

**ENJUICIAMIENTO Y CONDENA DEL JUEZ GARZÓN
POR PREVARICACIÓN JUDICIAL
(Consideraciones sobre la sentencia de la Sala Segunda del
Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012)**

MANUEL MORÓN PALOMINO
Universidad de La Laguna*

Resumen: Este trabajo examina la sentencia dictada contra el juez Baltasar Garzón desde un punto de vista jurídico-procesal.

Palabras clave: Derecho a recusar, derecho al juez legal imparcial.

Abstract: This paper examines the sentence handed down against Judge Baltasar Garzón from a legal-procedural point of view.

Keywords: Right to recuse, right to impartial legal judge.

* Catedrático emérito.

A María Garzón, y a los hombres y mujeres de toga que no brindaron con champán.

A María Josefa Gutiérrez, ayer mi alumna, hoy mi mujer, que tanto me animó a la realización de un trabajo que considerábamos necesario.

Y a mi hijo José Antonio, por lo mucho y lo bien que cooperó en la finalización del trabajo comenzado.

I. A MODO DE PREÁMBULO: TRES CAUSAS PENALES CONVERGENTES Y TRES PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES DIVERGENTES

1. Las causas y las acusaciones

En el mes de febrero de 2012 la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en adelante TS), constituida en Sala Especial con siete magistrados, conoce de tres causas penales seguidas contra don Baltasar Garzón Real, a la sazón juez titular del Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional. Son las siguientes:

A) Causa número 20716/2009, en adelante causa de las “Escuchas”, relativa a las resoluciones judiciales dictadas por el juez Garzón los días 19 de febrero y 20 de marzo de 2009 sobre interceptación de las comunicaciones presenciales de determinados presos preventivos y sus *abogados*. Tramitada por el llamado “procedimiento abreviado” del Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim.), en la misma figuran tres acusaciones particulares:

La ejercida por don IPM, letrado que se defiende a sí mismo y a don JLU. Califica los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación judicial del artículo 446.3 del Código Penal (en adelante CP) y de un delito de uso de artificios de escucha y grabación con violación de las garantías constitucionales del artículo 536, apartado 1º del CP. Se solicitan penas de multa de 12 meses, a razón de seis euros por día, y de inhabilitación especial para empleo y cargo público por un periodo de 10 años, accesorias y costas.

La ejercida por don PCS. Califica los hechos como constitutivos de los mismos delitos y solicita la condena por el delito más grave, el de prevaricación judicial, a la pena de multa de 18 meses, a razón de seis euros por día, inhabilitación especial para empleo o cargo público de 10 años e indemnización por los perjuicios y daños causados que se fija simbólicamente en un euro.

Y la ejercida por don FC. Califica los hechos como constitutivos de los mismos delitos que las anteriores acusaciones. Solicita una condena de multa de 18 meses, a razón de 6 euros por día, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 12 años, con imposición de costas, incluidas las de la acusación particular.

B) Causa número 20048/2009, en adelante causa de la “Memoria Histórica”, en coherencia con la nomenclatura del Centro Documental de la Memoria Histórica perteneciente al Ministerio de Cultura y en contraposición semántica a la *memoria impuesta* por los vencedores de la guerra civil de 1936-1939. También por delito de prevaricación judicial, que la parte querrelante, el denominado Sindicato *Manos Limpias*, entiende cometido por el juez Garzón al dictar el auto de 16 de octubre de 2008 por el que declara la competencia del Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional para proceder penalmente contra quienes se alzaron en ar-

mas contra el Gobierno de la Segunda República española en el mes de julio de 1936, desencadenando la guerra civil, con su secuela de represalias, ejecuciones, detenciones ilegales y exilio forzoso de tantos republicanos españoles –lo mejor del país– vencidos, mejor que derrotados, en la contienda. Se fijó por el juez Garzón el ámbito temporal de investigación: 17 de julio de 1936 a febrero de 1937 (ejecuciones por aplicación de los bandos militares); febrero de 1937 a los primeros meses de 1945 (consejos de guerra); y 1945 a 1952 (acción represiva generalizada).

La querrela se fundamenta formalmente en el ejercicio de la acción popular autorizada por los artículos 125 de la Constitución Española (en adelante CE), 19.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (en adelante LOPJ) y 270 de la LECrim. a cuyo tenor, *Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querrellarse ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley*. Solicita la parte querellante una condena de multa de 24 meses, a razón de una cuota de 30 euros por día, y la de inhabilitación especial del acusado para empleo y cargo público por un periodo de 20 años, accesorias y costas. La defensa del juez Garzón, en el turno de intervenciones previsto en el artículo 786.2 de la LECrim., frente a la pretensión de condena invoca la aplicación de la denominada *doctrina Botín*, según la cual no procede la apertura del juicio oral si la acusación popular actúa en solitario, es decir, sin el concurso de la acusación oficial a cargo del Ministerio Fiscal (en adelante MF) o el acompañamiento de la acción particular ejercitada por la persona ofendida por el delito¹.

C) Causa número 20339/2009 (en adelante *Cursos en la Universidad de Nueva York*) de la que igualmente conoce la Sala Especial. Inicia el procedimiento querrela formulada en el ejercicio de la acción popular por don Antonio Panea y don José Luís Mazón Costas, y se atribuye al juez Garzón la comisión de dos delitos de cohecho de los artículos 419 y 421 del CP, uno de prevaricación del artículo 446.3 del mismo Código y, con carácter alternativo, uno de extorsión del artículo 243 y otro de asociación ilícita del artículo 515.1.

2. *El acusado: Baltasar Garzón Real (Torres, Jaén, 1955)*

Un juez valiente; a veces hay que serlo –él lo fue con largueza– para poder ser el juez independiente e imparcial que exige el propio oficio vocacionalmente servido.

Abanderado del principio de justicia penal universal² don Baltasar Garzón Real tuvo el *inigualable arrojo* –palabras del fiscal don José María Mena³– de iniciar la persecución penal

1 Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Un grave ataque contra la acción popular española: la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 17 de diciembre de 2007”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2008, págs. 799 a 835.

2 Se trata de un principio que supera el tradicional criterio de territorialidad de la jurisdicción penal –*locus delicti commisi*– en evitación de la impunidad de crímenes de especial gravedad de los que conoce la Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto (17 de julio de 1998, vigente en España desde el 1 de julio de 2012) contiene un Preámbulo que justifica el contenido normativo y conviene resaltar. Justifica la competencia, en efecto, *Teniendo presente* que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad. *Afirmando* que los crímenes de trascendencia más graves para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la justicia.

de los dictadores Pinochet y Videla, combatir el terrorismo en cualquiera de sus manifestaciones y enfrentarse a la delincuencia organizada, la llamada delincuencia de cuello blanco. Desde las exigencias del Estado de Derecho (artículo 1.1 de la CE), dará respuesta legal, o intentará darla, a tantos familiares de tantas víctimas del franquismo que no habían renunciado a recuperar los restos mortales de sus allegados, enterrados en fosas comunes y que merecían recibir más digna sepultura.

Lo hizo bien el juez Garzón y frente a las querellas encontró el apoyo de *Jueces para la Democracia*, *Unión Progresista de Fiscales*, *Magistrados Europeos para la Democracia y las Libertades*, *Federación Latinoamericana de Jueces para la Democracia* y otras asociaciones culturales y profesionales de igual o parecida orientación.

Doctor *honoris causa* por la Universidad de Jaén y otras universidades extranjeras, Baltazar Garzón dirige en la actualidad el bufete de abogados *International Legal Organization for Cooperation and Development (ILOCAD)* y preside la Fundación *FIBGAR* en defensa de los Derechos Humanos y la Jurisdicción Penal Universal.

Es autor, en fin, de numerosas publicaciones entre las que destacan *Un mundo sin miedo* (Debolsillo, 2006), *La línea del horizonte* (Debate, 2008), *La fuerza de la razón* (Debate, 2011) y *En el punto de mira* (Planeta, 2016).

3. Posicionamiento del Ministerio Fiscal

A) La representación del Ministerio Fiscal (en adelante MF), a la que como parte imparcial corresponde la misión de promover la averiguación de los delitos y el castigo de los culpables, *sin dejar por esto de defender a la vez al inculpado inocente* (Exposición de Motivos de la LECrim.), en la causa de las *Escuchas*, –también en las dos restantes– se posiciona resueltamente a favor del acusado. El profesor Pérez Royo no tarda en dar a conocer su siempre autorizado criterio. Es el siguiente:

Es obvio que el delito de prevaricación no se comete cuando no se acierta en la interpretación de la ley. Para corregir lo que puede ser una no acertada interpretación de la ley está el sistema de recursos. Se comete prevaricación por parte del juez cuando no hay materialmente interpretación de la ley, es decir, cuando no es posible justificar la conclusión que se alcanza en la interpretación de la voluntad general de los límites de la interpretación jurídica normativamente establecida.

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y cooperar así a evitar la comisión de nuevos crímenes.

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales...

En opinión de don Alfonso Alonso, portavoz del Partido Popular en el Congreso de los Diputados, “la justicia universal no es eficaz: promete mucho, pero no consigue más que conflictos diplomáticos”. De acuerdo con este parecer, del que por supuesto discrepo, y previa remisión parlamentaria por vía de urgencia, es decir, precipitadamente, se promulga la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, cuyo artículo único confiere nueva redacción, más restringida, al artículo 23 de la LOPJ, al tiempo que ordena a los jueces de la Audiencia Nacional cerrar todas las causas de justicia universal y abrir luego la que corresponda, lo que pone en cuestión el principio de independencia judicial del artículo 117 de la CE.

3 Cfr. JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, *La solidaridad con el juez Garzón (obra colectiva)*, El parámetro, Córdoba, 2010.

El interrogante se impone: ¿puede existir el delito de prevaricación cuando la interpretación de la voluntad general ha sido compartida por el Ministerio Fiscal y cuando es la misma interpretación de la ley que están haciendo otros jueces y magistrados?

*La respuesta se impone por sí misma. Nunca puede admitirse a trámite una querrela por prevaricación cuando la interpretación de la ley es compartida por otros órganos jurisdiccionales o por el Ministerio Fiscal que tiene que intervenir en el asunto de que se trate*³⁴.

B) En la causa de la *Memoria histórica* el MF también se opone a la admisión de la querrela, y en el turno de cuestiones previas solicita el sobreseimiento libre por no apreciar la existencia de delito.

C) Finalmente, en la causa de los *Cursos en la Universidad de Nueva York*, mediante escrito de 7 de febrero de 2012, el MF rechaza la calificación de cohecho impropio que propone el querellante y, subsidiariamente, invoca la prescripción del delito al haber transcurrido el plazo de tres años previsto en el artículo 131.1, redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

4. Pronunciamientos jurisdiccionales

A) Causa de *Las Escuchas*: Fallo (9 de febrero de 2012) que debemos condenar y condenamos al acusado Baltasar Garzón Real como autor responsable de un delito de prevaricación del artículo 446.3, en concurso aparente de normas (artículo 8.3) con un delito del artículo 536, párrafo primero, todos del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de catorce meses con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad penal subsidiaria conforme al artículo 53 del Código Penal, y once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del poder judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo, así como al pago de las costas procesales incluidas las de las acusaciones particulares. Sin condena en cuanto a responsabilidad civil.

B) Causa de la *Memoria histórica*: Fallo (27 de febrero de 2012): que debemos absolver y absolvemos al acusado don Baltasar Garzón Real, del delito de prevaricación del que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas procesales.

C) Causa de los *Cursos en la Universidad de Nueva York*: Dispongo –expresa la parte dispositiva del auto de 13 de febrero de 2012 dictado por el magistrado instructor señor Marchena Gómez–, no haber lugar a la apertura del juicio oral. Se acuerda el archivo por prescripción de los hechos imputados a D. Baltasar Garzón Real.

4 Javier Pérez Royo, “Delito imposible”, *El País*, 21 de enero de 2012.

II. UN AFORAMIENTO ARMA DE DOBLE FILO Y DOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO PENAL.

1. *Explicando el enunciado*

La institución del aforamiento, anacrónica prerrogativa de competencia *ratione materiae*, todavía rige en nuestro sistema de enjuiciar penal respecto de determinadas personalidades en abierta contradicción con el artículo 14 de la CE, que prescribe la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Pese a ello el TS, mediante auto de 21 de marzo de 1984, reafirma su constitucionalidad al precisar que los *fueros constituyen una excepción al juez ordinario proclamado en el artículo 24.2 de la propia Constitución, por lo que la interpretación de tales excepciones habrá de hacerse con carácter taxativo y restrictivo*, doctrina que se reitera en el auto del mismo Alto Tribunal de 27 de octubre de 1984. El auto de 25 de octubre siguiente precisa que la supresión del fuero ordinario podría admitirse que se hiciera, pero expresamente y mediante Ley Orgánica. Por su parte el Tribunal Constitucional (en adelante TC) insiste en su aplicación, si bien de manera estricta y restrictiva (sentencias 55/1992, de 28 de marzo y 22/1997, de 11 de febrero).

La realidad acredita que la prerrogativa puede dejar de serlo y cercenar derechos fundamentales. El profesor Gimeno Sendra señala, y no le falta razón, que el aforamiento funciona en la práctica como *arma de doble filo, ya que, de un lado, los órganos de enjuiciamiento tienen que asumir funciones instructoras con la consiguiente contaminación inquisitiva, y de otro, el aforado pierde su derecho a los recursos*⁵. Así es, en efecto, y así se comprueba en la causa de las *Escuchas*.

2. *El principio de atribución del enjuiciamiento penal a juzgador distinto del instructor de la causa*

En honor de nuestra tradición jurídica debemos recordar que la más que centenaria LECrim. de 14 de septiembre de 1882 –en el sentir de James Goldschmidt la más avanzada ley procesal penal de la Europa de su tiempo-⁶ había incorporado al proceso penal dicho principio con el fin de evitar que el juez instructor acceda al tribunal sentenciador *con todas las preocupaciones y prejuicios que han hecho nacer en su ánimo la instrucción*. Lo expresa en estos términos la Exposición de Motivos que le precede, y, en coherencia con ello, el artículo 54.12 de dicha ley procesal estableció la causa de recusación consistente en haber sido instructor de la causa el juez sentenciador.

La Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre *modificación de determinados artículos del CP y de la LECrim.* dispuso en su artículo 14.3 que *para la instrucción, conocimiento y fallo (en primera instancia) de las causas por delitos perseguibles de oficio castigados con pena no superior a arresto mayor, privación del permiso de conducir, multa que no exceda de 200.000 pesetas o cualquiera de ellas conjuntamente con las demás o con una de ellas, será competente el juez de instrucción*. Un regreso al proceso inquisitivo, que dará lugar a que el motivo de recusación del artículo 54.12 de la ley procesal penal quede sin vigencia.

5 GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004, pág. 130.

6 *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1935, pág. 52.

Años después, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dicta la sentencia de 26 de octubre de 1984 (caso De Cubber) y declara que

...la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben seguir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus buenos deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque no suceda es difícil de evitar la impresión de que el juzgador acometa la función de juzgar sin la imparcialidad que le es exigible.

El TC, en coherencia con la anterior decisión y mediante sentencia 145/1988, de 12 de julio, declara inconstitucional la norma supresora del motivo de recusación, lo cual, pese al limitado alcance del pronunciamiento, dará lugar a un nuevo procedimiento penal, sin duda más ajustado a las exigencias del debido proceso que el de la normativa de 1967. Se trata del *procedimiento abreviado para determinados delitos* –en rigor un proceso penal plenario rápido– de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, hoy en vigor como procedimiento especial del Libro IV (*De los procedimientos especiales*) de la LECrim. En la práctica, procedimiento ordinario lento y dispendioso.

Sin embargo, por lo que a la causa de las “Escuchas” hace relación, la exigencia de atribución del enjuiciamiento penal a juez distinto del instructor de la causa no ha sido respetada en la sentencia. El Fundamento jurídico décimo primero –más adelante lo examinaremos en toda su extensión– afirma que *el acusado causó con su resolución una drástica e injustificada reducción del derecho de defensa y demás derechos afectados anejos al mismo, o con otras palabras, como se dijo ya por el instructor, una laminación de esos derechos, situando la concreta actuación jurisdiccional que protagonizó, y si se admitiera siquiera como discutible, colocando a todo el proceso penal español, teóricamente dotado de las garantías constitucionales y legales propias de un Estado de Derecho contemporáneo, al nivel de sistemas políticos y procesales característicos de tiempos ya superados.*

Inadmisibles. En primer lugar, el juez Garzón, al dictar los autos de 19 de febrero y 20 de marzo de 2009, ejerció regularmente la función que como autoridad judicial en aquella ocasión le correspondía. En segundo lugar, en nuestro actual régimen de enjuiciar penal la figura del juez instructor-decisor, y lo mismo hay que decir del juez o tribunal sentenciador que motiva la sentencia en apreciaciones que anteriormente han sido formuladas por el juez instructor desfavorable respecto del acusado, carece de cabida. Como tampoco la tiene la hipótesis del juez instructor que se extralimita en el juicio de probabilidad –no de certeza– que es el que corresponde a la instrucción, extremo que tiene que ver con la recusación del magistrado Sr. Varela Castro.

3. *El principio de la revisión de la sentencia penal de condena por un tribunal de jerarquía superior*

En el acto del juicio oral la defensa del juez Garzón hizo expresa invocación del artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratifi-

cado por España mediante Instrumento de 13 de abril de 1977 conforme al cual, “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean revisadas por un tribunal de jerarquía superior de acuerdo a lo previsto en la ley”, es decir, conforme al régimen de medios de impugnación y recursos jurisdiccionales previsto en el ordenamiento nacional. Se trata de un principio procesal que debe considerarse comprendido implícitamente en el derecho al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la CE.

Una instancia única para todos los aforados –puso de manifiesto el letrado sevillano Sr. Baena Bocanegra en su informe del juicio oral– *carece de toda razón*. Propuso el letrado, en previsión de una eventual sentencia desfavorable, la competencia de la Sala prevista en el artículo 61 de la LOPJ, solicitud rechazada, bien rechazada porque la pretendida atribución no viene autorizada legalmente en nuestro ordenamiento y el presupuesto de jurisdicción es improrrogable (artículo 9.6 de la LOPJ). Por otra parte, el artículo 2º del Protocolo Adicional número 7 del Pacto suscrito por España el 22 de noviembre de 1984 y ratificado el 28 de agosto de 2009, exceptúa del derecho a la segunda instancia penal el supuesto de persona aforada que con arreglo al Derecho interno de su país deba ser juzgada en primera y única instancia. Era el caso, que el TC, en sentencia 166/1993, trata de justificar con el más que discutible argumento de considerar que *el privilegio del fuero, que es un plus, equilibra así la inexistencia de una doble instancia, que si bien es una de las garantías del proceso a las cuales alude genéricamente el artículo 24.2 CE, ha de ser matizada en los casos en que el enjuiciamiento se conceda directamente al supremo Juez en todos los órdenes jurisdiccionales salvo el constitucional, a quien habría de revertir en definitiva la competencia funcional en segundo escalón procesal*.

III. DERECHO A RECUSAR Y DERECHO AL JUEZ LEGAL IMPARCIAL

1. *El derecho a recusar*

Bajo el régimen franquista –potenciación exasperante de la autoridad en cualquiera de sus manifestaciones, que no eran pocas, en detrimento de la libertad, escasa y mermada cuando no eliminada en la parafernalia del régimen– la recusación era institución científicamente soslayada, políticamente incómoda y profesionalmente comprometida para el abogado recusante⁷. Persona de tan elevada significación en los medios jurídicos y ambiente político de aquél entonces como don Manuel de la Plaza Navarro –Fiscal, Magistrado del TS, Presidente de la Sala Primera, Director de la Escuela Judicial–, en el primer volumen de su *Derecho Procesal Civil Español* no tuvo inconveniente en afirmar:

La generalidad del tratamiento de la recusación en las legislaciones, impone una reforma a fondo, aunque no sobraría una racional sistematización de esta institución procesal, agrupando, por unidad de fundamento, las causas que, legalmente, la autorizan, suprimiendo algunas y simplificando el procedimiento establecido. Sin embargo, hemos de hacernos cargo de una orientación doctrinal que propugna la supresión de la recusación como derecho atribuido a las partes, y la sustitución por una facultad de abstención,

⁷ Por lo general el procurador firmaba el escrito, pero haciendo constar que lo hacía a los solos efectos de la representación. Es mi experiencia de muchos años de ejercicio profesional ininterrumpido de la abogacía.

*que es imperativa, por razón del vínculo conyugal, parentesco hasta el cuarto grado y de afinidad hasta el segundo, desempeño de la tutela y pleito pendiente, y potestativa en los demás casos*⁸.

Llegó a considerarse agravio a la justicia española formular recusación contra un órgano jurisdiccional nacional en defensa de intereses extranjeros, caso de la recusación interpuesta por don Ramón Serrano Suñer –ya entonces apartado de la actividad política por su cuñado el general Francisco Franco Bahamonde ejercía con prestigio y brillantez la abogacía– en servicio de la sociedad canadiense *Barcelona Traction Light and Power Company Limited* frente a los Magistrados integrantes de la Sala de lo Civil de la entonces Audiencia Territorial de Barcelona.

Del informe pronunciado por el letrado Serrano Suñer sosteniendo la recusación (21 de septiembre de 1953) entresaco el siguiente párrafo:

*Considero, por todo ello, innecesario formular una justificación de esta postura recusatoria, que constituye un derecho de las partes en el proceso; y el uso de un derecho a nadie agravia y menos que a nadie a los hombres de toga con vuelillos. En la medida en que el desdén no me protegiera bastante de mi sensibilidad, yo hube de padecer ya, antes que ahora, unidas la mala fe y la más osada ignorancia, el zafio argumento de que el solo hecho de utilizar los recursos de reposición, apelación y casación, contra las providencias, autos y sentencias del Juzgado Especial y de la Audiencia –esto solo– ya significaba ante el extranjero agravio a la justicia española*⁹.

Del informe que en defensa de don Juan March pronunció el letrado don Antonio Rodríguez Sastre puedo decir lo que el propio letrado me refirió personalmente: el público asistente al acto de la vista, con fervor patriótico incontenible, irrumpía de continuo con expresiones de exaltación de la justicia española y vituperios de la parte recusante. Lo propio de la España cañí frente a la España ilustrada, por decirlo con palabras del ilustre periodista Iñaki Gabilondo. Eran otros tiempos.

2. *El derecho al juez legal imparcial*

En los modernos sistemas de enjuiciar, al tradicional remedio de la recusación circunscrita a una motivación tasada, que se supone contrapunto al deber concreto de abstención, se superpone el genérico derecho al juez legal imparcial, que proclama el artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 4 de noviembre de 1950) y reitera el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966). Tal vez por su obvedad no se consideró necesario incorporar expresamente este derecho al catálogo de los Derechos y Libertades del Capítulo II del Título I de la CE. Su vigencia en nuestro ordenamiento, ello no obstante, debe ser reconocida como exigencia del proceso

8 DE LA PLAZA NAVARRO, Manuel, *Derecho Procesal Civil Español*, I, tercera edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, pág. 191.

9 SERRANO SUÑER, RAMÓN “Dictámenes y recursos de casación civil”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1985, pág. 1357.

con todas las garantías que proclama el artículo 24.2 del propio texto constitucional. Es la primera de todas: “*sin juez imparcial* –señala el TC en la sentencia 60/1995, de 16 de marzo– *no hay propiamente proceso jurisdiccional*.”

Complementa lo anterior el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las sentencias de 7 de junio de 2005 (caso Chemeli) y 6 de noviembre de 2006 (caso Zenari) consideran suficiente para apartar a un juez del conocimiento del asunto la posibilidad de que su imparcialidad pudiera ser puesta en duda.

Por lo que hace a nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 786.2 de la LECrim. dispone respecto del procedimiento abreviado –el seguido contra el juez Garzón– que el juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa, y seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que se puedan exponer, aparte otras cuestiones, lo que las partes estimen oportuno acerca de la *vulneración de algún derecho fundamental*, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto del juicio. Es la oportunidad que aprovecha la defensa del Juez Garzón en la causa de las *Escuchas* (me remito al fundamento jurídico primero de la sentencia) para reiterar la recusación anteriormente propuesta respecto de los magistrados señores Valera Castro y Marchena Gómez en base al motivo de falta de imparcialidad que a los mismos se atribuye y consiguiente vulneración, en el sentir de la defensa, del derecho al juez legal imparcial.

En el Fundamento jurídico primero, apartado 1, de la sentencia que comentamos, a propósito de la recusación del Sr. Varela Castro, instructor en la causa y juzgador en el caso, se advierte de haber sido rechazada liminarmente la recusación

... porque, basándose en unas supuestas frases descalificadoras pronunciadas por el recusado, los hechos se relacionaban con tal generalidad y absoluta falta de concreción respecto de su contenido, lugar, fecha y circunstancias, que impedían cualquier juicio, aun cuando fuera muy provisional, sobre la consistencia de lo alegado, de forma que no se evidenciaba, ni siquiera indiciariamente, la sospecha...

La Sala no explicita cuáles fueron las *supuestas frases descalificadoras* y por consiguiente nos quedamos sin conocer el contenido y la mayor o menor consistencia de lo alegado; sí nos proporciona la certeza de que las frases, en efecto, fueron pronunciadas; un comportamiento que se enmarca en la imagen del *iudex suspectus* del proceso inquisitorio y acredita haber sido rebasados en nuestro moderno sistema acusatorio los límites –la línea roja podría decirse hoy– de la instrucción penal que al magistrado señor Varela Castro le había sido encomendada.

Recordemos el parecer de Jiménez de Asúa sobre las funciones del juez instructor y sus límites: *... el juez de instrucción* –aseveró desde su exilio bonaerense el insigne penalista– *debe limitarse por un lado a probar la existencia del tipo y a recoger, con escrupulosa imparcialidad, todas las pruebas sobre la característica antijurídica del hecho, y sobre la participación del procesado, absteniéndose de valorar la primera, salvo en lo que toca a los elementos normativos y subjetivos del injusto incluso en ciertos tipos penales, no pudiendo entrar en la secuencia que*

*requiere un juicio de culpabilidad*¹⁰. Por su parte el profesor Gimeno Sendra, en un trabajo juvenil de 1979, hace constar que “el juicio de reproche de la culpabilidad y el juicio de valor sobre la antijuridicidad han de ser reservados al tribunal sentenciador”¹¹. El profesor Gómez Orbaneja, en fin, puntualizará: “He aquí una de esas disposiciones –añade el ilustre procesalista– que, perdidas en el cuerpo de una compilación legal, parecen accidentales y son, sin embargo, clave del sistema. Si el sistema exige que del sumario no pase al juicio oral nada como adquirido, ¿cómo puede pasar la prevención (inevitable) del instructor?”¹². Fin de la cita.

Por lo que se refiere al magistrado don Manuel Marchena Gómez, en la actualidad presidente de la Sala Segunda del TS, debe aceptarse que no concurría la causa de recusación 11ª del artículo 219 de la LOPJ (*Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto pleito o causa en anteriores instancias*), sin que conste en la causa dato alguno que ponga en cuestión su imparcialidad.

IV. EL FUNDAMENTO PRELIMINAR

1. Irregularidad formal

La sentencia de condena del juez Garzón incide en la irregularidad formal de apartarse de la estructura prescrita por el artículo 248 de la LOPJ –encabezamiento, antecedentes, hechos probados, fundamentos de derecho y fallo– al intercalar, entre el relato fáctico y el primer Fundamento jurídico, un Fundamento Preliminar que ni la ley autoriza ni la motivación del fallo requiere. Dice así:

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

Como luego se dirá, aunque es pertinente adelantarlo, el derecho de defensa es un elemento nuclear en la configuración del proceso penal del Estado de Derecho como un proceso con todas las garantías. No es posible construir un proceso justo si se elimina esencialmente el derecho de defensa, de forma que las posibles restricciones deben estar especialmente justificadas.

En este caso no se trata en realidad de examinar la suficiencia de los indicios o de la motivación, o de cuestiones relativas a la proporcionalidad de una medida que restringe el derecho a la intimidad, sino de la valoración penal de las dos resoluciones judiciales dictadas por el acusado de fechas 19 de febrero y 20 de marzo de 2009, que, incidiendo directamente sobre el derecho de defensa suprimiendo la confidencialidad, acordaron la escucha y grabación de las comunicaciones entre los imputados presos y sus abogados defensores, sin que existieran datos de ninguna clase que indicaran que los letrados men-

10 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “El valor de la tipicidad y la interpretación de la ley penal 11.210”, *El Criminalista*, tomo segundo, 2ª edición, Buenos Aires, 1950, pág. 48.

11 “El auto de procesamiento”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, pág. 325.

12 *Derecho Procesal Penal* (con Vicente Herce Quemada), Madrid, 1981, pág 36.

cionados en los hechos probados estaban aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos.

La irregularidad es relevante porque anticipa la motivación –*como luego se dirá aunque es conveniente adelantarlo*– y por lo tanto predetermina el fallo, en lugar de prociarse que de las premisas de hecho y de derecho del llamado y no siempre bien entendido silogismo judicial¹³ se obtenga convincentemente, o al menos persuasivamente, la solución de la controversia planteada y el pronunciamiento decisorio. Con todo, el exotismo podría disculparse si no fuera porque el Fundamento Preliminar comienza afirmando que *La cuestión central que debe ser resuelta en esta causa se relaciona directamente con el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa que corresponde al imputado*, siendo así que el derecho de defensa, como más adelante razonaremos, de ninguna manera resultó afectado en el caso. Sí fue alcanzada la asistencia letrada, cuestión distinta, sin que sea atribuible al juez Garzón decisión arbitraria alguna respecto de los internos en establecimiento penitenciario, sometidos, como la sentencia destaca, a lo que ha venido en llamarse *situación o relación de especial sujeción*, materia que paso a considerar seguidamente.

El enunciado procede de Jellinek (*Besondere Gewaltverhältnisse*) y enlaza con su famosa teoría sobre las diversas situaciones en las que el ciudadano puede encontrarse respecto de la autoridad estatal¹⁴: el *status subjectionis*, una de ellas, es la que concierne a la relación de sujeción respecto de la autoridad penitenciaria. La noción accede a nuestra jurisprudencia constitucional a partir de la sentencia 2/1987, de 21 de enero, a la que siguen las sentencias 129/1995 de 11 de septiembre, 35/1996 de 2 de noviembre y 14/1999 de 22 de julio entre otras. En el Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional de 2003 será definida por el profesor Reviriego Picón como propia del *colectivo que puede ser objeto de limitaciones en sus derechos constitucionales que no serían de aplicación a los ciudadanos comunes*¹⁵.

A las *relaciones de especial sujeción* hace alusión la Sala casi de pasada y en términos tan resueltamente evasivos como los que aparecen en el Fundamento jurídico octavo de la sentencia que paso a transcribir:

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

13 CALAMANDREI, Piero, “La genesi lógica della sentenza civile”, *Studi sul proceso civile*, Cedam, Padova, 1937, págs. 7 y ss.

14 JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1ª edición alemana de 1882, 2ª edición de 1905 de la que hay traducción italiana, Milán, 1912.

15 REIVIRIEGO PICÓN, Fernando, Comunicación al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, Diciembre, 2003. Cfr. sobre el tema LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994; MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Las relaciones de especial sujeción y el sistema penitenciario”, *Estudios Penales y Criminológicos* (XVI), Santiago de Compostela.

Repárese en la desviación discursiva que inmediatamente prosigue:

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

Comentario breve

Si modificamos la perspectiva –lo propone la sentencia– y examinamos la cuestión desde el punto de vista del derecho del interno preventivo respecto *de una mayor responsabilidad de la Administración Pública, en el caso la penitenciaria*, nos situamos en una hipótesis que nada tiene que ver con nuestro asunto. Nada que añadir por tanto. ¡Incomprensible la referencia!

2. Otros *desaciertos*

Se detectan otros cuatro desaciertos respectivamente referidos al objeto del proceso, derecho de defensa, principio de proporcionalidad y sujeto destinatario de la medida de interceptación de las comunicaciones.

A) Respetto del objeto del proceso

Frente a lo que se afirma en el Fundamento Preliminar, *la cuestión central que debía ser resuelta en la causa* de las Escuchas no era el derecho de defensa del imputado, ni ningún otro derecho, sino un hecho, el hecho objeto del proceso en el sentido que a esta expresión confiere la doctrina más autorizada y la misma legalidad: para el maestro Gómez Orbaneja, *un acaecer histórico en su unidad natural y no en la consecuencia jurídica que se quiera obtener, cualquiera que ella sea*¹⁶; para Jescheck, *siempre una cuestión de hecho*¹⁷; según el artículo 789.3 de la LECrim., el hecho enjuiciado, es decir, *un hecho penalmente relevante que se determina de forma progresiva a lo largo de la tramitación, para quedar definitivamente delimitado en los escritos de conclusiones* asistencia de letrado¹⁸. He aquí una dualidad terminológica que no pasa desapercibida a la Sala siempre necesarias referencias, señala el artículo 1 del CP. Por su parte el TC ha establecido que *la CE consagra sin duda el principio de definitivas de las partes*.

16 GOMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch, Barcelona, 1951, pág. 52. Se reitera en *Derecho Procesal Penal* cit., pág. 7.

17 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1978. Hay traducción española de la 2ª edición a cargo de los profesores Mir Puig y Muñoz Conde, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1981, pág. 264.

18 La palabra letrado, pretendidamente laudatoria, en realidad es restrictiva del elogio y así lo señaló en el siglo XVI Juan Huarte de San Juan en el *Examen de Ingenios para las Ciencias* (edición de la Biblioteca Clásica Española, Barcelona, 1884, págs. 21 y ss.) al afirmar que *Los Legistas que alcanzan tal ingenio y habilidad, no se deben llamar letrados, porque no construyen las letras, ni están atentos a la letra de la ley; antes parecen legisladores y juriscultos, a los cuales las mismas leyes están pidiendo y preguntando. Porque si ellos tienen poder y autoridad de interpretarlas, coartarlas, ampliarlas y sacar de ellas excepciones y falencias, y las pueden corregir o enmendar, bien dicho está que parecen legisladores*. Cfr. PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, *Derecho de los Tribunales*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 523.

La cuestión del objeto procesal no es baladí. Trasciende al principio *non bis in idem* –una misma persona no puede ser condenada más que una vez por la comisión del mismo hecho–, a la *litis pendencia* penal –las dos identidades de acusado y hecho punible– e incluso al propio sistema acusatorio –correlación entre acusación y fallo–. Aún más: debidamente planteada nos afianza en el llamado Derecho Penal del hecho, o dogma del hecho, al tiempo que nos aleja del llamado Derecho Penal de autor, orientación propugnada en la Alemania nazi por Dahm, Freisler, Mezger incluso, éste rectificando posiciones doctrinales anteriores, y otros penalistas de la Escuela de Kiel: *Nich der Tat, sondern der Täter zu bestrafen* (no ha de ser sancionado el hecho sino el autor) era su ignominiosa divisa, en contraposición al Derecho Penal liberal, al que la Sala Especial hace no escasas aunque no *culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos*: sentencia 150/1991, de 24 de julio.

B) Respecto del derecho de defensa

Defensa y Especial, la recoge el artículo 24.2 de la CE (*Todos tienen derecho (...) a la defensa y a la asistencia de letrado*) y se reitera en el artículo 546 de la LOPJ (*Es obligación de los poderes públicos garantizar la defensa y la asistencia de abogado, en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes*). El epígrafe del Capítulo IV del Título VI del Libro II de la LECrim. se ocupa pormenorizadamente del *ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y del tratamiento de detenidos y presos*. Y el artículo 537 del CP sanciona a la autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el *derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención*.

¿Diferencia funcional?

Viene dada por el artículo 542 de la LOPJ: *Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado –dice el precepto– al licenciado en derecho que ejerce profesionalmente la defensa de las partes en toda clase de proceso y el asesoramiento y consejo jurídico*”. Por su parte, el artículo 118.1 de la LECrim. dispone que *Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa interviniendo en las actuaciones...*

De uno y otro precepto se infiere que el derecho de defensa es patrocinio forense activo que ejerce el abogado en sede jurisdiccional, muy señaladamente en el debate del juicio oral; en tanto que la asistencia letrada es prestación de servicio consultivo, por lo general efectuada en el estudio o despacho profesional del abogado, en su caso en los locutorios del establecimiento penitenciario. Ambas modalidades se recogen en el Fundamento jurídico séptimo, apartado 2º de la sentencia en el que se afirma:

El derecho de defensa, desarrollándose sustancialmente a través de la asistencia letrada, aparece reconocido como un derecho fundamental del detenido en el artículo 17 de la CE, y del imputado, con el mismo carácter aunque no exactamente con el mismo contenido, en el artículo 24, obviamente de la CE.

Es a la inversa: la asistencia precede al derecho de defensa. Así lo hace observar la profesora Aragüena Fanego en la ponencia aportada al Congreso Internacional celebrado en Valladolid los días 24 al 26 de octubre de 2007 sobre *El proceso penal en la Unión Europea*¹⁹, y así resulta igualmente del artículo 767 de la LECrim., redacción correspondiente a la Ley 32/2002, de 24 de octubre, conforme al cual *Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada; a cuyo efecto la policía judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado*. El ejercicio de derecho de defensa tendrá lugar a partir de la imputación. Se concreta frente a la acusación formal.

El artículo 24.2 de la CE concede a todas las personas *el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión*; de donde se sigue que el derecho de defensa, contrapunto de la indefensión, resulta inmune a toda suerte de injerencia o restricción. Por eso, como destaca –ahora con acierto– el apartado 2 del Fundamento jurídico séptimo de la sentencia, el derecho de defensa no figura entre los que el artículo 55 de la CE considera susceptibles de suspensión en estados de excepción o de sitio. Dicho con otras palabras: el derecho de defensa es tal, es decir defensa plena, o no es defensa²⁰. La asistencia letrada y la confidencialidad que conlleva sí pueden resultar afectadas por la resolución judicial. Lo autoriza el artículo 18.3 de la CE: *Se garantiza –dice el precepto– el secreto de las comunicaciones y, en general, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*.

Aplicación al caso

A tenor del artículo 51.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante LOGP), las comunicaciones entre internos en establecimientos penitenciarios y abogado defensor pueden ser *suspendidas* o *intervenidas*. Se trata de un supuesto inequívoco de interceptación de la asistencia letrada, no del ejercicio del derecho de defensa, y es así como acertadamente lo admite la Sala sentenciadora en el Fundamento jurídico octavo, apartado 2, de la sentencia al considerar que

...el artículo 51.2 de la LOGP presenta una legitimación directa, si puede decirse así, desde la CE, para regular las posibles limitaciones al derecho a la asistencia letrada de los internos en prisión preventiva, concretamente en lo que se refiere a sus comunicaciones personales con sus letrados defensores.

Sin embargo, incomprensiblemente, en el apartado 7 del mismo Fundamento y en abierta contradicción con lo anterior, será el derecho de defensa el que se haga prevalecer:

...en la línea de lo ya dicho más arriba –dice la Sala– el artículo 51.2 de la LOGP es la única previsión legal que habilita la restricción del derecho de defensa de los internos en centros penitenciarios.

19 ARANGÜENA FANEGO, Coral “La amortización de las garantías procesales de los sospechosos e imputados en los procesos penales de la Unión Europea: un fallido intento de la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Rigor doctrinal y práctica forense*, homenaje al profesor Vázquez Sotelo, Atelier, Barcelona, 2009, pág. 116.

20 MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1997, pág 359.

C) Respecto del principio de proporcionalidad

Sorprende y no poco el párrafo tercero del Fundamento Preliminar al afirmar que “no se trata de examinar la suficiencia de los indicios o de la motivación, o de cuestiones relativas a la proporcionalidad de una medida que restringe el derecho a la intimidad”. ¿De qué se trata entonces? Es la pregunta que inmediatamente procede hacer.

La proporcionalidad, o principio de evitación del exceso, es un concepto trabajosamente elaborado por la doctrina alemana del derecho público posterior a la Ley Fundamental de Bonn²¹, que se ordena a evitar, como del propio enunciado resulta, que el sacrificio de un derecho sea desmedido en relación con el hecho ilícito que se trata de impedir. Lo recogen el *Codice de procedura penale* italiano de 22 de septiembre de 1988 (artículos 175.2 y 299), el *código de proceso penal portugués de 17 de febrero de 1987 (artículo 193.1)* y la Pequeña Reforma alemana de 19 de febrero de 1964. Ámbito, pues, no de la interpretación sino de la aplicación de las normas, que la Sala sentenciadora se abstiene de concretar (...no se trata de examinar cuestiones relativas a la proporcionalidad de una medida que restringe el derecho a la intimidad) pese a su inevitable proyección en el proceso penal, singularmente en materia de medidas cautelares y preventivas.

La jurisprudencia española, tanto del TC como del TS, concordante con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículos 5.1, 8.2, 10.2, 15 y 18) hace suyo el principio. Valga como su mejor exponente el auto del TS de 18 de junio de 1992 (caso Naseiro y ponencia de lujo a cargo del inolvidable magistrado Enrique Ruiz Vadillo). Dice así:

De ahí la vigencia inexcusable del principio de proporcionalidad, que habrá de conformar, siempre e incondicionalmente, el perfil de la injerencia en la materia que venimos examinando y que se ha de resolver en esta resolución. En este sentido se llegó a decir, con especial autoridad, que el artículo 18.3 de la Constitución, que permite la restricción del derecho mediante una resolución judicial, era normativamente insuficiente por sí mismo y que exigía un desarrollo legislativo habilitante. Ello demuestra, al menos, la delicadeza del problema. La proporcionalidad como criterio indispensable unido al valor justicia en el tema que está a debate, exige que exista un correlato entre la medida, su duración y extensión, y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social²².

¿A que pudo obedecer que la Sala Especial se desentendiera de tan importante asunto? La respuesta, aunque implícita, aparece en el párrafo tercero del propio Fundamento Preliminar: no hacía falta; porque la condena, en el criterio de la Sala Especial, debía hacerse descansar no en el juicio de proporcionalidad, sino en la inexistencia de datos indicativos de que los letrados mencionados en los hechos probados estaban aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos. El argumento debe ser rechazado. Los datos existían:

21 Me remito a la excelente monografía del profesor Nicolás GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Prólogo de Vicente Gimeno Sandra, Colex, Madrid, 1990.

22 Cfr. la memoria necrológica redactada por José M^a CASTÁN VÁZQUEZ, *In memoriam. Enrique Ruiz Vadillo, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1998, págs. 573 a 576.

los proporcionó la policía judicial (hecho probado); por lo demás, el artículo 506.1 de la LE-Crim., redacción correspondiente a la Ley Orgánica 12/2003, de 24 de octubre, dispone *que el auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que la justifican*. Es el reconocimiento del principio de proporcionalidad y de su obligatoriedad en materia de prisión provisional, extensible, sin duda, a la medida preventiva de intervención de las comunicaciones a que se refiere el artículo 51.2 de la LOGP: *la identidad de razón* (artículo 4.1 del CC) entre medidas cautelares y medidas preventivas es inobjetable, como el profesor Font Serra se ha cuidado de señalar²³.

D) Respetto del sujeto destinatario

La interceptación de las comunicaciones contemplada en el artículo 51.2 de la LOGP es una medida de naturaleza jurisdiccional –la decreta el juez de la instrucción–, no propiamente cautelar –lo impide la falta de homogeneidad con la sentencia esperada–, sí preventiva en cuanto ordenada a evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, riesgo al que se refiere el artículo 503.1.3º y 2º de la LECrim.

Su destinatario es *el sujeto pasivo del procedimiento* (TC sentencia 145/2014, de 22 de septiembre). El abogado interceptado será afectado –situación bien distinta– *en una investigación judicial legalmente autorizada* sobre la posible cooperación delictiva que mueva a la policía judicial a solicitar del Juzgado competente la intervención de las comunicaciones. Por supuesto que el letrado debe estar y pasar por el efecto indirecto de la medida. Es el gran tema del efecto reflejo de determinadas situaciones jurídicas, del que tuve ocasión de ocuparme en un trabajo juvenil sobre el alcance de la sentencia civil en el tercero procesal²⁴.

Debo, por lo tanto, discrepar de mi dilecto amigo el magistrado –ex Presidente de la Audiencia Nacional, hoy jubilado– don Rafael de Mendizábal Allende, que en el desaparecido programa de televisión *El gato al agua* no tuvo reparo en afirmar que el juez Garzón²⁵. No debió decirlo porque no fué así. Como también disiento del abogado don Javier Cremades, que dice escandalizarse al no haber interpuesto el Colegio de Abogados de Madrid querrela *en defensa del derecho que ejercían los letrados espionados*²⁶. No hubo tal espionaje, y debe recordarse a este propósito que el artículo 53 del Estatuto General de la Abogacía Española atribuye a la Junta de Gobierno de los Colegios la incumbencia de *defender a los colegiados en el desempeño de las funciones de la profesión o con ocasión de las mismas*. No era el caso.

23 FONT SERRA, Eduardo, “Las medidas cautelares como manifestación de la medida preventiva”, *El sistema de las medidas cautelares*, Pamplona, 1974, pág. 32.

24 “El proceso civil y la tutela de los terceros”, conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y publicada en *Anales de la Universidad de La Laguna*, III, 1965-1966, págs. 10 a 16.

25 *La gaceta*, 1 de junio de 2013.

26 “El caso Garzón y el derecho de defensa”, *El País*, 1 de marzo de 2013.

V. CONFORMIDAD A DERECHO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DE 19 DE FEBRERO Y 20 DE MARZO DE 2009

1. Aproximación al tema

El artículo 446 del CP, en la línea de una tradición legislativa que trae causa del CP de 1822, primero de la serie²⁷, sanciona por prevaricación judicial. La fórmula procede del artículo 269 del código penal de 1848 –el código del verano que dijera Francisco Silvela– y con una u otra variante se reitera en los códigos penales de 1850 (artículo 275), 1870 (artículo 361), 1928 (artículo 413), 1932 (artículo 356), 1944 (artículo 389), 1973 (artículo 371), 1995 (artículo 446) y actual de 2015, los cinco últimos bajo el significativo epígrafe de *Delitos contra la Administración de Justicia*. Es el bien jurídico protegido, o fundamento estructural de la infracción, a la vez que criterio ordenador de los conjuntos de infracciones singulares de la parte especial del Derecho Penal²⁸. No se trata de la justicia entendida como valor superior del ordenamiento jurídico, pauta axiológica evanescente de la que se ocupa la Filosofía de los valores, sino del *iustum* concreto, respecto del que sigue siendo válida la conocida definición de Ulpiano según la cual *iustitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi* (Digesto, 1, 1, 10 proemio).

Determinadas sentencias del TS han considerado injusta a los efectos de la prevaricación judicial la decisión *dictada con la malicia de una acción reprobable* (sentencia de 8 de septiembre de 1883), *a ciencia segura y propósito deliberado de faltar a la verdad* (sentencia de 18 de octubre de 1882), (sentencia de 16 de octubre de 1932), *con arbitrariedad esperpéntica que puede ser apreciada por cualquiera* (sentencia de 20 de noviembre de 1995 y otras, más o menos en la misma dirección). Es la tesis subjetiva de la injusticia entendida como irracionalidad, desde esta perspectiva –paradójicamente– un delito de técnicos en derecho en el que abundan los elementos encubridores del carácter antijurídico del acto (TS, sentencias de 14 de junio y 15 de septiembre de 1999).

Otra orientación jurisprudencial, hoy dominante, aprecia la prevaricación cuando el pronunciamiento no encuentra justificación que le respalde en ninguna de las opciones hermenéuticas admisibles en Derecho (TS sentencias de 4 de julio de 1996, 8 de junio de 2006 y 30 de octubre entre otras). Es la tesis objetiva de la injusticia entendida como interpretación no defendible, ciertamente insatisfactoria porque circunscribe la hipótesis delictiva al ámbito de la interpretación de las normas (artículo 3.1 del CC: *Las normas se interpretarán...*), no siempre, ni necesariamente, el único supuesto de justicia o injusticia de la decisión. Es la orientación de la Sala Especial, si bien con formulaciones no coincidentes en la causa de las *Escuchas* y en la causa de la *Memoria Histórica*, como atinadamente hace observar el profesor Barrera Ortega²⁹. Se comprueba a continuación confrontando las resoluciones. Veamos.

27 La regulación gira bajo el epígrafe de *Delitos de los funcionarios públicos* y realiza invocaciones a los jueces de derecho, a los que impone un sistema de penas talionar que persistirá en las regulaciones sucesivas hasta su desaparición en el CP de 1932, en coherencia con la Constitución republicana de 1931.

28 En este sentido COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 296.

29 “Garzón un juez ante el Supremo”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 27, pág. 385.

Sentencia recaída en la causa de las *Escuchas*:

En definitiva, se entenderá por resolución injusta aquella que se separe de todas las opciones jurídicamente defendibles según los métodos usualmente admitidos en Derecho, careciendo de toda interpretación razonable y siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad (Fundamento jurídico quinto, apartado 3, que amalgama los criterios de la irracionalidad y de la interpretación no defendible).

Sentencia recaída en la causa de la *Memoria Histórica*:

La contradicción del Derecho tiene su método de corrección a través del sistema de recursos establecidos en la ley procesal para ajustar la resolución a la ley. La prevaricación supone, por lo tanto, algo más que la errónea aplicación del Derecho y en ese plus se encuentra la injusticia de la resolución (Fundamento jurídico décimo segundo de la sentencia: guarda coherencia).

2. El artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria

Dice así:

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

Son dos las cuestiones que el precepto suscita: la exegética, referida al significado gramatical y alcance semántico de la conjunción, desde el punto de vista del condicionamiento de la interceptación de las comunicaciones, y la dogmática, que será analizada desde el precepto penitenciario y su relación con el artículo 25.2 de la CE.

A) Cuestión exegética

Debemos comenzar por la sentencia del TC 73/1983, de 24 de junio (ponencia de Manuel Díaz de Velasco), recaída en recurso de amparo interpuesto contra auto dictado por el juzgado de instrucción de Manzanares y ulterior resolución de la Audiencia de Ciudad Real. Considera que

La interpretación de este precepto ha de hacerse en conexión con la regla 5ª del mismo, que regula la intervención o suspensión motivada por el director del establecimiento de las comunicaciones orales o escritas previstas en dicho artículo, dando cuenta a la autoridad judicial competente. La interpretación lógica de uno y otro apartado –que en cuanto afecta a un derecho fundamental– puede hacer este Tribunal Constitucional concluir a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el número 2 sólo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si

bien en los supuestos de terrorismo, además, podrá acordar la suspensión el director del establecimiento dando cuenta a la autoridad judicial competente.

El criterio –a mi parecer acertado– será rectificado años más tarde por la sentencia constitucional 183/1994, de 20 de junio, recaída en recurso de amparo contra decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 de Madrid (ponencia de Eugenio Díaz Emil), que hace constar

...la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto (el artículo 51 de la LOGP) en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de orden de la autoridad judicial y supuestos de terrorismo que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es completamente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas, y en su consecuencia, llegarse a la conclusión de que el artículo 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera ordenada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado, sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones.

Consecuencia que la Sala Especial colige:

En consecuencia, la intervención de las comunicaciones entre internos y sus letrados defensores o los expresamente llamados en relación con asuntos penales sólo pueden acordarse en casos de terrorismo y previa orden de la autoridad judicial competente. (Fundamento jurídico octavo).

¿De dónde se obtiene tan restrictiva interpretación? No, desde luego, del texto del precepto. Tampoco de la sentencia constitucional 183/1994, citada como corroborante y que nada dice al respecto, ni nada tenía que decir de interés a nuestro caso, en el que la intervención de las comunicaciones había sido decretada no por el Director del centro penitenciario, sino por la autoridad judicial competente a tal efecto. Se obtiene de un juego de palabras, la contraposición de las expresiones *alternativas* y *acumulativas*, terminología más propia de la Teoría general de las obligaciones y contratos del Derecho Civil de la que se sirve el profesor Hernández-Gil en su análisis de las obligaciones alternativas a que se refieren los artículos 1.131 a 1.136 del Código Civil³⁰. Es decir, se obtiene de una deducción semántica que la Sala sentenciadora erige en axioma conceptual al afirmar:

30 Escribe el profesor Hernández-Gil: *Las obligaciones alternativas constituyen otro claro exponente de las obligaciones afectadas por una relativa indeterminación del objeto. Éste se halla integrado por la concurrencia alternativa de varias prestaciones posibles. Inicialmente se sabe cuáles son en concreto tales prestaciones, pero como la obligación no se cumple a través de todas conjuntamente, sino mediante una sola, de ahí que el propio objeto adolezca de una incertidumbre provisional, de una falta de absoluta determinación. La indeterminación relativa hace referencia a la relación que mantienen entre sí la pluralidad de prestaciones posibles, procede de la forma en que estas concurren (concurrencia alternativa no acumulativa) y es independiente de cuál sea el contenido de cada una de las designadas*

“Por lo tanto, la exigencia de ambas condiciones no sólo supone que la intervención no puede ser acordada por el Director del establecimiento, como al contrario ocurre con las comunicaciones llamadas generales, sino que, además, al ser acumulativas, la autoridad judicial sólo podrá acordarlas en caso de terrorismo (Fundamento jurídico octavo, apartado 6 in fine).

Sin embargo, el Reglamento Penitenciario aprobado mediante Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, derogatorio del anterior (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo), silenciado en la sentencia, pero aplicable al caso, salvo en lo tocante al régimen sancionador de los internos, dispone en su artículo 48.3:

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 podrán realizarse por orden de la autoridad judicial.

Esto es todo y ni alusión al terrorismo. Se trata –reténgase la observación– de un reglamento de desarrollo –no paralegal– en cuanto despliega su eficacia normativa en el ámbito de una legalidad ya establecida, por lo cual a partir del mismo la cuestión queda definitivamente zanjada.

En el Fundamento jurídico sexto, apartado 2, asevera la sentencia:

“Lo que importa, desde el punto de vista atinente al tipo objetivo, es que lo acordado no es defendible en Derecho ni podría llegarse a ello por alguno de los métodos de interpretación de las normas admitidos en Derecho”. Vuelta al argumento de la interpretación no defendible.

Y llegamos a lo más sorprendente: el párrafo segundo del Fundamento jurídico décimo segundo de la sentencia, en flagrante contradicción con el argumentario que le precede, finaliza afirmando:

No se trata, pues, de una interpretación errónea de la ley, sino de un acto arbitrario, por carente de razón, que desmantela la configuración constitucional del proceso penal como un proceso justo.

B) Perspectiva dogmática

Debemos partir del artículo 25.2 de la CE que dice así:

El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma (también por extensión analógica el interno en calidad de preso preventivo) gozará de los derechos fundamentales de este capítulo (el II de la CE sobre Derechos y Libertades) a excep-

como singulares prestaciones. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, Antonio “Derecho de Obligaciones”, Obras Completas, Espasa Calpe, Madrid, 1988, pág. 87.

ción de los que se vean limitados por el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

La Ley penitenciaria a que se hace referencia no es otra, no podría ser otra porque otra no existe, que la LOGP cuyo artículo 51.2 levanta la prohibición de intervenir las comunicaciones, al tiempo que alza prima la permisión al nivel del llamado bloque de la constitucionalidad, quiere decirse una delegación del poder constituyente en el legislador ordinario y manifestación también del efecto constitutivo de determinadas normas jurídicas que sin pertenecer a la Constitución formal la integran, y al integrarla se da lugar a un parámetro de constitucionalidad idóneo incluso respecto de normas del mismo rango que el de la Ley interpuesta. Desde esta perspectiva el artículo 51.2 de la LOGP se *aleja de las delicadas aristas del derecho de defensa* –palabra de José Antonio Martín Pallín³¹– y se ubica en el lugar del ordenamiento jurídico que en rigor le corresponde.

3. *Plus de ilicitud*

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

La resolución es injusta, pues... (Fundamento jurídico décimo segundo, apartado 4).

Inaceptable requisitoria, y no menos rechazable, además de innecesario, el efecto catastrófico que la sentencia atribuye al acusado, pasando por alto que la prevaricación judicial es delito de mera actividad, no de resultado material, y propiciando la petición de nulidad de la actividad instructora formulada por los implicados en el caso Gürtel y rechazada por el tribunal.

Y por si faltara algo adviértase que aquella –la requisitoria– y éste –el efecto catastrófico– colisionan con el hecho, otra vez el hecho, no el autor, de que don Antonio Pedreira Andrade, un juez bueno y enfermo cuando sustituye al juez Garzón en el seguimiento de la instrucción del caso Gürtel, prorroga la intervención de las comunicaciones sin que de inmediato se inicien actuaciones penales contra el nuevo instructor. ¿Doble vara de medir?

31 *El País*, “El prevaricador compulsivo”, 28 de febrero de 2012.

He aquí la explicación que la Sala sentenciadora ofrece:

...no es posible por razones obvias realizar ahora valoraciones sobre hechos que no constituyen el objeto del proceso, ni su autor ha tenido la oportunidad de defenderse. De otro lado es evidente que la decisión de aquél (del juez Pedreira), acordada en momento procesal determinado y con los datos que entonces poseía, prorrogando la medida acordada por el acusado, no podía convertir en justa la decisión de este último si no lo era cuando lo adoptó (Fundamento jurídico décimo tercero, apartado 5 de la sentencia).

¿Convincente? Juzgue el lector.

A la gran desmesura se agrega la tergiversación del argumento; tergiversación, en efecto, porque frente al razonamiento judicial nadie trata de convertir en justa una resolución que no lo fuera al tiempo de dictarse; sino de poner en valor el derecho a la igualdad de todos los españoles ante la ley, derecho fundamental que recoge el artículo 14 de la CE al proclamar que

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Naturalmente, si la prórroga de la intervención de las comunicaciones ordenada por el Juez Pedreira no determinó que de inmediato éste fuera imputado –investigado según la terminología actual– por prevaricación judicial, como antes lo había sido el juez Garzón, es que el juez Garzón de ninguna manera debió serlo, y es así como debe ser entendido al margen de valoraciones y de que el autor de la segunda prórroga no hubiera tenido la oportunidad de defenderse. ¿Cómo pudo tenerla si no había sido imputado?

4. Motivación de la sentencia

La Ley VIII del Título XV del Libro XI de la Novísima Recopilación incorpora a su normativa la Real Cédula de Carlos III de 23 de junio de 1778, obligatoria para toda la Monarquía, y prohibitiva de la motivación de las sentencias para no dar lugar a las “cavilaciones de los litigantes”³². El artículo 120.3 de la CE, bien distante en el tiempo y distinto en la progresión histórica de la motivación de las decisiones judiciales, *dispone que las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*. Y ¿qué es motivar? En el Estado de Derecho es garantía de objetividad que se define afirmando que, en un mundo sin certezas, el único antídoto frente a la arbitrariedad es motivar. Hace años había precisado Calamandrei

32 He aquí el contenido literal de la Real Cédula: “Para evitar los perjuicios que resultan en la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes se siguen, mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias en mi Consejo y en la mayor parte de los Tribunales del Reino”. La “Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real Jurisdicción ordinaria de 30 de septiembre de 1835 derogó la prohibición y dispuso en su artículo 68 que los jueces y tribunales debían fundar siempre las sentencias definitivas y las interlocutorias de igual clase, exponiendo con claridad y precisión las cuestiones de hecho y de derecho, y citando las leyes o doctrina legal en que se apoyan”. La fórmula pasará a la normativa ulterior. Es la que hoy rige.

que motivar es la prueba lógica del control, a la luz de la razón, de la bondad de una decisión emanada del sentimiento; la demostración que el juez quiere darse a sí mismo, antes que a las partes, de la *ratio scripta* que confirma el descubrimiento obtenido mediante la intuición³³. Nadie, que sepamos, lo ha expresado mejor. Por su parte el TC tiene declarado que la motivación es un derecho fundamental del justiciable integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE: sentencias 74/2007, de 16 de abril; 94/2007, de 7 de mayo; 144/2007, de 18 de junio y otras.

Pero motivar, en el sentido que aquí interesa, no es discurrir o argumentar sin más. Es explicar con claridad y la debida precisión *la ratio decidendi* que justifique el fallo de la sentencia o resolución. Lo exige el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (*las sentencias serán claras, precisas y congruentes*), fórmula que se traslada al artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual, y de éste al proceso penal en virtud del efecto supletorio que al mismo asigna el apartado 4 del Título Preliminar del nuevo texto procesal.

Si motivar no es discurrir o argumentar sin más, sino dar a conocer con claridad y precisión la fundamentación causal del fallo o parte dispositiva de la resolución, la lectura de la sentencia de condena del juez Garzón comprueba que la misma no brilla precisamente por su claridad. Tampoco es modelo de precisión. Como se ha señalado, la sentencia, después de no pocas páginas dedicadas al tema, prescinde de la exégesis del artículo 51.2 de la LOGP –precepto fundamental del caso Gürtel–, con lo cual, casi todo el Fundamento jurídico octavo y buena parte del noveno pasan a ser relato circunstancial, esto es, un *obiter dictum*, por lo demás reiterativo y excesivo, al tiempo que el *plus* de ilicitud pierde el carácter de presupuesto definitorio que tradicionalmente configura el delito de prevaricación judicial. ¿*Quid* entonces de *la ratio decidendi*? Pasa a identificarse con la ausencia de datos indicativos de que los letrados designados por los internos estuvieran *aprovechando el derecho de defensa para cometer nuevos delitos*, aseveración ésta de la policía judicial recogida en el relato de hechos probados, pero a juicio de la Sala Especial insuficiente pese a ello de la intervención de las comunicaciones y de ahí que la sentencia afirme que la interceptación de las comunicaciones acordada por el juez Garzón

se revela a los ojos de cualquiera como un acto de mero voluntarismo que, por su contenido, se aleja de modo arbitrario y absoluto de la aplicación razonable del derecho.

Pero no hay tal acto de mero voluntarismo. La Sala echa en falta un requisito que la ley no exige –la acreditación plena de la cooperación delictiva entre presos preventivos y abogados– y que, por lo tanto, el juez no lo puede requerir. Lo rechaza Larenz. Desde su formación neohegeliana y su experiencia como cultivador del derecho civil, el insigne jurista dejó afirmado que el juzgador debe hacer hablar al texto legal, pero sin preterir ni añadir cosa alguna³⁴.

33 CALAMANDREI, Piero, “La crisi della motivazione”, *Opere Giuridiche*, 1965, pág. 668.

34 LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción del profesor Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1979, pág. 309.

5. *Derecho al secreto profesional y derecho a la intimidad: posibles restricciones*

Se trata de derechos fundamentales, pero susceptibles de restricción si concurren tres requisitos que la Sala Especial señala, a saber,

En primer lugar, una previsión legal suficiente (en este sentido STC 196/1987 y otras muchas), que, en nuestro ordenamiento, en tanto que ley de desarrollo de un derecho fundamental, debe respetar en todo caso su contenido esencial (artículo 53.1 CE). En segundo lugar, una justificación suficiente en el supuesto concreto, que tenga en cuenta los indicios disponibles en el caso, la necesidad de la medida y el principio de proporcionalidad. A este aspecto se refiere la STEDH de 31 de enero de 2002, Lans contra Austria. Y, en tercer lugar, en nuestro Derecho, una autorización judicial, regulada en ocasiones de forma expresa y en otras de forma implícita, según ha establecido el TC, aunque su forma y características admiten algunas matizaciones en función de la entidad de la restricción (Fundamento jurídico séptimo apartado 6).

Aplicación al caso

1) La previsión legal viene dada por el artículo 51.2 de la LOGP, complementada, claro está, por su segundo Reglamento, el de 9 de febrero de 1986.

2) Respecto de la justificación suficiente, la Sala sentenciadora considera probado y así lo declara que

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

A juicio policial, trasladado al acusado, los datos que manejaba hacían suponer que, a pesar de que se encontraban en prisión provisional acordada por el acusado, los que se consideraban los máximos responsables de la organización continuaban con su actividad delictiva organizada procediendo a nuevas acciones de blanqueo de capitales y a otras actividades que podían implicar la ocultación de importantes cantidades de dinero ilícitamente obtenidas. Según entendían los funcionarios de policía, y así lo comunicaron verbalmente, en esas actividades pudieran estar interviniendo algunos abogados profesionales cuyos miembros eran conocidos y estaban identificados, llegando a ser imputados en la causa”

3) Y en cuanto a la autorización judicial, la misma se concede por quien tenía atribuciones para ello, el juez Garzón, a la sazón juez titular del Juzgado de instrucción número 5 de la Audiencia Nacional. Como ya se ha dicho, la Sala le reprocha *la inexistencia de precisiones encaminadas a garantizar la custodia de las grabaciones en el centro penitenciario y la falta de identificación de los responsables*. Error manifiesto. Tanto en el auto de 19 de febrero de 2009 como en el de 20 de marzo siguiente –ambos se transcriben literalmente en los hechos probados– aparecen las *precisiones* y se explicita la *identificación* que la sentencia echa en falta. En efecto, el juez Garzón ordena en las resoluciones:

A los funcionarios dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias... abstenerse de escuchar dichas conversaciones, siendo los funcionarios de la Policía Judicial los únicos competentes para proceder a la escucha y transcripción de las conversaciones, así como a la transcripción de los soportes (apartado 3 de la parte dispositiva). A la Unidad encargada de la investigación que remita al Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional las transcripciones más significativas, quedando las cintas o cualquier otro soporte en que las transcripciones se materialicen en depósito en la diligencia policial y a disposición de este Juzgado.

Dar cuenta en todo caso de la identidad de los funcionarios que lleven a cabo la observación, grabación y transcripción, a cuyo fin se extenderán actas quincenalmente (Final de la parte dispositiva).

El auto de 27 de marzo de 2009 complementa lo anterior cuando dispone

excluir de esta pieza las transcripciones de las conversaciones mantenidas por los imputados FCS, PCS y AS y sus letrados, y que se refieran en exclusiva al derecho de defensa.

Por último, y en cumplimiento de lo ordenado,

el funcionario encargado de la tramitación de la causa, por orden verbal del acusado, que le comunicó que siguiera las indicaciones de uno de los representantes del MF en la causa, que en ese momento se encontraba en las diligencias del juzgado, procedió, según éste le indicó, a suprimir distintos párrafos de las transcripciones de las conversaciones mantenidas por los internos y sus abogados defensores en los locutorios de la prisión, a la que antes se ha hecho referencia (Fin de los hechos probados).

No ofrece duda: el derecho de defensa de los imputados quedó cumplidamente salvaguardado.

6. Tratamiento tópico de la intervención de las comunicaciones entre presos y letrados.

Llegamos al punto de nuestras consideraciones sobre la sentencia de condena del juez Garzón en el que se hace necesaria la referencia a la doctrina de la tópica jurídica, doctrina elaborada por Theodor Viehweg en 1953³⁵, en su origen solicitud de la *venia docendi* para

35 VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, Munich, 1953. Hay traducción española por el profesor Díez-Picazo y prólogo del profesor García de Enterría, *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964.

enseñar Derecho en la Universidad de Maguncia, en la actualidad, conforme a la opinión del profesor García de Enterría, nada menos que *una de las aportaciones más trascendentales de los últimos tiempos a la teoría de la ciencia jurídica*³⁶.

He aquí la síntesis que ofrece Viehweg:

Cuando Ihering hace cien años indicó que un derecho positivo no puede entenderse sin la categoría del interés, emergió, primero en la doctrina civilista y después en otros campos de la disciplina jurídica, un tópico que fue aumentando continuamente de peso y que paulatinamente fue ejerciendo un influjo de no escasa importancia sobre el carácter mismo de la jurisprudencia. La famosa teoría del interés, que tiene su base en Ihering, se esforzó en hacer aplicable al trabajo jurídico su modo de pensar. Las múltiples articulaciones del concepto de interés, que, al final, se ha ido transformando mediante una matización hacia factores vitales más dignos de consideración, han suministrado un buen número de argumentos jurídicos, a los que en buena parte no se les puede negar el reconocimiento. La gran importancia de esta nueva escuela jurídica no radica, sin embargo, únicamente en esto, puesto que, como hemos dicho, la introducción de un nuevo punto de vista, en sí misma considerada, no constituye nada extraordinario. Su importancia decisiva parece estar en que permite disponer de un medio adecuado para revisar los fundamentos de toda la disciplina desde la práctica misma del derecho, a la que con razón sirve como guía. Sus formulaciones mediante la utilización del concepto de interés, del conflicto de intereses o de sus posibilidades son en la mayor parte de los casos muy apropiadas para poner al día las perpetuas aporías fundamentales de toda la disciplina jurídica.

*En esto consiste la cuestión de qué sea lo justo aquí y ahora. Esta cuestión, a menos que puedan cambiarse las cosas, en la jurisprudencia es ineludible. Si no se diese esta eterna cuestión de la justa composición de intereses y de la rectitud humana, faltaría el presupuesto de una jurisprudencia en sentido propio. Esta cuestión irrehusable y siempre emergente es el problema fundamental de nuestra rama del saber. Como tal domina e informa toda la disciplina*³⁷.

Reténgase lo esencial: Viehweg parte de los hechos –*ex factum oritur ius*– y prioriza las perpetuas *aporías* (las concretas dificultades especulativas) del conflicto de intereses que había destacado Ihering y que es el objetivo al que se ordena la actividad jurisdiccional. Dicho lo cual, y con independencia del valor que quiera concederse al nuevo método, no ofrece duda que, al menos en materia de prevaricación judicial, es el de más adecuada y más fácil puesta en práctica. Ensayemos su aplicación virtual en la causa de las *Escuchas*:

Póngase de un lado –primera alternativa– el derecho a la confidencialidad inherente a la asistencia letrada. Es un derecho fundamental pero no absoluto.

Sitúese del otro lado –segunda alternativa– el riesgo de la reiteración delictiva, en el caso Gúrtel la prosecución del blanqueo de dinero ilícitamente obtenido con el auxilio no me-

36 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, prólogo citado en la nota que precede.

37 VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia cit.*, págs. 127 y 128.

nos ilícito de determinados abogados, para la policía judicial sospechosos de cooperación delictiva. No hace falta ponderar la gravedad del ilícito: es patente. Tampoco hay que esforzarse en razonar cual debe ser la solución de la aporía: resulta obvio. Por lo demás, aguardar a una reforma legal expresiva de los casos y significativa de las circunstancias en que la intervención de las comunicaciones fuera posible –es lo que sostiene la Sala en el Fundamento jurídico octavo, apartado 8 de la sentencia– habría supuesto, dicho sea con el debido respeto a la Sala Segunda del TS, además de la vulneración por no aplicación del artículo 51.2 de la LOGP, norma sustantiva no penal pero aplicable con la ley penal (artículo 849.1 de la LECrim.), una verdadera temeridad. Habríamos llegado tarde. De todo lo cual se sigue la conformidad a derecho de las resoluciones dictadas por el juez Garzón los días 19 de febrero y 20 de marzo de 2009.