

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

RFª.- ROLLO DE APELACIÓN 15/2010

Dimanante de Diligencias Previas 1/2009

RECURRENTES PRINCIPALES:

- 1.- JOSE LUIS IZQUIERDO LOPEZ
- 2.- JAVIER NOMBELA OLMO
- 3.- FRANCISCO CORREA SANCHEZ
- 4.- MANUEL DELGADO SOLIS
- 5.- JOSE ANTONIO LOPEZ RUBAL
- 6.- ANTOINE SANCHEZ,
- 7.- PABLO CRESPO SABARIS
- 8.- ALBERTO LÓPEZ VIEJO
- 9.- JACOBO GORDON LEVENFELD
- 10.-ALFONSO BOSCH TEJEDOR,
- 11.-CARLOS CLEMENTE AGUADO
- 12.-JOSE LUIS ULIBARRI COMERZANA
- 13.-BENJAMIN MARTIN VASCO
- 14.-GUILLERMO ORTEGA ALONSO

RECURRENTES POR ADHESION:

- 15.- ANDRES BERNABE NIETO,
- 16.- ARTURO GONZÁLEZ PANERO,
- 17.- ALFONSO GARCÍA-POZUELO ASINS,
- 18.- ALVARO PÉREZ ALONSO,
- 19.- CANDIDO HERRERO MARTINEZ
- 20.- ADRIAN SENIN RICO,
- 21.- GINES LOPEZ RODRIGUEZ
- 22.- CESAR TOMAS MARTIN MORALES

RECURRIDOS:

- ADADE
FISCALIA

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILTMO. SR. D. JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLADANO:

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

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

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

Hay que recordar, a tal efecto, con remisión a lo que al respecto consta extensamente en el Auto dictado el 27-1-2010 por el Instructor designado del turno preestablecido por ésta Sala de lo Civil y Penal, que la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 3-3-2009 señaló que *“Según la jurisprudencia de esta Sala, siguiendo los criterios de nuestro Tribunal Constitucional, y en la línea de la doctrina anunciada de los “frutos del árbol envenenado” o de la “excepción del nexo causal atenuado”, la eventual nulidad de las escuchas telefónicas no arrastra la de aquellas diligencias de prueba que, aun estando viciadas, desde la perspectiva de la causalidad natural, no guardan con ellas lo que se ha venido en llamar “conexión de antijuridicidad”. Consecuentes con tal doctrina **para que se produzca la transmisión inhabilitante debe existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella la denominanda “conexión de antijuridicidad”, que no opera ante la existencia de pruebas autónomas e independientes jurídicamente, entre las que destaca la de confesión del inculpado”**”.*

La Sentencia de 9-3-2009, del Tribunal Constitucional, en el mismo sentido, indica que *“la cuestión, como apunta el Ministerio Fiscal, enlaza directamente con la **conexión de antijuridicidad entre las pruebas ilícitas y las reflejas, y su alcance**. Sobre el citado extremo ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal. En la Sentencia 28/2002, de 11 de febrero, Fundamento Jurídico 4, dijimos que “desde la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, hemos sostenido que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (artº 24.2 de la Constitución Española) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de “proceso justo”, debe considerarse prohibida por la Constitución (Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 5 y, entre las más recientes, Sentencias 81/1998, de 2 de abril, Fundamento Jurídico 2; 69/2001, de 17 de marzo, Fundamento Jurídico 26). Tal prohibición **atañe no sólo a***

los resultados directos de la intervención, sino que se extiende a “cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios” (Sentencia 49/1996, de 26 de marzo, Fundamento Jurídico 3), aunque derive indirectamente de aquélla (Sentencias 85/1994, de 14 de marzo, Fundamento Jurídico 4; 86/1995, de 6 de junio, Fundamento Jurídico 3; 181/1995, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 4; 54/1996, de 26 de marzo, Fundamento Jurídico 8)”. Junto a esta regla general, **en supuestos excepcionales hemos considerado lícita la valoración de pruebas que, aun cuando se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental, por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes** (Sentencias 86/1995, de 6 de junio, Fundamento Jurídico 4; 54/1996, de 26 de marzo, Fundamento Jurídico 6; 81/1998, de 2 de abril, Fundamento Jurídico 4; 151/1998, de 13 de julio, Fundamento Jurídico 3; 166/1999, de 27 de septiembre, Fundamento Jurídico 4; 136/2000, de 29 de mayo, Fundamento Jurídico 6). La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental (Sentencia 184/2003 de 23 de octubre, Fundamento Jurídico 2). “Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, **habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad)**”.

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

La decisión así adoptada por mayoría del Tribunal padece así de una extensión contraria a la propia naturaleza de la fase de instrucción, en la que se produce el acopio del material que puede servir para llegar al juicio oral o no, según su resultado incriminatorio o de esclarecimiento de los hechos investigados (artº 299 en relación con el 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sin que pueda olvidarse

que el propio artº 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala al respecto que *“Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo”*.

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

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

En el juicio oral ordinario por delitos graves, desde la Sentencia de la Sala 2ª de 7-6-1997, es práctica común en las Audiencias dar un trámite a las partes para plantear estas mismas cuestiones con carácter previo y fuera del trámite ya precluido de los artículos de previo y especial pronunciamiento del artº 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habiendo indicado dicha resolución al respecto, aun con carácter restrictivo por falta de previsión legal expresa, que **“En todo caso y ciñendonos a la cuestión que nos ocupa, la Audiencia había citado a las partes para el juicio oral y dio comienzo a sus sesiones abriendo un debate preliminar que**

resolvió por medio de Auto y no, como hubiera sido lo lógico, abordando la cuestión en la sentencia definitiva que dictase en la que podría perfectamente valorar la efectividad de la prueba y su adecuación a la legalidad constitucional u ordinaria. Al no hacerlo así se lesiona el principio de unidad de acto que recoge el artículo 744 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable al procedimiento ordinario, en el que se establece que abierto el juicio oral éste continuara por todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión, que debe culminarse por la sentencia que ponga fin a la causa”.

Aunque se destaca la cuestión en otros párrafos, se debe recordar, de nuevo, que no se trata aquí de la única diligencia de posible incriminación practicada, sino que se han practicado otras muchas con anterioridad y con posterioridad. Por ello mismo, la afectación a derechos fundamentales, concretamente y al menos al derecho a la tutela judicial efectiva del artº 24 de la Constitución, se produciría siempre, lo que dejaría en virtual e inaplicable la norma que establece la concentración previa al inicio del juicio oral cuando no se trate de la única posible prueba de cargo sobre la que se debate -como es el caso, en el que hay otras muchas y numerosas diligencias de investigación-, siendo la previsión legal saneadora del material probatorio a considerar en el juicio oral mera “literatura jurídica” carente de finalidad alguna real. Por supuesto que, de tratarse de la única diligencia la cuestionada, o de ser la principal, la postura del Voto particular habría coincidido con el criterio mayoritario de la Sala. Pero ese no es el caso planteado. Debió pues denegarse la nulidad interesada, posponiendo su análisis al momento señalado expresamente por la Ley y por la doctrina jurisprudencial.

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

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

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

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

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

cuestionamiento permanente y la dilación de la solución definitiva de la instrucción en contra de la de finalidad de concentración prevenida por el Legislador respecto, también, de las posibles infracciones parciales de derechos fundamentales.

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

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

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

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

Así lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, relacionando el derecho de defensa con el secreto profesional de los abogados defensores, señalando en la importante Sentencia de 28-11-2001, entre otros extremos de importancia en relación con la cuestión controvertida, que ***“El letrado que utiliza su teléfono para***

comunicarse con sus clientes que lo tienen intervenido, no puede pretender un trato privilegiado que extienda el secreto a estos extremos. La valoración del contenido de las conversaciones deberá ser utilizada cautelosamente por el órgano juzgador, pero en ningún caso se puede declarar la nulidad de su contenido, y que **“El secreto profesional que protege a las relaciones de los abogados con sus clientes, puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes”**.

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

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

Las prevenciones sobre el derecho de defensa y la

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

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

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

Esa fue la finalidad de las intervenciones decretadas, que se cuestionan ante la Sala, ya que para su acuerdo existían previas imputaciones de 3 Abogados y de 1 asesor fiscal, imputaciones que no

se han dejado sin efecto en la actualidad, siendo irrelevante, como ocurre en la generalidad de las intervenciones telefónicas que parten de indicios comprobados en la instrucción, que no se mencionen por el nombre determinado a los intervinientes en las conversaciones, siempre que éstas reúnan las precisas condiciones de prueba de cargo y no de estrategias de defensa, que deben excluirse como evidencias en todo caso.

Pero sobre ello se tratará con más extensión más adelante.

Ha de exponerse en éste Voto particular, porque la explicación con supuestos que pueden darse resulta la mejor de las explicaciones visuales posibles, las consecuencias que podrán llegar a darse de mantenerse el criterio de la mayoría de la Sala. Pensemos, como posible y sin demérito de la inmensa mayoría de los abogados con elevada categoría moral e intelectual actuantes en los procesos penales que se siguen en España, que un interno en prisión preventiva se concierta con su abogado para que transmita -y eso nunca es derecho de defensa sino otra cosa muy diferente- y para que de instrucciones de matar a una persona, o de hacer desaparecer el cadáver de la persona asesinada, o para facilitar el blanqueo de dinero sucio procedente del tráfico de drogas, de la prostitución ilegal o de la evasión fiscal, o del tráfico de influencias.

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

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

las prisiones aunque pueda haber sido desnaturalizado por la infracción penal en ejecución o prevista de algún abogado que se entrevista con el interno.

En estos casos, siempre que se constate la implicación prevista, en curso o previsible racionalmente del abogado en la actividad criminal, no se puede hablar de confidencialidad, ni de derecho de defensa, ni de secreto profesional, sino, claramente, de actividad criminal contraria a lo que son todos esos derechos puesto que, usando o bajo la apariencia de ampararse en ellos, se persigue otra finalidad real contraria a ellos: la comisión de delitos. Y eso aunque la entrevista se realice en el locutorio de la prisión. ¿Qué diferencia real y sustantiva existe con la entrevista reservada en el despacho o en el bufete de su defensor?: en mi criterio que se auxilie o se intervenga en la comisión de un delito ejecutado, permanente o futuro?, pero ninguna otra. Si no hay actividad criminal alguna, recobran toda su vigencia los derechos de defensa, de confidencialidad, a no declarar, y a no confesarse culpable, al secreto profesional, porque se están ejercitando y en ese caso sí, evidente, constitucional y legalmente, son “intocables” y así debe saberlo el defendido.

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

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

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

codelincuente con el defendido y existe en la legislación procesal sueca una normativa especial sobre nulidades en el proceso penal.

Se puede adelantar así que la tónica general del derecho comparado en materia de intervención de las comunicaciones va dirigida a la exclusión del proceso, a su eliminación como evidencia en el caso de haberse obtenido, o a su destrucción, de aquéllas escuchas que realizadas durante la relación confidencial o de defensa real entre cliente y su abogado se refieran al derecho de defensa o a las estrategias de defensa, sin que convierta en nulas la integridad de las intervenciones judiciales decretadas en caso alguno, ni tampoco se establezca su eliminación ni el que deba dejarse de tenerlas como diligencia probatoria si se traspasan los límites del derecho de defensa o es muy probable que se traspasen, en razón de los indicios existentes al ordenarse la intervención judicial, lo que demanda un juicio sobre la razonabilidad del mismo acuerdo o decisión judicial de acordarlas, sobre la ingerencia decretada en su momento y en razón el estado de la investigación criminal en curso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1) las entidades de crédito;

2) las entidades financieras;

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

2. Los Estados miembros podrán decidir no incluir en el ámbito de aplicación del art. 3, apartados 1 o 2, a las personas físicas o jurídicas que realicen actividades financieras con carácter ocasional o de manera

muy limitada y cuando exista escaso riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo”.

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

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

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

3) «bienes»: *todo tipo de activos, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos;*

4) «actividad delictiva»: *cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave;*

5) «delitos graves»: *como mínimo, los siguientes: a) los actos definidos en los arts. 1 a 4 de la Decisión marco 2002/475/JAI; b) cualquiera de los delitos contemplados en el art. 3, apartado 1, letra a), de la Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; c) las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el art. 1 de la Acción Común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea; d) el fraude según se define en el art. 1, apartado 1, y el*

art. 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves, e) la corrupción; f) todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses;

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

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

8) «personas del medio político»: personas físicas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes, así como sus

familiares más próximos y personas reconocidas como allegados;

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

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

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

Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el párrafo anterior cuando los notarios, profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales estén determinando la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñando su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación de un proceso o la forma de evitarlo.

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

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

asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.

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

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

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

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

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

Desde la perspectiva del derecho internacional general, procede resaltar que la normativa española se fundamenta en normas internacionales, en las que se han sentado las bases para la **cooperación y la lucha contra el crimen organizado**. Así podemos citar, el Convenio de Viena, «Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas», aprobado el 20 de diciembre de 1988, que extendió la sanción al blanqueo de dinero, intentando privar de las ganancias del delito a los autores, y posibilitando mecanismos de asistencia internacional. También la <<Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional>> (Nueva York, 15 Noviembre 2000), abierto a la firma en Palermo (diciembre 2000), entró en vigor el 29 septiembre 2003, que tiene por finalidad la lucha contra la delincuencia organizada, o contra la participación en una organización delictiva,

contra el blanqueo de capitales y contra la corrupción, obligando a los Estados a prestarse la mas amplia asistencia recíproca sobre investigaciones, procesos y actuaciones judiciales con relación a los delitos comprendidos en la Convención.

En el ámbito europeo, aparte de lo ya antes reseñado como “acervo” más reciente, señalaremos el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo 8 de noviembre de 1990) ratificado por España el 21 de octubre de 1998. Los estados signatarios de este Convenio, en el ámbito del Consejo de Europa, pretenden luchar contra la actividad delictiva, privando al delincuente del producto del delito, entendiéndose por producto todo provecho económico derivado del delito, con un sistema eficaz de cooperación internacional. Para ello, establece una serie de medidas de confiscación de los instrumentos y productos derivados del delito, e indagatorias. Como ya se ha visto antes, también varias directivas de la Unión Europea se han ocupado de armonizar las legislaciones de los estados europeos, así la primera más importante Directiva 91/308/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, a la que han seguido otras que han motivado reformas legislativas en España, por lo que podemos afirmar que en nuestro país se ha legislado bajo directiva comunitaria.

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

También se establece en la Ley española que quedarán, asimismo, sujetas a las obligaciones establecidas en esta ley, con las especialidades que puedan establecerse reglamentariamente, las personas físicas o jurídicas *que ejerzan aquellas otras actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales.* Se considerarán tales: ...
d) Los *notarios, abogados y procuradores* quedarán igualmente sujetos cuando realicen ciertas actividades, tales como: **1.º** Participen en la

concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la **compraventa** de bienes inmuebles o entidades comerciales; **la gestión** de fondos, valores u otros activos; **la apertura o gestión** de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la **creación, el funcionamiento o la gestión** de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias («trust»), sociedades o estructuras análogas, o **2.º** Actúen en nombre y por cuenta de clientes, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria.

Siguiendo, ya en el plano del derecho penal español, aparte de la existencia de otros delitos imputados en la causa o diligencias de las que deriva la impugnación de la que ahora se trata, conviene señalar que los arts. 13 y 33 del Código Penal, tal y como destacó en su informe el Ministerio Fiscal, conceptúan como delitos graves los de blanqueo de capitales definidos en los arts. 301 y siguientes de dicho Cuerpo Legal, investigándose hechos que se refieren a la circunstancia del trasiego o circulación de millones de euros procedentes de presuntos delitos fiscales, de cohecho y de tráfico de influencias, mediante el establecimiento de una red de sociedades en España y en el extranjero, concretamente en territorios no colaboradores, “of share” o vulgarmente conocidos como “paraísos fiscales”, persiguiéndose incluso modalidades imprudentes de dichas infracciones de blanqueo de capitales con arreglo a la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala 2ª del Tribunal Supremo y a lo dispuesto en el artº 301.3 del Código Penal vigente.

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

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

a) Habilitación judicial:

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

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

En el caso que nos ocupa, el Juez que adopta inicialmente la medida de intervención, es el que por reparto le corresponde el testimonio deducido de otras diligencias previas que actúan como matriz, de las que se desglosan las actuaciones que constituyen la esencia del procedimiento en el que se han dictado los Autos recurridos, completados por el dictado por el Instructor designado por ésta Sala con posterioridad. Esta Sala ha declarado en precedentes fechas, rechazando otra impugnación planteada al respecto, la plena regularidad del turno y de la incoación de las diligencias por el inicial Instructor.

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

b) Motivación:

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

Después de diversas vacilaciones, la jurisprudencia mayoritaria de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, ha venido admitiendo la fundamentación fáctica por remisión a los oficios policiales que solicitan la medida, siempre que su contenido contenga todos los elementos

necesarios, para conocer, con exactitud, las condiciones en que se produce la autorización.

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

En la Sentencia de la Sala 2ª de 21-3-2005 también *se exige la especialidad del hecho delictivo investigado*; limitación temporal y control judicial (cuya principal exigencia consiste en la entrega íntegra de las grabaciones originales a la autoridad judicial, a disposición de todas las partes del proceso, y la posibilidad de reproducirlas, sea total o parcialmente, en el juicio oral a instancia de las mismas). No constituye, pues, una medida exigible, en el plano de las garantías constitucionales, ni la transcripción íntegra de las grabaciones, ni su previa audición íntegra por la autoridad judicial, ni existe norma que prohíba a la autoridad judicial ordenar o servirse de la selección o resumen que de las conversaciones intervenidas puedan hacer los funcionarios policiales a los que se haya encomendado la práctica de la intervención. La autoridad judicial competente puede servirse, tanto para autorizar las intervenciones como para acordar sus prórrogas, de las informaciones facilitadas por la Policía Judicial (cuyos miembros, como es sabido, están sujetos en el desempeño de sus funciones a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico —v. arts. 9,1, 103,1 y 104 de la Constitución Española), de las que deberá quedar la debida constancia en las actuaciones procesales para posibilitar el ulterior control de las decisiones judiciales, pero sin que pueda considerarse necesario para que pueda adoptar tales medidas que disponga de una transcripción íntegra de las conversaciones grabadas ni, por supuesto, que deba proceder a una audición previa de las mismas...» (Fundamento Jurídico 3º).

Creemos que las indicaciones sobre el tercer Auto pronunciado por el inicial Instructor, que se relatan por la decisión mayoritaria de la Sala en el 6º de sus fundamentos jurídicos, perecen por dos órdenes de razones. La primera porque la jurisprudencia no exige, como se acaba de exponer, la transcripción íntegra de las conversaciones realizadas o grabadas, y la segunda porque es justamente la expresa exclusión como evidencias de las referidas a las estrategias de defensa, amparadas por el derecho de defensa, las que impiden su toma en consideración, su valoración, su lectura o su mera consideración y, de forma añadida, no se entiende muy bien qué es lo que quiere señalar el Tribunal en su mayoría decisoria cuando habla de “harto mayor descontrol que la preexistente y su prórroga” puesto que no ha hablado de descontrol

alguno anterior a ésta tercera resolución impugnada. Se trata de expresiones que, con todo mi respeto y consideración, son gratuitas y ajenas a las cuestiones tratadas en la revisión efectuada por la Sala y a las que debió atenderse, sin sobrepasar su función legal propia.

Se indica al respecto en el primero de los Autos dictado el 19-2-2009 que la inmisión se acuerda a la vista de la complejidad de la investigación que debe seguir desarrollándose en torno a los tres imputados en prisión y con la finalidad de poder determinar con exactitud todos los extremos de sus ilícitas actividades, estando precedido el mismo de varios informes de la AEAT y de la Fiscalía sobre actividades de blanqueo y de delitos fiscales, entre otros, con ramificaciones fuera del territorio jurisdiccional español. A la fecha del mismo los tres imputados ya estaban internos en Centro Penitenciario en virtud de la correspondiente medida cautelar personal privativa de libertad acordada desde el 12-2-2009, habiendo sido imputados antes, asimismo, dos de los tres Abogados defensores de los mismos, con imputación no modificada en la actualidad y por hechos relacionados con los que se habrían realizado por sus defendidos con anterioridad y al tiempo.

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

Por eso mismo estaba justificadísima la prevención judicial consistente en acordar la “observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos, y con carácter especial, las que mantengan con el letrado **D. José Antonio López Rubal, previniendo el derecho de defensa**, en el Centro Penitenciario en que se encuentran o cualquiera otros donde se trasladen, ...por un periodo comprendido desde el 19.02.09 hasta el 20.03.09”. En todo caso, pese a la previa imputación del Letrado citado nominalmente, se excluía aquello que se refiriera al derecho de defensa, por lo que, salvo que se estime que nunca pueden intervenir las conversaciones con el Abogado defensor, incluso aunque haya pasado a realizar una actividad impropia de su labor, colaborando o previéndose su intervención activa en los delitos investigados, la motivación era la adecuada a las circunstancias concurrentes y al estado de la investigación previa, no prospectiva.

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

Qué más indicios pueden exigirse, para acordar las escuchas, que la previa y conocida imputación de un abogado, conocida por él previamente a la misma intervención judicial. Imputación, recordemos, no dejada sin efecto ni impugnada hasta el día de hoy, no anulada ni alterada en forma alguna. No se trató de sospechas o conjeturas, sino de indicios objetivados ya antes. Objetivos y no subjetivos, dada la imputación y la expresa referencia contenida al respecto en el oficio policial previo (folios 37 y Anexo de Estructura de Blanqueo del n° 8727/09 UDEF-BLA) y escrito del Ministerio Fiscal del 5-2-2009.

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

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

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

La base de dicha prórroga estriba en el oficio policial en el que se dice que “la Fuerza Actuante ha presentado oficio con el n° 25917/09 aportando la transcripción de las conversaciones telefónicas intervenidas de interés y solicitando la prórroga de dicha intervención”

de las comunicaciones de los imputados indicados". No debe plantearse, de forma desmesurada y de nuevo aislada del contexto de la continuidad delictiva, una motivación aislada de lo que venía ocurriendo desde hace tiempo, sin perjuicio de la inocuidad de las escuchas, bien por referirse al derecho de defensa o bien por su intrascendencia en la investigación seguida. Pero nunca, como hacen las normas procesales de derecho comparado antes expuestas, predicarse la nulidad de la misma decisión judicial de prórroga de las escuchas.

Otra interpretación diferente, frente a la base firme de las escuchas concedidas un mes antes, y no fundada en meras conjeturas o sospechas, pronósticos delictivos o búsqueda de pruebas prospectiva, debería estimarse, al menos, como desmesurada y no atemperada a los requisitos del proceso justo referido en los arts. 6 y 8 del Convenio de Roma. Las transcripciones policiales se habían recibido en el órgano judicial instructor, y eran susceptibles de interpretación como prueba de cargo, y así lo apreció la policía y el Instructor. Otra cosa es la valoración que deba dárseles.

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

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

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

Ítmo. Sr. Magistrado-Juez Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional.

Es lo cierto que, pese a dicha argumentación, las referidas resoluciones se acordaron en el curso de una investigación que, entre otros delitos ya antes citados, se refería a la de delitos de blanqueo de capitales, estimándose que su comisión la planeaban y ejecutaban los imputados desde la prisión en la que se encontraban privados de libertad provisionalmente, habiéndose acordado expresamente en el tercero de los dictados la expresa preservación del derecho de defensa mediante la expulsión de la causa de todo lo que se refiriera en las conversaciones interceptadas al mismo derecho fundamental, y que no sirviera para localizar y recuperar los efectos propios del delito. Dicha base o motivación consta expresada en los Autos cuestionados, siendo lo suficientemente expresivos al respecto y cumpliendo así el mandato constitucional requerido en el artº 120.3 de la Constitución.

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

En primer lugar, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los **presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados.** Indicios que **son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento.** "La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo

circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto **podiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución Española lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" (Sentencia 49/1999, de 5 de abril, Fundamento Jurídico 8; en el mismo sentido, Sentencias 166/1999, de 27 de septiembre, Fundamento Jurídico 8; 171/1999, de 27 de septiembre, Fundamento Jurídico 8; 299/2000, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 4; 14/2001, de 29 de enero, Fundamento Jurídico 5; 138/2001, de 18 de junio, Fundamento Jurídico 3; 202/2001, de 15 de octubre, Fundamento Jurídico 4; 167/2002, de 18 de septiembre, Fundamento Jurídico 2; 184/2003, de 23 de octubre, Fundamento Jurídico 11; 261/2005, de 24 de octubre, Fundamento Jurídico 2; 220/2006, de 3 de julio, Fundamento Jurídico 3).**

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

Sobre esa base, **el Tribunal ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser**

justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (Sentencias 299/2000, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 5; 138/2001, de 18 de junio, Fundamento Jurídico 4; 167/2002, de 18 de septiembre, Fundamento Jurídico 3; 165/2005, de 20 de junio, Fundamento Jurídico 5; 259/2005, de 24 de octubre, Fundamento Jurídico 4; 253/2006, de 11 de septiembre, Fundamento Jurídico 4). También ha destacado el Tribunal que "la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que **el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa**" (Sentencia 299/2000, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 5; citándola Sentencia 138/2001, de 18 de junio, Fundamento Jurídico 4).

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

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

Continuando con la cuestión de la motivación, también conviene recordar que se ha señalado al respecto que "También ha recordado esta Sala (Sentencia de 27-9-2006), que el Tribunal Constitucional, interpretando los arts. 24 y 120 de la Constitución Española, **ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo**, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado" (Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo

de 7-10-2009). Que “Se **ha considerado esencial la aportación de los elementos objetivos indiciarios que sirven de soporte a la investigación y que permiten establecer una conexión entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida**, en cuanto usuarios de la línea telefónica a intervenir, y el delito investigado, excluyendo de este modo las escuchas prospectivas” (Sentencia de 6-10-2009).

Resulta así que en los Autos cuestionados, dictados con anterioridad a la continuación de la instrucción por el Instructor designado en su momento por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid conforme al turno preestablecido a tal efecto, se dijo el porqué, la razón y justificación de la medida acordada y de su prórroga posterior, completándose así con el Auto que el 27-5-2009 pronunció el Instructor designado por la Sala, que no ha sido cuestionado, permitiendo conocer la motivación que llevó al inicial Instructor a adoptar la medida excepcional de ingerencia, no privando así a las partes y a la jurisdicción de un ulterior control sobre una posible arbitrariedad interdictada por los arts. 9.3 y 24 de la Constitución.

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

c) Excepcionalidad, subsidiariedad y huida del automatismo:

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

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

“excepcionalidad de la misma, y, por tanto, **obligatoria limitación temporal a lo estrictamente imprescindible**” (Sentencia de 19-6-2009).

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

Ha de entenderse así lo excepcional de la medida, en tanto que se acordaba dicha ingerencia ya que difícilmente era o resultaba posible la investigación de los mismos si, refiriéndose a hechos de “colocación de activos” ilícitamente obtenidos en el exterior, no se adoptaba la medida de intervención o escucha referida, siendo de difícil comprobación y seguimiento dichas posibles actividades presuntamente delictivas, dado su particular desarrollo y extensión temporal y territorial. Aparece así plenamente justificada la excepcionalidad requerida para la medida adoptada en ese momento.

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

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

de regulación.

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

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

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

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

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

con la investigación en curso.

El objeto a investigar, los delitos o infracciones y las personas estaban determinadas en la ingerencia, siquiera fuera por su profesión, excluyéndose la confidencialidad derivada del derecho de defensa. Se puso a disposición judicial el resultado de las transcripciones policiales y no se ocultó nada. No se dio ni concurrió, pues, el supuesto impeditivo previsto por la citada Sentencia del Tribunal Constitucional que relata al respecto lo siguiente: *“al amparo de una autorización judicial para la investigación de un presunto delito contra la salud pública, mediante la intervención del teléfono de una determinada persona, Ramón, se estuvo investigando durante un largo periodo de tiempo a otras personas, Monserrat y Lorenzo, mediante la intervención de sus conversaciones telefónicas, **sin poner en conocimiento del Juez que autorizó la primera intervención telefónica los nuevos hechos descubiertos, presuntamente constitutivos de delito de cohecho, ocultando la policía igualmente, a los sucesivos Jueces que intervinieron, estos hechos y la fuente de conocimiento de los mismos**, lo cual, además de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de los imputados, constituyó asimismo violación del derecho a un proceso con todas las garantías ex artº 24.2 de la Constitución Española”*.

d) Imprescindibilidad o necesidad:

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

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

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

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

e) Proporcionalidad:

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

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

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

En el mismo sentido, y de forma complementaria, se ha de indicar que la proporcionalidad de la ingerencia temporal acordada, cuestionada en las diversas impugnaciones, atendía a la existencia de lógicos indicios de naturaleza superior a la de meras sospechas, estando directamente relacionada la medida con una de las finalidades propias de la ya acordada prisión preventiva de tres de los imputados, la referida en el artº 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al indicar que *“También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1º y 2º del apartado anterior, **para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.** Para valorar la existencia de este riesgo **se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.** Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea*

doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1º del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad”.

Tal y como se describe en las actuaciones que obran en el testimonio conocido por la Sala en éste momento, se trata de investigación derivada de otra precedente (las Diligencias Previas 161/2000 seguidas en el mismo Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional), valorándose indicios referidos a una continuidad o tracto delictivo no interrumpido, con actos referidos a la investigación de nuevos y relacionados actos de ocultación y desviación de fondos y efectos de los delitos situados, además, en territorios alejados del de España, constando a la fecha de su adopción -el 19-2-2009, fecha del Auto inicial de intervención de las comunicaciones en el Centro Penitenciario- que ya se contaba en la investigación con datos referidos a la implicación de diversos despachos profesionales de abogados y de asesores, estando imputados en la causa tres abogados en fecha del 9-2-2009 y a través de la resolución dictada “ad hoc” para ello o con tal finalidad, y la citación efectuada a los mismos para prestar declaración en tal condición de imputados (realizada el 11-2-2009), sabiéndolo ellos y sin que se iniciaran las escuchas con la creencia de no ser aún imputados en la investigación en curso.

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

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

f) Duración de la medida. Tiempo razonable:

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

Las diligencias que constituyen la base de las actuaciones que estamos examinando, pone de relieve que, dada la complejidad del entramado organizativo y la proliferación de contactos secundarios con numerosas personas, exigía que su duración se extendiese más allá de lo que sería permisible en el caso de una investigación menos complicada. Siendo ese mismo el supuesto contemplado por la doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, sin que haya objeción alguna formulada al respecto en el caso analizado.

g) Prórrogas:

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

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

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

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

Las prórroga sucesivas, a excepción de la última de ellas que no se ha impugnado en momento alguno, obedecían a una apreciada y aparente colaboración con los imputados en prisión, no convirtiéndose en procesalmente incorrectas por el hecho de la posterior ausencia de actividad delictiva de los nuevos defensores.

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

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

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

En cuanto al control ulterior de las grabaciones efectuadas, la misma resolución indicó que **“constando, como consta en las actuaciones, la sucesiva entrega al Juzgado Instructor de la información relativa a los resultados de las intervenciones telefónicas, en fechas tales como el, por ejemplo, y de las grabaciones llevadas a cabo por la Policía, ni puede afirmarse ausencia alguna de control en la práctica de las mismas por parte del titular de ese órgano ni, menos aún, tildarse de incorrectas las autorizaciones ulteriores de prórrogas temporales y ampliaciones a otras líneas telefónicas, incluso aunque no constase la audición personal por el propio Juez de esas grabaciones, ya que ni es posible sostener con certeza que esa audición, de hecho, no se produjera ni, como tiene ya manifestado este Tribunal, es la misma necesaria, en todo caso, para reconocer la existencia de un adecuado control derivado del conocimiento del contenido de los resultados que se han ido obteniendo mediante los informes policiales comparados con lo que conste en las transcripciones, siempre contrastables a su vez, con las propias cintas de grabación de que se dispone”**.

h) Trascripción bajo fe del Secretario Judicial:

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

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

i) Naturaleza de la prueba:

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

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

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

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

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

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

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

Deben tenerse en cuenta, como orientativos en la cuestión tratada, los **Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus 16 reuniones celebradas entre 1981 y 2007**, en sus páginas 6 y 24, edición del Consejo General del Poder Judicial de 2008, en relación con los arts. 51 y 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y el 48 de su Reglamento de 9-2-1996, *“Por último, se solicita agregar a la repetida*

lista de competencias las siguientes: restricción e intervención de las comunicaciones” y **“20. Delimitación de competencias entre Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Órganos jurisdiccionales instructores. La competencia para el conocimiento y resolución de las cuestiones y pretensiones que se susciten en relación con la intervención, suspensión, restricción o prohibición de las comunicaciones orales y escritas de los internos ingresados como detenidos o presos preventivos en un Establecimiento penitenciario, cuando aquéllas se acuerden al amparo de lo prevenido en el artº 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponderá al Juez de Vigilancia Penitenciaria y no al Juez o Tribunal a cuya disposición se encuentre. (Aprobado por unanimidad). MOTIVACIÓN: Con independencia del mayor o menor grado de conformidad o aceptación de este criterio y de la mayor o menor bondad de los argumentos que lo sostienen, es ineludible aceptarlo en cuanto el mismo constituye doctrina jurisprudencial mantenida por nuestro Tribunal Supremo en los Autos de 16 de Noviembre y 10 de Diciembre de 1999 y 29 de Marzo de 2000, que recogen y hacen suyas las razones esgrimidas en el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de Marzo de 1998, que aquí se dan por reproducidas”**.

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

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

Administración Penitenciaria”.

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

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

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

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

pertenecientes al despacho Manuel Delgado Solís, defendiendo al otro imputado en prisión otro abogado del mismo despacho de abogados-acusados en la imputación que se les hizo de realizar actividades de deslocalización de efectos y activos de fondos de Francisco Correa y de actividades de colocación en la posición de testafierro de sus bienes y fondos de su primo Antoine Sánchez.

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

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

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

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

En algunas de las alegaciones impugnatorias planteadas en vía directa, por adhesión o en solicitud de la nulidad de las actuaciones

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

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

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

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

Ha de citarse, llegados aquí, la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18-2-2003 señaló que *“Al respecto el Tribunal recuerda, tal y como ya constató en el asunto Valenzuela Contretras, que el derecho escrito y no escrito español no indicaba con suficiente claridad la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación por parte de las autoridades en este ámbito, lo que representaba una violación del artículo 8. Ahora bien, el presente caso se diferencia del caso Valenzuela Contretras en que la Ley Orgánica 4/1988 había reformado el artículo 579 precisando las modalidades de control de las escuchas telefónicas. A pesar de ello, el Tribunal considera que las garantías introducidas por la ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo para evitar el abuso -asuntos Kruslin y Huvig contra Francia-. En concreto la ley no contiene disposiciones relativas a la fijación de un límite temporal para la ejecución de la medida, a la fijación*

de las condiciones para establecer las actas que consignen las conversaciones interceptadas, misión que es competencia exclusiva del secretario judicial, o a las precauciones a tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas para su posible control por el juez y la defensa. **Según el Tribunal, estas lagunas legales han sido reconocidas por las jurisdicciones superiores españolas que han considerado insuficientes las modificaciones introducidas por la citada ley para satisfacer las garantías a las que debe responder toda escucha telefónica, definiendo, por ello, toda una serie de garantías complementarias -especialmente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992-. En este sentido, el Tribunal constata que, aunque la ley de 1988 ha supuesto un progreso innegable, en el momento en que se realizaron las escuchas persistían importantes lagunas. Por otra parte, siendo cierto que la evolución jurisprudencial en su mayor parte palió estas insuficiencias, el Tribunal considera que esta evolución, aun suponiendo que pudiese colmar las lagunas de la ley en un sentido formal, se produjo con posterioridad a las órdenes dictadas por el juez de instrucción decretando la intervención de los teléfonos de las personas sospechosas**".

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

...

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

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

No resulta aplicable la doctrina de ésta última resolución al caso en cuestión, sino la de la precedente Sentencia dictada al conocer de un recurso en el que se planteó respecto de la legislación procesal española una ingerencia en las comunicaciones, habiéndose establecido que la Ley española, completada con las exigencias jurisprudenciales ineludibles ya antes analizadas y concurrentes en el supuesto contemplado, establecidas por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, si se atenía plenamente a las determinaciones establecidas por la Convención de Roma y la jurisprudencia vinculante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en atención a lo dispuesto en el artº 10 de la Constitución Española.

8º) **Costas:**

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

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

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