no se citen.

Pero incluso en el caso de que la cita del art. 51 LOGP pudiera considerarse improcedente -no lo es bajo la correcta interpretación que se ha expuesto en este escrito-, no habría lugar a declarar nulidad de ninguna clase, porque, abstracción hecha de esa cita, los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos de la misma conforman un conjunto coherente que cumple sobradamente con el deber legal de motivación. Ese error de cita carece de toda relevancia cuando otro precepto ofrece la necesaria cobertura jurídica al fondo del asunto. No en vano, hasta en los supuestos de error de subsunción jurídica la jurisprudencia viene declarando que procede mantener intacta la resolución si se verifica que con el fundamento jurídico alternativo que incluye la cita correcta del precepto se habría alcanzado el mismo resultado (STS 781/2003, de 27 de mayo, con cita, entre otras, de la STS 1343/2002, de 17 de julio, y de la STC 12/1981, de 25 de abril).

DÉCIMOQUINTA.- El Ministerio Fiscal estima que los recurrentes no plantean este debate, sabedores de que esa mera cuestión de forma no tendría efecto alguno sobre el fondo del asunto, por lo que se ven obligados a combatir la total fundamentación de las resoluciones o incluso en algunos casos a descalificar gravemente a la autoridad judicial si con ello pueden obtener algún provecho en esta causa. Así, la representación de Francisco Correa afirma en

su escrito de recurso que el examen de la pieza de intervención de las comunicaciones "expresa a simple vista una manifiesta **actuación ilegal del Magistrado Instructor con aquietamiento de la Fiscalía**" (pág. 2); que las resoluciones recurridas son "**manifiestamente injustas y contrarias, sin posible justificación, a la Constitución y a las leyes**" (pág. 11); que "el Magistrado instructor conocía la doctrina constitucional y legal que limita la posibilidad de la intervención de las comunicaciones con el Abogado defensor a los supuestos de terrorismo y **la soslayó a sabiendas**. (...) es lisa y llanamente **una prevaricación, una resolución injusta a sabiendas inaceptable en un Estado de Derecho**" (pág. 13); que la resolución de 19 de febrero es "**prevaricadora, además de calumniosa**" (pág. 16) y que en relación con el delito contra las garantías constitucionales previsto en el art. 536 CP y su modalidad agravada "**Ambos tipos penales, básico y agravado, pueden haberse realizado en esta causa**". Tan graves expresiones por su indubitada significación, no sólo no pueden ser interpretadas en clave meramente retórica, ni amparadas en el ejercicio legítimo del derecho de defensa -inextensible hasta ese punto-, sino que son exponente de una estrategia que pretende ligar indisimuladamente la suerte procesal de este recurso a la suerte personal de aquella autoridad judicial y viceversa.

Las graves imputaciones realizadas en la causa se atribuyen a la del Sr. Correa, por lo que no pueden ser resueltas en este recurso de reforma, sin perjuicio de que el Instructor realice una llamada a la cordura y una rectificación a tiempo por lo injustificable de los calificativos e imputaciones realizadas. Los derechos fundamentales en el Derecho español no están jerarquizados. De la misma forma que se ha respetado el derecho a la defensa, a pesar de haberse incurrido en gravísimas acusaciones, resulta exigible el deber de respeto para el Ministerio Fiscal y a los Jueces.

DÉCIMOSEXTA.- Justificación de la medida a la vista de las circunstancias concretas del procedimiento.

Según el Ministerio Fiscal la intervención de las comunicaciones ordenada por las resoluciones que se recurren era una medida objetivamente **necesaria** para la

investigación de los hechos y **proporcionada** a la gravedad de éstos, debiendo tenerse en cuenta que la misma iba encaminada especialmente a investigar el **delito de blanqueo de capitales** que, según sólidos indicios, los imputados segúan cometiendo desde el establecimiento penitenciario en el que se encontraban internos. Nada que ver, como se alega, con el deseo de descubrir las estrategias de defensa de los imputados, sino con la obligación de investigar y perseguir nuevos actos de ocultación y desviación de efectos delictivos situados fuera del alcance de la jurisdicción española en detrimento de lo dispuesto en el art. 503.2 LECr, que precisamente justifica la prisión provisional por la necesidad de evitar que los imputados puedan cometer nuevos delitos. No es necesario extenderse en consideraciones político criminales para acreditar la gravedad del delito de blanqueo de capitales, pues es notoria la existencia de numerosos instrumentos jurídicos internacionales alumbrados con el fin de urgir al mayor número de estados a la persecución de este fenómeno de dimensión transfronteriza. Entre otros, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, todos ellos ratificados por España, sin perjuicio de otras iniciativas en el marco de la Unión Europea en el ámbito de la prevención. Nuestro ordenamiento jurídico no ha sido insensible a este fenómeno, que trata de reprimir de la forma más eficaz posible con una legislación penal que permite perseguir hasta modalidades imprudentes de blanqueo. Ello es coherente con lo que declararon solemnemente los jefes de estado y de gobierno de los países de la Unión Europea reunidos en octubre de 1999 en el Consejo Europeo de Tampere: *"El blanqueo está en el centro mismo de la delincuencia organizada y debe erradicarse allí donde se produzca. El Consejo Europeo está resuelto a garantizar que se den pasos concretos para proceder al seguimiento, embargo preventivo, incautación y decomiso de los beneficios del delito."*

La evolución de la realidad jurídico-económica ha sido espectacular en los últimos años. No puede extrañarnos, que incluso el ordenamiento jurídico comunitario haya sido objeto de una transformación importante por vía del principio de interpretación de conformidad con el Ordenamiento Comunitario.

El Parlamento europeo hace tiempo que resalta la gravedad que presentan las tramas ilegales que bloquean los capitales.

Conviene que la Directiva 91/308/CEE del Consejo, denominada en lo sucesivo Directiva, se actualice según las conclusiones de la Comisión y los deseos manifestados por el Parlamento Europeo y los Estados miembros, dado que es uno de los principales instrumentos internacionales de lucha contra el blanqueo de capitales. De este modo, la Directiva no sólo debe reflejar las mejores prácticas internacionales en este ámbito, sino también seguir garantizando un elevado grado de protección del sector financiero y de otras actividades vulnerables frente a los efectos perjudiciales de las actividades delictivas.

No obstante, cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico -como los abogados- estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería impropio imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la Directiva, la obligación de notificar sospechas de blanqueo de capitales. Es preciso que existan dispensas a la obligación de notificación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Así pues, el asesoramiento jurídico sigue estando sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales.

El Parlamento Europeo ha manifestado su inquietud ante la posibilidad de que las actividades de las agencias de cambio y las empresas de envío de dinero sean susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales. Estas actividades deben incluirse en el ámbito de aplicación de la Directiva. A fin de disipar cualquier duda a este respecto, debe confirmarse claramente la inclusión de estas actividades en el ámbito de aplicación de la Directiva. La ampliación del abanico de delitos subyacentes facilita la notificación de las transacciones sospechosas y la cooperación internacional en este ámbito. Por lo tanto, debe actualizarse la Directiva a este respecto.

La lucha contra la delincuencia organizada, en particular, está estrechamente relacionada con las medidas para luchar contra el blanqueo de capitales, por lo que convendría adaptar en consonancia la lista de delitos que pueden incluirse en este ámbito.

Los notarios y los profesionales independientes del ámbito jurídico, tal y como han sido definidos por los Estados miembros, deben estar sujetos a lo dispuesto en la Directiva cuando participen en operaciones financieras o empresariales, incluido el asesoramiento fiscal, en las que exista el mayor riesgo de que los servicios de dichos profesionales del ámbito jurídico se empleen indebidamente a fin de blanquear el producto de actividades delictivas.

La solidez, integridad y estabilidad de las entidades financieras y de crédito, así como la confianza en el sistema financiero en su conjunto, podrían verse en grave peligro debido a los esfuerzos de los delincuentes y sus cómplices, ya sea por encubrir el origen de los productos del delito, ya

por canalizar el producto de actividades legítimas o ilegítimas a fines terroristas. A fin de evitar que los Estados miembros adopten medidas para proteger su sistema financiero que puedan ser contrarias al funcionamiento del mercado interior y a las normas del Estado de Derecho y del orden público comunitario, es necesaria una actuación comunitaria en este ámbito.

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) autoriza a los miembros a adoptar las medidas por motivos necesarias para proteger la moral pública y prevenir el fraude, y a adoptar medidas por motivos cautelares, incluidas las destinadas a garantizar la estabilidad e integridad del sistema financiero.

Cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico -como los abogados- estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería improcedente imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la presente Directiva, la obligación de informar de sospechas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Deben existir dispensas a la obligación de comunicación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Así pues, el asesoramiento jurídico ha de seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que le cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

Aunque al principio se limitara a delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, en los últimos años se ha tendido a definir el blanqueo de capitales de manera mucho más amplia, tomando en consideración una gama mucho más extensa de delitos. La ampliación del abanico de delitos facilita la comunicación de las transacciones de sospechosas y la cooperación internacional en este ámbito. Así pues, la definición de delito grave debe conformarse a la recogida en la Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

La Directiva se refiere, por una parte, a "las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales" a las cuales deben notificarse las operaciones sospechosas y, por otra parte, a las autoridades que estén facultadas por disposiciones legales o reglamentarias para supervisar las actividades de cualquiera de las instituciones o personas sujetas a lo dispuesto en la Directiva ("autoridades competentes"). Se sobreentiende que la Directiva no obliga a los Estados miembros a crear dichas "autoridades competentes" en caso de que no existan, y que los colegios de abogados y otros organismos autorreguladores de profesionales independientes no entran dentro del concepto de "autoridades competentes".

Para responder a estas preocupaciones en el ámbito del blanqueo de capitales se adoptó la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. La Directiva instaba a los Estados miembros a prohibir el blanqueo de capitales y obligar al sector financiero, incluidas las entidades de crédito y numerosas entidades financieras de otros tipos, a identificar a sus clientes, conservar los documentos adecuados, establecer procedimientos internos de formación del personal y vigilar el blanqueo de

capitales, así como comunicar a las autoridades competentes cualquier indicio de blanqueo de capitales.

La Directiva 91/308/CEE hizo aplicable a los notarios y otros profesionales independientes del Derecho el régimen comunitario de lucha contra el blanqueo de capitales; esta situación debe mantenerse sin cambios en la presente Directiva; los profesionales del Derecho, tal y como han sido definidos por los Estados miembros, se encontrarán sujetos a lo dispuesto en la presente Directiva cuando participen en operaciones financieras o empresariales, incluido el asesoramiento fiscal, en las que exista el mayor riesgo de que los servicios de dichos profesionales del Derecho se empleen indebidamente a fin de blanquear el producto de actividades delictivas o financiar el terrorismo.

Servicios directamente comparables deben ser objeto de idéntico trato, cuando los que ejerzan dichos servicios sean profesionales de los contemplados en la presente Directiva. Con el fin de garantizar el respeto de los derechos establecidos por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por el Tratado de la Unión Europea, por lo que respecta a los auditores, contables externos y asesores fiscales que en determinados Estados miembros pueden defender o representar a sus clientes en el contexto de una acción judicial o determinar la situación jurídica de sus clientes, la información que obtengan en el ejercicio de esas funciones no debe estar sujeta a la obligación de comunicación con arreglo a la presente Directiva.

La excepción relativa a la identificación de los titulares reales de cuentas compartidas bajo la supervisión de notarios y otros profesionales independientes del Derecho ha de entenderse sin perjuicio de las obligaciones que incumban a dichos notarios o profesionales del Derecho en virtud de lo dispuesto en la presente Directiva. Entre esas obligaciones figura la necesidad de que estos notarios y otros profesionales independientes del Derecho identifiquen a los titulares reales de las cuentas compartidas bajo su supervisión.

En el caso de los notarios y profesionales independientes del ámbito jurídico, y para atender adecuadamente a la obligación de observar el secreto profesional que tienen con sus clientes, debe autorizarse a los Estados miembros a designar al colegio de abogados u otro organismo autorregulador de profesionales independientes como el organismo al que dichos profesionales deben notificar las operaciones sospechosas de blanqueo de capitales. Los Estados miembros deben determinar las normas por las que se regirá el tratamiento de estas notificaciones y su posible transmisión a las "autoridades responsable de la lucha contra el blanqueo de capitales" y, en general, las formas apropiadas de cooperación entre los colegios de abogados u organismos profesionales y dichas autoridades.

En la legislación se comprueba la interrelación del blanqueo de capitales y el terrorismo.

La Directiva 2005/60/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Octubre de 2005 dispone entre otras cosas:

1. La presente Directiva se aplicará:
 1. las entidades financieras;
 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 y otros activos pertenecientes al cliente,

Pero no sólo el blanqueo de capitales es un delito grave (arts. 13 y 33 CP), sino que en el caso de autos lo son también los delitos antecedentes de los que provienen los efectos que se ocultan y transforman. Las complejas estructuras societarias nacionales y extranjeras aquí utilizadas han recibido y hecho circular dentro y fuera de España millones de euros procedentes de delitos fiscales, cohecho y tráfico de influencias, entre otros.

Los recursos de reforma presentados contienen dos petitum confusos e improcedentes, según los razonamientos jurídicos que se han realizado a lo largo de esta resolución.

Los petitum dice literalmente:

- ✓ "se declare la nulidad de todas las actuaciones que componen la pieza separada de intervención de las comunicaciones"
- ✓ Declare la nulidad de todas las actuaciones incorporadas a la pieza principal a partir del día 19 de febrero de 2009
- ✓ Subsidiariamente declare la nulidad de todas las actuaciones que traigan causa en la formación obtenida de las intervenciones de las comunicaciones orales con los abogados, y
- ✓ Acuerde alzar y dejar sin efecto la totalidad de las medidas personales y/o reales que se hubieren podido acordar sobre la base de hechos cuyo conocimiento se hayan obtenido de las intervenciones de las conversaciones declaradas nulas."

(petitum D. José Luis Izquierdo López)

"SUPLICO A LA SALA, que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo y tener por interpuesto en tiempo y forma Recurso de Reforma y subsidiario de Apelación contra los Autos dictados en fecha de 19 de febrero, Auto de prórroga de 20 de marzo y Auto de 27 de marzo, y en su virtud se declare la nulidad total de las anulaciones a partir de 19 de febrero de 2009, si no fuese estimado se declare la nulidad de todo lo actuado en la pieza separada de la intervención de las comunicaciones. Igualmente se declare la nulidad de todas las actuaciones que tengan relación con la información obtenida como consecuencia de las intervenciones telefónicas.

(petitum D. Javier Nombela Olmo)

La improcedencia del petitum es notoria y deben desestimarse las pretensiones.

En síntesis, el recurso interpuesto por la representación de D. José Luis Izquierdo López, está mal articulado y la pretensión es inviable, puesto que se encuentra en contradicción con la escasa descripción fáctica-jurídica.

En efecto, si se procediera a la lectura del recurso se observa que carece de objeto y pretende aplicar un precepto correspondiente a un grupo normativo diferente del que se debate en este proceso. En este procedimiento penal es aplicable el grupo normativo relativo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se rige por los principios jurídicos procesales.

Por el contrario la Ley General Penitenciaria se rige por sus propios principios administrativos sin que resulte correcta una hermenéutica jurídica, que pretende hacer prevalecer una norma administrativa sobre una jurídica.

El control jurisdiccional puede efectuarse a priori o a posterior, sin que resulte admisible negar la competencia judicial.

El Juez interviene en el proceso penal actor principal, en mayor medida que la Administración Penitenciaria, a la que controla a priori y a posteriori.

Es evidente que los Abogados tienen una importancia esencial en el Estado de Derecho.

La intervención no se adoptó arbitrariamente por el Juzgado. El Abogado realiza una función esencial en la Sociedad. Ahora bien, en todas las épocas y en todos los tiempos, el Abogado tenía el deber de respetar la Ley. El respeto a la misma es lo que conduce a la libertad de defensa. Los abogados tienen derecho a que se respete su libertad de defensa, que aquí fue respetada.

Algunos de los abogados estaban imputados en este proceso.

El petitum de recurso de reforma de José Luis Izquierdo, contiene cuatro pretensiones carentes de claridad y precisión jurídica, que no llegan a expresar su orden de prelación, y que han sido desvirtuados por la Doctrina expuesta con anterioridad.

Si se advirtiera las pretensiones procesales ejercitadas por los Sres. Izquierdo López y Sr. Nombela Olmo, el caso Correa se convertiría en una gravísima situación.

El derecho de defensa debe respetarse, reconociéndose su carácter constitucional. También respetarse el secreto profesional. En este sentido debe ampararse el secreto profesional, siempre que no se pretenda con ello infringirse otro principio constitucional.

Las representantes del Ministerio Fiscal no han incurrido en ninguna conducta rayana con la prevaricación.

Por el contrario colabora en la tramitación y realización del proceso.

El derecho de la Abogacía a que se respete su libertad de defensa no implica que la Abogacía no esté sometida al cumplimiento de la ley.

Alguno de los Abogados intervinientes han actuado simultáneamente como Abogados y como imputados.

Las funciones del Abogado son importantes en la Sociedad por su tradición (desde la Grecia de Demóstenes a nuestros días). También el Abogado conserva una independencia irrenunciable. Todo ello conduce a defender la profesión de Abogado en general.

Debe resaltarse que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil tiene carácter de supletorio en todos los procesos, incluso los penales. También consagra esta Ley, en el artículo 228 que no se admitirán con carácter general incidente de nulidad de actuaciones.

El legislador introduce los principios utilitaristas de economía procesal y de conservación de los actos procesales.

El artículo 230 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone:

Conservación de los actos.

- 1. La nulidad del acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de a aquél ni la de aquellos cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.*
- 2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo acto que sean independientes de aquélla.*

La Ley de Enjuiciamiento Civil es aplicable en esta materia (artículo 4º Ley de Enjuiciamiento Civil)

También debe aplicarse la "buena fe" del artículo 7 apartado 1 del Título Preliminar del Código Civil que impone " los derechos deben exigirse conforme a las exigencias de la buena fe."

En definitiva, se trata de un principio general de Derecho de buena fe, aplicable en todas las materias, no de un simple regla lógica o brocado medieval.

El carácter del principio de buena fe es de un principio vinculable y normativo.

Las Representantes de Ministerio Fiscal actuaron de forma ajustada a Derecho, sin que deba olvidarse que el derecho no es una Ciencia exacta.

El derecho de defensa ha sido respetado en el caso Correa. La nulidad procesal produciría unas graves consecuencias jurídicas.

El Ministerio Fiscal mantiene y argumenta la absoluta improcedencia del alcance de la nulidad solicitada, con base en la siguiente argumentación jurídica:

Absoluta improcedencia del alcance de la nulidad solicitada.

Los recurrentes interesan la nulidad de la pieza de intervención de las comunicaciones, la de las actuaciones practicadas en la pieza principal desde el 19 de febrero de 2009 y la de todas aquéllas que traigan causa de la información obtenida en esas intervenciones, incluida la adopción de medidas cautelares. Ambas representaciones, sin embargo, no se ponen de acuerdo sobre qué pretensión debe reputarse principal o subsidiaria.

Como ya se ha expuesto suficientemente en este escrito, no procede declarar nulidad de ninguna clase en esta causa, pero, aunque así fuera, la pretensión de los recurrentes de extenderla a todo lo actuado desde la fecha del primer auto que se recurre -19 de febrero de 2009- ataca frontalmente toda la doctrina jurisprudencial que limita dicho efecto a aquellas actuaciones con las que existe una conexión de antijuridicidad. Como recuerda la STC 287/2009, de 3 de marzo (Soriano Soriano), valiosa por su carácter recopilador, "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 antijuridicidad". Conforme esta doctrina, para extender la nulidad debe existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella la denominada "conexión de antijuridicidad", que no opera ante la existencia de pruebas autónomas e independientes jurídicamente. Por ello, la nulidad pretendida supone un abuso de la doctrina del "árbol envenenado", abuso contra el que ya prevenía el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de octubre de 1996: "puede llevar a consecuencias absurdas esa teoría tan extendida y de la que se ha hecho y hace abuso desmedido del llamado "árbol podrido que todo lo contamina", pues de aceptarse al pie de la letra ese principio nos encontraríamos constantemente con situaciones de verdadera impunidad, que chocarían con la lógica de la

realidad y con el respeto que ha de tenerse a conseguir una verdadera justicia material".

La verificación de esa necesaria conexión de antijuridicidad puede llevarse a cabo por los letrados de los imputados, que tienen a su disposición las grabaciones de las conversaciones incorporadas a los autos. La representación de Javier Nombela sostiene que "a raíz de estos hechos ha podido ser utilizada información en la investigación." Sin embargo, cabe adelantar -a salvo la posterior verificación por todas las partes- que al día de la fecha no se han iniciado líneas de investigación con base en las concretas intervenciones que se recurren que no descansaran ya en otros elementos preexistentes en la causa, algunos de los cuales han quedado nuevamente confirmados por las mismas.

Por último, tampoco puede atenderse la solicitud de nulidad de todas las actuaciones que componen la pieza separada de intervención de comunicaciones. La pretensión resulta sorprendente por cuanto nada se ha alegado en el recurso en contra de la intervención de comunicaciones distintas de las que los imputados mantuvieron con los letrados.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

DISPONGO

DESESTIMAR íntegramente los recursos de reforma interpuestos contra autos de 19 de febrero de 2009, 20 de marzo de 2009 y 27 de marzo de 2009, confirmándolos en todas sus partes.

Dése traslado a la parte recurrente por un plazo de 5 días para que formule alegaciones a los efectos del artículo 766.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Contra la presente resolución cabe Recurso de Apelación en el plazo de 5 días ante este Instructor para ante la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal con la

advertencia para la acusación popular de la necesidad de constituir depósito de 25 euros para recurrir, en la Cuenta de Consignaciones de esta Secretaría, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ (redacción LO 1/09 de 3 de noviembre).

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las partes recurrentes.

Así lo acuerda y firma el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor. Doy fe.

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