

EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES DE LOS INTERNOS EN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO CON SUS REPRESENTANTES LEGALES

MARÍA LUZ MARTÍNEZ ALARCÓN

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS EN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO.—II. LA LIMITACIÓN DE LAS COMUNICACIONES DE LOS INTERNOS EN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO CON SUS REPRESENTANTES LEGALES: 1. *De nuevo, el debate sobre la posibilidad de interceptar las comunicaciones de los clientes con sus representantes legales.* 2. *Análisis de la problemática jurídica que plantea la intervención de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales:* A) *¿Cuál es la norma aplicable al caso?* B) *¿Cuál es la interpretación constitucional de la norma aplicable al caso?* C) *¿Cuál puede ser el alcance de la declaración de ilegalidad de unas escuchas y la consiguiente nulidad de las pruebas obtenidas a su través?* D) *¿Es posible exigir responsabilidad penal al juez o magistrado que autoriza unas escuchas de las comunicaciones habidas entre los internos en establecimiento penitenciario y sus representantes legales?*—III. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS EN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO

La finalidad última del Derecho en el Estado constitucional no descansa en la creación de construcciones impecables desde la perspectiva lógica, ni exclusivamente en la satisfacción, como instrumento de fuerza y coacción que es, de la certeza en las relaciones sociales garantizando así la coexistencia pacífica de la comunidad. En el Estado constitucional, la razón de ser del Derecho —a cuya cúspide se sitúa un texto constitucional que aporta una racionalidad básica al conjunto del sistema que permite cohesionar todos sus elementos— consiste en garantizar la libertad del individuo a través del reconocimiento y la protección

de sus derechos y de la limitación del poder. Precisamente, la regla en virtud de la cual se considera que la limitación de derechos fundamentales [también del derecho al secreto de las comunicaciones (1)] siempre debe ser excepcional, responde a la existencia de un orden constitucional cuya finalidad última no es otra que la garantía de la libertad.

Es cierto, por otra parte, que la existencia de una relación de sujeción especial, que implica la vinculación del individuo a una potestad de autoorganización más intensa que la que actúa en las más comunes relaciones de sujeción general, permite limitar en mayor medida las normas de derechos fundamentales en el caso de los internos en establecimiento penitenciario [que, de cualquier forma, son sujetos titulares de los mismos (2)]. Pero también lo es que el postulado de la libertad, que inspira y legitima el conjunto del sistema, incide igualmente en el ámbito penitenciario impidiendo reconocer la licitud de una limitación irrazonable y/o desproporcionada de los derechos de los reclusos (cualquiera que haya sido el poder —legislativo, ejecutivo o judicial— que haya intervenido al respecto). Es decir, el poder público no está habilitado para operar cualquier tipo de afectación en el contenido de los derechos fundamentales de los presos preventivos y condenados atendiendo a la relación de sujeción específica que los vincula con la Administración penitenciaria. La medida restrictiva de sus derechos fundamentales debe, para poder ser considerada constitucional, buscar la consecución de un fin constitucionalmente lícito y respetar las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

Los fines constitucionales penitenciarios que justifican una limitación de los derechos fundamentales de los reclusos más intensa que la que soportan los ciudadanos vinculados a la Administración por una relación de sujeción general consisten en la necesidad de garantizar la seguridad y el orden en el establecimiento penitenciario, y en el interés del tratamiento de los internos (art. 51.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Además, habría que tener en cuenta que los reclusos también podrían ver limitados sus derechos fundamentales, en

(1) Son muchas las páginas publicadas sobre el derecho al secreto de las comunicaciones que consagra el artículo 18.3 de la Constitución española. Entre las obras que han desarrollado un tratamiento sistemático y completo de toda la problemática que afecta a este derecho podríamos mencionar a ELVIRA PERALES (2007), RODRÍGUEZ RUIZ (1995), MARTÍN MORALES (1995). Dentro del género de artículos de revistas es ya un clásico el texto de JIMÉNEZ CAMPO (1987).

(2) Como ha dicho el Tribunal Constitucional, el interno no queda reducido al mundo carcelario pudiendo relacionarse con el exterior, preparándose así para su futura vida en el seno de la sociedad; REVIRIEGO PICÓN (2005): 575. Un análisis detallado de la doctrina del Constitucional sobre la incidencia de la relación de sujeción especial en el derecho al secreto de las comunicaciones de los reclusos, y más específicamente, en el derecho al secreto de las comunicaciones de los reclusos con sus representantes legales, en RIVES SEVA (2010): 189 y sigs.

particular su derecho al secreto de las comunicaciones, con el objeto de satisfacer el ejercicio del *ius puniendi* estatal, esto es, con la finalidad de garantizar la averiguación y adquisición de los elementos de prueba y el consiguiente interés por la persecución del delito (especialmente, en el caso de aquellos que se encuentran internos con fines cautelares).

Por otro lado, la aplicación del test de proporcionalidad (3) para decidir sobre la licitud de la limitación del derecho fundamental implica reconocer que la decisión al respecto no puede adoptarse con carácter general o de manera automática negando, por ejemplo, sistemáticamente y en atención a la existencia de una relación de sujeción especial, el derecho al secreto de las comunicaciones de los reclusos (4). Antes bien, cualquier decisión al respecto exige superar el juicio de proporcionalidad [que aporta una solución atendiendo a las circunstancias del supuesto de hecho concreto (5)]. Así, en nuestro país el Tribunal ha descartado, desde el primer momento, que la privación de libertad pueda servir para justificar de forma automática cualquier restricción de los derechos fundamentales. Siempre ha decidido, en estos supuestos, teniendo en cuenta la proporcionalidad de las medidas utilizadas, y, por tanto, las circunstancias concurrentes en el caso concreto (alejado de cualquier tipo de automatismo) (6).

(3) El parámetro de la proporcionalidad es un parámetro de argumentación típicamente constitucional, necesario para aportar racionalidad al proceso de interpretación constitucional una vez que se concluye que los métodos clásicos de la interpretación jurídica (interpretación literal o gramatical, lógico-sistemática, teleológica o finalista, histórica), pensados para resolver la colisión entre reglas, resultan insuficientes para solucionar el problema peculiar de la interpretación constitucional.

(4) Aunque lo cierto es que, tanto en el ámbito del Derecho comparado, como en el del Derecho comunitario (a través de la actuación de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), se ha constatado en ciertos momentos una fuerte reticencia a condenar cualquier tipo de actuación judicial sobre las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario. Por ejemplo, a nivel comunitario y hasta la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1975 (caso *GOLDER*), que marca un punto de inflexión en la materia, todos los litigios se resolvían automáticamente a favor del Estado sin atender, en consecuencia, a la proporcionalidad de la medida en el caso concreto.

(5) La naturaleza relativa del juicio de proporcionalidad implica reconocer que los elementos fácticos y temporales que rodean al supuesto de hecho resultan importantísimos en tanto en cuanto la proporcionalidad de una medida dependerá de las circunstancias que la rodean; GONZÁLEZ BEILFUSS (2003): 35.

(6) RODRÍGUEZ RUIZ (1997): 61. Por ejemplo, la necesaria concreción personal de la medida de intervención, que implica atender a las circunstancias concretas que envuelven al sujeto, ha impedido que el Tribunal Constitucional considere constitucional una intervención de las comunicaciones a todos los reclusos con una determinada clasificación penitenciaria (STC 106/2001, de 23 de abril); BELDA PÉREZ-PEDRERO (1998): 187.

Concretamente, con la exigencia de proporcionalidad se pretende fiscalizar la racionalidad de la relación existente entre la medida o medidas limitadoras de derechos fundamentales y la finalidad o finalidades pretendidas excluyendo aquellas medidas que constituyan un sacrificio no idóneo, innecesario o desproporcionado en sentido estricto de los derechos fundamentales. Serán idóneas si resultan eficaces para acercarse al objetivo propuesto (juicio de idoneidad, también denominado en ocasiones juicio de adecuación, de congruencia o de coherencia). Serán necesarias si no existen otro u otros medios más moderados para la consecución de tal propósito con igual grado de eficacia (juicio de necesidad, también denominado en ocasiones juicio de indispensabilidad, imprescindible o subsidiariedad). Finalmente, serán proporcionadas si de las mismas derivan más beneficios y ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto, también denominado juicio de ponderación) (7). Se trata, en definitiva, de que exista una conexión efectiva, necesaria y proporcional en sentido estricto entre la medida que limita el derecho fundamental y la finalidad pretendida.

Ciertamente, todos estos parámetros que el Tribunal Constitucional utiliza para constatar, bien la constitucionalidad de una ley (8), bien la actuación del poder público limitadora de derechos fundamentales, son parámetros tan indeterminados y tan cargados de la utilización de juicios de valor, que conducen al Alto Tribunal a decidir casuísticamente sobre su concurrencia con altas dosis de discrecionalidad, aunque no cabe duda de que la construcción jurisprudencial que ha realizado el Tribunal Constitucional sobre el principio dota de un

(7) Es decir, con este elemento se trata de analizar la ecuación costes-beneficios para declararla o no legítima desde el punto de vista constitucional. En este sentido, la constitucionalidad de una medida se declarará cuando se puede realizar un balance favorable de los beneficios que procura frente a las afectaciones que impone. *Sensu contrario*, la relación jurídica es desproporcionada cuando genera más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos o intereses que se encuentran en juego. Se trata, en definitiva, de ponderar si el mal que la intervención legislativa causa se compensa con el bien que se pretende obtener a través de la misma.

(8) El recurso al juicio de proporcionalidad presenta muchos más problemas dogmáticos cuando se utiliza para fundamentar el juicio de validez constitucional de las leyes que limitan derechos fundamentales. En este sentido, se ha advertido que el principal peligro de su aplicación descansa en su abuso por parte del órgano judicial que decide introducir su propia apreciación subjetiva de la norma sustituyendo así el juicio político realizado por el legislador; RUBIO LLORENTE (1999): 32; BARNÉS VÁZQUEZ (1998): 43-44; JIMÉNEZ CAMPO (1983): 78. Por ello, el Tribunal Constitucional, tomando como base la libertad de configuración y el amplio margen de discrecionalidad con el que se mueve el legislador, ha mostrado una gran cautela en los momentos en los que lo ha utilizado como parámetro de control de su obra subrayando que esta fiscalización no puede sino tener un alcance muy limitado. Véase, al respecto, entre otras, las SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 161/1997, de 2 de octubre; 233/2004, de 7 de junio.

cierto marco jurídico a decisiones que presentan fundamentalmente naturaleza política. En definitiva, esta construcción jurisprudencial no aporta una solución definitiva ni determinable *a priori*, en la medida en que no descansa sobre un razonamiento deductivo o lógico, pero permite reconocer la decisión del Tribunal Constitucional como un acto jurisdiccional y no como un acto de naturaleza política (9).

II. LA LIMITACIÓN DE LAS COMUNICACIONES DE LOS INTERNOS EN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO CON SUS REPRESENTANTES LEGALES

1. *De nuevo, el debate sobre la posibilidad de interceptar las comunicaciones de los clientes con sus representantes legales*

El debate sobre la posibilidad de limitar, interceptando, las comunicaciones habidas entre los Abogados y sus clientes, y más particularmente, entre los Abogados y sus clientes internos en establecimiento penitenciario, ha recuperado protagonismo en nuestro país a raíz de las escuchas que autorizó el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de Madrid (D. Baltasar Garzón) de las comunicaciones producidas en el interior de la prisión de Soto del Real entre los imputados en el conocido como caso *Gürtel* y sus representantes legales.

Por Auto de fecha de 19 de febrero de 2009, este Magistrado, considerando que en la presunta actividad delictiva podían haber intervenido letrados y que los mismos podían estar aprovechando su condición de tales para actuar como «enlaces» de los imputados con el exterior, ordenó la observación de las comunicaciones personales que mantuvieran los internos Francisco Correa, Pablo Crespo y Antoine Sánchez con los letrados que se encontraban personados en la causa u otros que hubieran mantenido entrevistas con ellos, y con carácter especial, las que mantuvieran con el letrado D. José Antonio López Rubal, en el centro penitenciario en que se encontraran o en cualquier otro al que fueran trasladados. La intervención se autorizó por un tiempo de un mes (del 19 de febrero al 20 de marzo de 2009). Posteriormente, por Auto de fecha de 20 de marzo de 2009, prorrogó todas las medidas acordadas en términos similares por un mes más (del 20 de marzo al 20 de abril de 2009). La única diferencia fue la omisión de toda mención al letrado D. José Antonio López Rubal, sustituido en los primeros días del mes de marzo por otro abogado, tras haber puesto de manifiesto el propio Juzgado a los imputados en prisión su posible incompatibilidad por la

(9) CARRASCO PERERA (1984): 40 y 44-45.

imputación del mismo en el caso. Finalmente por Auto de fecha de 27 de marzo de 2009, con el que pretendía salvar cualquier sospecha de ilicitud sobre esta intervención por vulneración del derecho de defensa, acordó excluir de la pieza las transcripciones entre los imputados y sus letrados que se hubieran referido exclusivamente a sus estrategias de defensa.

Precisamente, la vulneración del derecho fundamental a la defensa, con la consiguiente imposibilidad de tomar en consideración como prueba los resultados obtenidos, fue el argumento que llevó a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (10) a declarar la ilicitud de las escuchas por Auto de fecha de 25 de marzo de 2010. Además, el Magistrado Instructor que las autorizó está pendiente de una causa penal en el Tribunal Supremo por prevaricación e interceptación ilegal de las comunicaciones (11).

Esta exposición, muy resumida de los hechos, no debe ocultar la variedad y complejidad de problemas jurídico-constitucionales que ha planteado esta intervención judicial. En efecto, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de marzo de 2010, anulando las escuchas, y el subsiguiente debate que ha generado, bien pueden servir como punto de referencia para el análisis de los múltiples interrogantes que este tema —el de la intervención de las comunicaciones de los letrados con sus clientes, y, más específicamente, con aquellos que permanecen internos en establecimiento penitenciario— suscita. En especial, los relativos a la norma aplicable al caso, la interpretación que debe realizarse del artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el alcance de la declaración de ilegalidad de las escuchas y la consiguiente nulidad de las pruebas obtenidas a su través, y, finalmente, la posibilidad de exigir responsabilidad penal al operador jurídico que las autorice.

(10) El Auto de 28 de septiembre de 2009 alzó parcialmente el secreto de las comunicaciones. Tras ello se interpuso recurso de reforma (desestimado por el Auto del Magistrado Instructor de 27 de enero de 2010) y de apelación (que se admitió por providencia de 28 de diciembre de 2009 y que se resolvió favorablemente para los recurrentes por el Auto de 25 de marzo de 2010 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid —con el voto particular en contra del magistrado D. José Manuel Suárez Robledano—).

(11) El Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2010, confirmado por un Auto del mismo Tribunal del día 13 de abril de 2010, admite a trámite la querrela por prevaricación presentada contra el Magistrado Instructor al que nos venimos refiriendo.

2. *Análisis de la problemática jurídica que plantea la intervención de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales*

A) *¿Cuál es la norma aplicable al caso?*

La intervención de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales en el marco de una investigación penal parece plantear, en primer lugar, un problema de identificación de la norma aplicable al caso. Así parecen ponerlo de manifiesto los hechos que nos sirven de referencia. El Magistrado Instructor, que autorizó las escuchas, y el Ministerio Fiscal, que las solicitó (12), apoyaron la limitación del derecho en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (13), cuyo apartado tercero establece que «el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos». Frente a ellos, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid niega la aplicabilidad de dicho precepto en este supuesto y considera que resulta aplicable la norma especial contenida en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Este precepto establece que «Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo» (14).

(12) En el mismo sentido véase el Auto de imputación del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2010 contra Garzón. Sobre el mismo véase REVIRIEGO PICÓN y BRAGE CAMAZANO (2010): 82-86.

(13) Aunque me gustaría destacar que los Autos del Magistrado Instructor que decidieron la intervención de estas comunicaciones, y su prórroga, aludían exclusivamente al artículo 51 de la Ley Penitenciaria y en ningún caso al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sólo posteriormente, cuando resolvió el recurso de reforma, reproduciendo la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal, y, pienso, convencido de la imposibilidad de justificar su actuación con base en la Ley penitenciaria según jurisprudencia del Tribunal Constitucional, alega la aplicación del precepto del Código procesal criminal.

(14) La STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 5 (Ref. Iustel: §103560), establece que «el sistema de garantías reforzado para la intervención del artículo 51.2 de la LOGP comprende las comunicaciones escritas, del tipo que sean, entre preso y Abogado, y que la alusión de dicho apartado a la

Pues bien, la aplicación —de ser posible— del artículo 579 del Código procesal criminal, podría ofrecer cobertura legal a una actuación judicial de estas características en la medida en que este precepto no restringe, ni la naturaleza de las comunicaciones, ni los tipos delictivos que permitirían la intervención. Aparentemente, en el marco del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, primero, parece posible una autorización judicial de intervención de las comunicaciones entre Abogados y clientes que, además, podría ir más allá de los delitos de terrorismo a los que se ciñe el artículo 51.2 de la Ley Penitenciaria [aunque, en todo caso, y por exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, la intervención sólo podría aparecer justificada en el supuesto de delitos que revistieran cierta gravedad (15)].

Sin embargo, creo que resulta evidente que el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria es el precepto especial que regula el caso concreto de intervención de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales. La interpretación del Ministerio Fiscal, posteriormente asumida por el Magistrado Instructor que autorizó las escuchas en el recurso de reforma que tuvo que resolver, y por alguno de los autores que ya se han pronunciado sobre esta cuestión (16), en virtud de la cual resultaría plausible considerar que el artículo 51.2 de la Ley Penitenciaria se refiere a medidas de régimen penitenciario, mientras que el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendría como ámbito de aplicación las medidas de investigación adoptadas en un procedimiento penal, resulta inviable a la luz de

celebración en departamentos apropiados no supone una exclusión de las comunicaciones escritas, sino una mera especificación del modo en el que deben celebrarse las orales».

(15) Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han afirmado que la intervención de las comunicaciones durante el sumario sólo se puede autorizar respecto de delitos que revistan cierta gravedad. Para ELVIRA PERALES, uno de los aspectos indefinidos que requiere con mayor urgencia la actuación del legislador es la determinación de las conductas delictivas cuya investigación puede llevar aparejada una autorización de intervención de las comunicaciones. Afirma que, de momento, esta laguna podría dar lugar a nuevos pronunciamientos de condena por parte del TEDH; ELVIRA PERALES (2005): 1149. De momento, el Tribunal Constitucional ha considerado que la intervención de las comunicaciones sólo puede ser autorizada en el marco de la investigación de hechos delictivos graves (nunca ilícitos administrativos) y que la gravedad de la infracción no viene determinada únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista (aunque sea un factor a considerar), sino que también deben tenerse en cuenta otros factores tales como la relevancia social de la infracción y los bienes jurídicos que protege, debiendo analizarse las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción. Esta doctrina ha justificado la intervención de las comunicaciones respecto de delitos vinculados con la salud pública (tráfico de drogas), delitos de contrabando de tabaco y aquellos que utilizan tecnología electrónica. Véanse, al respecto, las SSTC 136/2006, de 8 de mayo; FJ 5, *a*) y *b*); 104/2006, de 3 de abril, FJ 3; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 3, entre otras.

(16) ATIENZA (2010): 4.

la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del artículo 51.2 del texto penitenciario.

En efecto, nuestro Alto Tribunal ha puesto de manifiesto con claridad meridiana que el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria es la norma especial aplicable al caso al definir el presupuesto material de la intervención, es decir, al concretar el único fin que justifica las escuchas de las comunicaciones habidas entre los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales. Tanto el Tribunal Constitucional en su sentencia 183/1994, de 20 de junio (17), como el Tribunal Supremo en su sentencia 538/1997, de 23 de abril (18), así como sector muy numeroso de la doctrina en España (19), han sostenido que no resulta posible la autorización judicial de una intervención de las comunicaciones entre internos y sus representantes legales argumentada en razones de seguridad y buen orden del establecimiento o interés del tratamiento. Una autorización judicial de estas características sólo resultaría posible en el marco de la investigación criminal y a los solos efectos de garantizar la persecución del delito (aunque parece cierto que la investigación de la presunta actuación delictiva del representante legal del interno en establecimiento penitenciario puede estar relacionada con actuaciones delictivas que ponen en peligro la seguridad del establecimiento penitenciario). En todo caso, la intervención

(17) En efecto, el FJ 5 de esta resolución afirma que la justificación del régimen especial del artículo 51.2 LOGP hay que buscarla «en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración penitenciaria, que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario». «Es evidente, en efecto, que el artículo 51 LOGP, distingue entre las comunicaciones que podemos calificar generales, entre el interno con determinada clase de personas —art. 51.1— y las comunicaciones específicas, que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2); la primera clase de comunicaciones viene sometida al régimen general del artículo 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas «por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento», según precisa el artículo 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del artículo 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario».

(18) Esta resolución es contundente cuando afirma que «las razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, que pueden justificar estas limitaciones, no son aplicables a las comunicaciones incardinadas en el ejercicio del derecho de defensa del interno (art. 14 CE), derecho que no se ve legalmente limitado por su privación de libertad, y que debe ser especialmente tutelado, garantizando la igualdad real y efectiva de posibilidades de defensa de los acusados en un proceso penal, tanto a quienes la ejercitan desde la libertad como a quienes tienen que ejercitarla desde la prisión».

(19) Entre otros, MARTÍNEZ ESCAMILLA (2000): 133-140; GARCÍA VALDÉS (1982): 175; MARCHENA GÓMEZ (1994): 34.

sólo podría ser adoptada por el Juez Instructor (y no por el Juez de Vigilancia Penitenciaria).

B) *¿Cuál es la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la norma aplicable al caso?*

El artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria ha sido criticado por su ambigüedad (20). Es cierto, la relevancia o dimensión constitucional de las comunicaciones del recluso con sus representantes legales contrasta con la poca claridad en la redacción del precepto, que entraña dificultades interpretativas nada fáciles de resolver (21).

Entre todas las cuestiones discutidas solamente destacaré ahora una de ellas. Se trata, en concreto, de discernir si los dos presupuestos recogidos en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (orden de la autoridad judicial y supuestos de terrorismo) funcionan, a efectos de autorizar la intervención de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales, como condiciones alternativas o como condiciones acumulativas.

Inicialmente, la sentencia del Tribunal Constitucional 73/1983, de 30 de julio, realizó una interpretación extensiva del precepto en virtud de la cual se entendía que los presupuestos recogidos por el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria funcionaban alternativamente de tal forma que la intervención de estas comunicaciones podía autorizarse, bien por la autoridad penitenciaria en los supuestos de terrorismo (esto es, por el Director del establecimiento penitenciario), bien por la autoridad judicial en el resto de supuestos delictivos —que naturalmente debían consistir en tipos delictivos que revistieran cierta entidad— (22).

(20) En el Proyecto de Ley, el artículo utilizaba una conjunción disyuntiva que, aunque hubiera planteado dudas de constitucionalidad, resultaba muy claro en su significado. En concreto, el precepto establecía: «y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial o en los casos previstos en la legislación especial sobre bandas o grupos armados». Sin embargo, la redacción final del texto sustituyó la conjunción disyuntiva «o» por la copulativa «y» provocando la ambigüedad que ha dado lugar a la discusión que se detalla en el texto principal. Como ha señalado la doctrina, el legislador no ponderó en su momento la repercusión que finalmente tendría la sustitución, que fue completamente casual, de la conjunción disyuntiva «o» por la conjunción copulativa «y». Al respecto véase MARTÍNEZ ESCAMILLA (2000): 133-140; MARCHENA GÓMEZ (1994): 33.

(21) En estos términos se expresó, y coincidimos con ella, MARTÍNEZ ESCAMILLA (2000): 127.

(22) Hay que matizar, en cualquier caso, que la interpretación inicial del contenido del artículo 51.2 LOGP se recoge en una declaración *obiter dictum* (sobre el valor de los *obiter dicta*

Algo más de una década más tarde, el Tribunal Constitucional rectificó su interpretación de la norma considerando que la doctrina sostenida en el año ochenta y tres no se ajustaba al sentido más estricto y garantista para el derecho fundamental. La sentencia del Tribunal Constitucional 183/1994, de 20 de junio (23) [posición que reitera más tarde en las sentencias 197/1994, de 4 de julio, o 58/1998, de 16 de marzo, o que también recoge el Tribunal Supremo en su resolución de 23 de abril de 1997 (24)], considera que el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria permite la suspensión o intervención de las comunicaciones del recluso con sus representantes legales *en un único supuesto delictivo* y solamente cuando, además, fuera *ordenada judicialmente* (25) (pues los presupuestos a los que alude el precepto deben entenderse como complementarios y no alternativos) (26). Así pues, el régimen específico de esta inter-

véase la STC 6/1991, FJ 4). Esta interpretación extensiva del precepto fue secundada, en su momento, por parte de la doctrina española (a saber: BUENO ARÚS, GARRIDO GUZMÁN, GARCÍA VALDÉS, GONZÁLEZ CANO y RODRÍGUEZ RUIZ).

(23) Esta sentencia resuelve un caso en el que el Director del establecimiento penitenciario acordó, por razones de seguridad y buen orden del establecimiento, la intervención de las comunicaciones de un interno recluido en calidad de preso preventivo por un delito de pertenencia a banda armada. En aplicación de este Acuerdo se impidió que su Abogado le pasara diversos documentos para firmar aduciendo que debían ser fotocopiados. Es cierto, como ha señalado el profesor Manuel Atienza, que esta decisión del Tribunal Constitucional tenía como finalidad última garantizar la intervención judicial (también en los casos de terrorismo). Ahora bien, aun siendo ésta su finalidad última, lo cierto es que en dicho texto, así como en otras resoluciones posteriores del Alto Tribunal, se utiliza una interpretación restrictiva de la norma que regula esta cuestión que impide de manera evidente una intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus representantes legales en delitos distintos a aquellos de terrorismo. En mi opinión, y a diferencia de lo sostenido por el profesor ATIENZA, de la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional en el año noventa y cuatro se extrae de forma evidente que la intervención de la comunicación entre interno y Abogado defensor está prohibida, salvo en casos de terrorismo. En un sentido contrario, ATIENZA (2010): 3.

(24) RJ 1997/3259.

(25) La sentencia 175/1999, de 27 de octubre, establece que «los ciudadanos que gozan del *status libertatis* sólo pueden ver restringida su libertad de comunicar por obra de una resolución judicial, según dispone el artículo 18.3 de la CE. De manera similar, las comunicaciones entre un sujeto interno en un establecimiento penitenciario y su Abogado o Procurador sólo pueden ser intervenidas por los órganos jurisdiccionales (art. 51.2 de la LOGP), con lo que el control judicial de la medida está garantizado *a priori* —y lógicamente durante el desarrollo de la misma—. En el caso del preso preventivo, la autoridad judicial competente será el Juez de instrucción de la causa —que habrá acordado su prisión y que ha de velar por el respeto de sus derechos mientras la medida permanezca vigente—.

(26) Aunque antes de esta rectificación, el FJ 10 del Auto de 20 de diciembre de 1993 (caso *Gorostiza*) de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ya había contradicho las afirmaciones vertidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia 73/1983 (considerando que no cabía autorización administrativa en los delitos de terrorismo). Un comentario de este Auto puede verse en MARCHENA GÓMEZ (1994): 298-299. En la doctrina, defendiendo la complementariedad de los

vención de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario y sus representantes desemboca, con la nueva interpretación constitucional, en una radical disminución de las posibilidades de someterla a limitación (solamente en el caso de delitos de terrorismo y, necesariamente, por mediación de una autorización judicial) (27).

Este cambio jurisprudencial sobre el entendimiento de la norma no es sino la consecuencia, acertada, de aplicar uno de los principios básicos de la teoría general de la hermenéutica constitucional que impide interpretar de forma extensiva las normas restrictivas de derechos fundamentales. Sin embargo, no es compartido por todos.

Recientemente y precisamente al hilo de la polémica vinculada a la intervención de las comunicaciones en la trama *Gürtel* —recordemos que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo que afecta a este asunto, la intervención del Instructor en el proceso se habría producido con vulneración de derechos fundamentales—, se ha sostenido que la interpretación que aporta la sentencia del Tribunal Constitucional 183/1994 del artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, por un lado, se distancia de la voluntad del legislador orgánico que habría planteado las dos condiciones como alternativas, y, por otro, no resulta acertada. Y ello porque una interpretación de estas características del precepto impide la intervención de las comunicaciones de los Abogados con los internos en establecimiento penitenciario en supuestos de criminalidad muy grave y organizada que, sin embargo, no tienen que ver con el fenómeno terrorista (28). De esta forma, se ha dicho, la decisión del Tribunal Superior de Justicia estaría colocando en una situación de incomprensible ventaja a los acusados de un delito que estuviesen en prisión por comparación a aquellos que gozaran de libertad, cuyas comunicaciones con sus representantes legales sí podrían ser intervenidas —siempre excepcionalmente— por causas ajenas a las propias de terrorismo (29) [si bien creo conveniente recordar que la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos privados de libertad debe ser especialmente rigurosa habida cuenta la situación de subordinación que los vincula con la Administración (30)].

presupuestos legitimadores de la limitación, véase LÓPEZ YAGÜES (2003): 263 (que sigue así, en este sentido, a autores tales como ALONSO BARRERA, ALONSO PÉREZ, MONTAÑÉS PARDO, RÍOS MARTÍN, RODRÍGUEZ ALONSO, TAMARIT SUMALLA, SAPENA GRAU Y GARCÍA ALBERO, PAZ RUBIO).

(27) LÓPEZ YAGÜES (2003): 261-262.

(28) ARRIBAS LÓPEZ (2009): 15.

(29) ATIENZA (2010): 3.

(30) En este sentido véase REVIRIEGO PICÓN y BRAGE CAMAZANO (2010): 55-58.

Pues bien, es cierto que parece que la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley se centró en si, para intervenir las comunicaciones de los internos con sus representantes legales, resultaba necesaria la autorización judicial en todo caso (también en los casos de terrorismo), y que, desde este punto de vista, el debate parlamentario permitiría desprender un entendimiento alternativo —no acumulativo— de las dos condiciones que recoge el precepto. Sin embargo, esta regla de interpretación atendiendo a la voluntad del legislador conduce a resultados diferentes de aquella que resulta preferente en virtud de la cual las normas que limitan derechos fundamentales deben interpretarse de forma restrictiva (especialmente en un caso como éste en el que nos encontramos con una regulación del año setenta y nueve —recordemos que la Ley Penitenciaria es la primera Ley Orgánica de desarrollo de la Constitución que se aprobó—).

Es verdad, la interpretación restrictiva de la norma impide, radicalmente, la limitación de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales cuando se trata de causas ajenas al terrorismo.

Sin embargo, ello no supondría la creación de una especie de limbo jurídico que permitiera a los representantes legales implicados en una causa penal no terrorista, en la que intervienen o pretenden intervenir en calidad de tales, aprovecharse de tal situación para obstruir la efectiva realización del *ius puniendi* estatal. El Abogado imputado en la causa puede ser investigado por otros procedimientos distintos a aquel relativo a una intervención de las comunicaciones que sostenga con sus clientes. Quizás, y siempre teniendo en cuenta la excepcionalidad que hay que predicar respecto de la intervención de este tipo de comunicaciones, podría el legislador acometer una reforma del precepto para que dicha intervención excepcional pudiera tener lugar en el marco de otro tipo de delitos de cierta gravedad —no sólo para los delitos de terrorismo— (31). En todo caso y con independencia del delito que motivara la intervención, con la necesaria autorización judicial (los bienes constitucionales que están en juego así lo exigen). Pero es una labor ésta que compete al legislador porque, en el marco de la interpretación constitucional, el juez sólo puede hacer una interpretación restrictiva de la norma que limita derechos fundamentales. En este sentido, no comparto la opinión de aquellos que consideran que, aun con una interpretación

(31) LÓPEZ YAGÜES realiza un estudio comparado sobre la inviolabilidad de las comunicaciones con el Defensor como garantía de defensa y concluye que en los distintos ordenamientos procesales europeos analizados destaca la enorme excepcionalidad (por ejemplo, si contra el abogado existieran indicios de participación en una infracción delictiva) si no absoluta exclusión de la interceptación de las comunicaciones de los abogados con sus clientes; LÓPEZ YAGÜES (2003): 182.

forzada del precepto que aconsejaría su modificación por parte del legislador orgánico penitenciario, habría que entender —y así deberían actuar los jueces— que la intervención de estas comunicaciones también es posible en el marco de delitos —en todo caso muy graves— distintos a aquellos de terrorismo.

Eso sí, siempre, la relación de proporcionalidad que debería mediar entre la medida restrictiva del derecho a comunicar de forma reservada con los abogados —cualquiera que fuera el poder público del que procediera— y la finalidad pretendida debería ser especialmente estrecha (32). Y ello porque dichas comunicaciones presentan una naturaleza privilegiada en la medida en que están al servicio del derecho fundamental a la asistencia letrada y defensa técnica, y a su través, al servicio del más amplio derecho de defensa que garantiza el artículo 24 del texto constitucional. Esto es indiscutible. No cabe duda de que el derecho a comunicar de forma reservada con el Abogado defensor es presupuesto del derecho de defensa. «El letrado no podrá aconsejar correctamente y defender con eficacia a su cliente más que en el caso de que posea un perfecto conocimiento de los hechos; sin embargo, es probable, si no seguro, que ese flujo de información imprescindible para el éxito de la estrategia defensiva no llegue a tener lugar si el imputado alberga la más mínima sospecha de que ciertos datos —y, en particular, aquellos que le incriminan— pueden salir de la esfera de esa relación» (33). Por este motivo, estas comunicaciones deben permanecer prácticamente inmunes a toda intervención. Sólo en ocasiones excepcionalísimas, como cuando se tiene constancia de que el Abogado, más allá del ejercicio de la defensa, está cometiendo un acto delictivo, y, en cualquier caso, con un respeto riguroso de la adecuación, necesidad y proporcionalidad por parte de la medida, y, por supuesto, sólo para el caso de delitos de especial gravedad, resultaría legítima una intervención de las comunicaciones entre letrados y clientes (34).

(32) Véase, al respecto, las SSTEDH de 15 de noviembre de 1996 (caso *Domenichini*) y de 25 de marzo de 1998 (caso *Kopp*). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aún considerando que la confidencialidad de las comunicaciones entre el imputado y sus representantes legales constituye un elemento esencial para la efectividad de la defensa, considera que este tipo de comunicaciones también puede ser objeto de restricción. Eso sí, siempre que se justifique atendiendo a las circunstancias extraordinarias del caso concreto y sólo si de las mismas deriva un riesgo extraordinario para la instrucción y el proceso en su conjunto. También la Comisión entiende lícitas medidas que limiten el derecho al secreto de las comunicaciones entre los representantes legales y sus clientes; LÓPEZ YAGÜES (2003): 65.

(33) LÓPEZ YAGÜES (2003): 479. En parecidos términos véase MARTÍNEZ ESCAMILLA (2000): 142.

(34) VELASCO NÚÑEZ, por ejemplo, justifica una intervención judicial, en todo caso excepcional, de las comunicaciones de un Letrado cuando éste fuera sospechoso de participación en un hecho delictivo; VELASCO NÚÑEZ (1993): 258. Por su parte, OSSORIO afirmaba que el registro de los papeles profesionales de un Abogado resulta legítimo cuando se sospecha de la participación

Lo que en ningún caso resulta posible, tal y como ha venido afirmando de forma reiterada la jurisprudencia que ha decidido sobre esta materia (35), es autorizar una intervención de las comunicaciones de los ciudadanos —cual-

del defensor en la acción delictiva. Porque si la persona perseguida penalmente no es el Letrado sino su cliente, «el Letrado ha de mostrarse en toda su majestad, e impedir que se revuelvan los papeles de su clientela» por cuanto «en ellos está el secreto y la Justicia deberá buscar otros medios de averiguación»; OSSORIO (1978): 72-73. Y es que resulta absolutamente ilegítima la intervención de las comunicaciones que el defensor celebra con su cliente-imputado, o con personas distintas, en busca de datos incriminatorios contra su defendido (ello se desprende el derecho fundamental a la defensa); LÓPEZ YAGÜES (2003): 204-206.

(35) Las dos condenas que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha impuesto al Estado español por la falta de calidad normativa de la regulación de la intervención de las comunicaciones en el proceso penal (en especial de las telefónicas) de nuestro artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (la primera por sentencia de 30 de julio de 1998 en el asunto *Valenzuela Contreras* y la segunda por sentencia de 18 de febrero de 2003 en el asunto *Prado Bugallo*) no han servido como revulsivo para que el legislador aborde la necesaria reforma de dicho precepto. El resultado ha sido el desarrollo, a tres niveles (internacional, constitucional y ordinario), de una prolija jurisprudencia sobre la materia, sin la cual no resulta posible aprehender el alcance y los límites del derecho al secreto de las comunicaciones en nuestro país en la actualidad. Siguiendo esta doctrina jurisprudencial, que integra la motivación en el contenido esencial del derecho, la autorización judicial de intervención de las comunicaciones —la limitación del derecho sólo la puede autorizar el órgano judicial actuando *secundum legem*— debe determinar con la mayor precisión posible cuáles son las razones jurídicas y fácticas que justifican la intervención, es decir, cuál es el presupuesto legal habilitante de la intervención y cuáles son los presupuestos materiales que estimulan la intervención. En este último sentido, y por lo que a nosotros interesa, la resolución judicial debe determinar los datos objetivos indiciarios de la posible comisión del hecho delictivo grave. Además, la intervención de las comunicaciones telefónicas exige indicar el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, la duración de la medida (el plazo máximo de intervención de las comunicaciones), quiénes han de ejecutarla y cómo, y los períodos en los que deben rendir cuentas al juez para permitir la fiscalización jurisdiccional de su ejecución así como de los soportes que contengan las grabaciones. En todo caso, y aunque es deseable que la resolución judicial que autoriza la intervención contenga todos estos datos, la jurisprudencia constitucional admite la motivación por remisión, y, así, 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. Es numerosísima la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que reitera, una y otra vez, la necesidad de indicios para autorizar una intervención de las comunicaciones. Por citar solamente la de los últimos años: SSTC 5/2010, de 7 de abril; 26/2010, de 27 de abril; 148/2009, de 15 de junio; 197/2009, de 28 de septiembre; 220/2009, de 21 de diciembre; 219/2009, de 21 de diciembre; 26/2006, de 30 de enero; 136/2006, de 8 de mayo; 150/2006, de 22 de mayo; 220/2006, de 3 de julio; 253/2006, de 11 de septiembre; 165/2005, de 20 de junio; 259/2005, de 24 de octubre; 261/2005, de 24 de octubre; 184/2003, de 23 de octubre; 82/2002, de 22 de abril; 167/2002, de 18 de septiembre; 14/2001, de 29 de enero; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre; 199/2000, de 11 de diciembre; 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 171/1999, de 27 de septiembre. En el ámbito supranacional véase las SSTEDH de 5 de junio de 1997 (caso *Lüdi*) y de 6 de septiembre de 1978 (caso *Klass*).

quiera que sea su condición— cuando no aparecen imputados en causa alguna (una afirmación en sentido contrario provocaría un sacrificio desproporcionado del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones). En el supuesto de que no existan datos objetivos sobre la participación de un sujeto en un delito, susceptibles de comunicación a terceros y de comprobación en un proceso penal, es decir, en los casos en que el sujeto no esté imputado, faltarán indicios razonables de su presunta culpabilidad, y, por tanto, no habrá motivo razonable para intervenir sus comunicaciones. Y es que la intervención de las comunicaciones no se puede decidir con fines meramente prospectivos, es decir, «para ver qué pasa y no porque en realidad se pueda decir que ha pasado o esté a punto de pasar algo relevante» (36).

Esto es inadmisibles, repito, por desproporcionado, en el marco de una actuación de consecuencias tan graves como es la relativa a la limitación de derechos fundamentales y éste es, sin embargo, un vicio —gravísimo, en mi opinión— en el que incurrió el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción de Madrid. La intervención de las comunicaciones que decidió, y su prórroga, se autorizó de una forma genérica absolutamente incompatible con la restricción de derechos fundamentales. El Magistrado autorizó las escuchas respecto de las comunicaciones mantenidas por todos los letrados con los internos Francisco Correa, Pablo Crespo y Antoine Sánchez, sin establecer distinción alguna al respecto, es decir, con independencia de que los letrados se encontraran o no imputados en la causa. Y ya he dicho que no resulta posible limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de personas no imputadas, es decir, sobre las que no existan indicios razonables de responsabilidad criminal.

C) *¿Cuál puede ser el alcance de la declaración de ilegalidad de las escuchas y la consiguiente nulidad de las pruebas obtenidas a su través?*

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid planteó también el problema, ya conocido, sobre cuáles pueden ser las consecuencias que la declaración de ilicitud de unas escuchas, y su consiguiente nulidad, pueden ocasionar para el resto de la actividad instructora, obligándonos de esta forma a reflexionar, de nuevo, sobre el alcance de la nulidad de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales.

(36) ANDRÉS IBÁÑEZ (2005): 20.

Como sabemos, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial excluye que las denominadas pruebas ilícitas, esto es, las obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, tengan valor probatorio (37) [aunque ello se produzca en perjuicio de las exigencias procesales de averiguación de la verdad (38)].

El fundamento de esta regla de la exclusión de la prueba ilícita se encuentra en el derecho a un proceso con todas las garantías y tiene que ver con la existencia de una cierta ideología jurídica que pone el acento, no tanto en la finalidad práctica del proceso, en virtud de la cual se trata de resolver definitivamente el conflicto garantizando así la paz social, sino, fundamentalmente, en la imperiosa necesidad de preservar determinados bienes constitucionales. Se trata de una regla propia de un proceso de inspiración liberal-democrática. En efecto, frente a modalidades procesales de inspiración inquisitiva, que ignoran otro criterio de valor que el representado por el éxito de la investigación a cualquier coste, el proceso de inspiración liberal-democrática considera únicamente valorable el resultado obtenido respetando los derechos fundamentales (39).

Por supuesto, la regla de la exclusión de la prueba ilícita no puede afectar a la validez de aquellos resultados que han sido obtenidos con anterioridad a su ejecución (sencillamente, porque aquí es imposible que exista una conexión de causalidad entre una y otros).

Pero dicha regla, que impide valorar las pruebas directamente obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, puede y debe también impedir considerar procesalmente aquellos resultados que han sido obtenidos indirectamente con ocasión de una actuación lesiva de derechos fundamentales, es decir, aquellos resultados que son el fruto de pruebas lícitamente practicadas a partir de las informaciones obtenidas mediante una prueba ilícita (recordemos que el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial predica la nulidad de las pruebas obtenidas, directa o *indirectamente*, violentando derechos fundamentales, reconociendo, de esta forma, los efectos reflejos de la prueba ilícita) (40). Coincido

(37) El precepto dispone que «[...] No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». La STC 114/1984, de 29 de noviembre, reconocía por primera vez la regla de la exclusión de la prueba ilícita que, en nuestro ordenamiento, se aplica a todo tipo de procesos.

(38) Existen casos en los que admitimos como deber el no decidir atendiendo a la verdad, aun cuando fuera fácilmente accesible, precisamente para respetar un derecho, o para promover bienes o valores elevados, o para ambas cosas a la vez; RAWLS (1996): 253-254.

(39) ANDRÉS IBÁÑEZ (2005): 29.

(40) La exclusión de las pruebas indirectamente obtenidas como consecuencia de la lesión de derechos fundamentales es una manifestación de la teoría de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), tesis formulada por vez primera en *Wong Sun v. United*

con la profesora Gascón Abellán cuando señala que si ello no fuera así quedaría extraordinariamente debilitada su finalidad, consistente en la garantía de los derechos (41). Es decir, la regla de la exclusión de la prueba ilícita impide atribuir efectos probatorios a aquellos resultados que, directa o indirectamente, están conectados causalmente con una actuación lesiva de derechos fundamentales. *Sensu contrario*, y en principio, el resultado de la actividad instructora tendría valor probatorio si dicha relación de causalidad no hubiera existido.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional viene entendiendo, desde su sentencia 81/1998, de 2 de abril, que la existencia de una relación de causalidad, directa o indirecta, entre la lesión y los resultados obtenidos, no resulta suficiente para excluir el valor probatorio procesal de dichos resultados. Será preciso, además, que concurra también una «conexión de antijuridicidad».

En efecto, la artificiosa teoría sobre la conexión de antijuridicidad introducida por nuestro Alto Tribunal a finales de los noventa, ha permitido excepcionar la regla de la exclusión de la prueba ilícita respecto de las pruebas reflejas o derivadas (y sólo excepcionalmente, como veremos, respecto de las pruebas directas) en supuestos en los que, sin embargo, existe una relación de causalidad entre la actuación que ha vulnerado derechos fundamentales y los resultados obtenidos. La actuación lesiva de derechos fundamentales no contagia necesariamente los resultados probatorios con los que está conectada causalmente. La ilicitud se contagia —permítanme que me exprese en estos términos que, por otra parte, ha utilizado el propio Tribunal Constitucional— cuando, junto a esa relación de causalidad, existe una conexión de antijuridicidad.

Según el Tribunal Constitucional, a pesar de la existencia de una relación de causalidad entre la prueba obtenida y la vulneración de uno o varios derechos fundamentales, cabría utilizar procesalmente dicha prueba en dos supuestos: a) Cuando la prueba derivada fuera jurídicamente ajena (o independiente de)

States, 371 US 471 (1963). En España, la construcción jurisprudencial de esta regla comenzó en la STC 114/1984, de 20 de noviembre, y, en la actualidad, muchos de nuestros autores defienden la nulidad probatoria de los resultados obtenidos violentando de forma indirecta derechos fundamentales. Entre otros, LÓPEZ YAGÜES (2003): 468; DÍAZ CABIALE, J. A., y MARTÍN MORALES (2001); NOYA FERREIRO (2000): 298; GIMENO SENDRA (1999): 420 y 2292, respectivamente; FERNÁNDEZ ENTRALGO (1996): 96; DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ (1996): 1721-1722; CLIMENT DURÁN (1991): 2253-2254; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (1990): 340; ASENSIO MELLADO (1989): 89; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (1989): 116. Frente a ellos, existen otros que se manifiestan en contra del efecto reflejo de la prueba ilícita y que sostienen que el derecho a la prueba obliga a sostener un concepto restrictivo de la prueba ilícita que excluiría su existencia en los casos de atentados indirectos contra las normas de derechos fundamentales; en este sentido, por ejemplo, RAMOS RUBIO (2000): 21; PASTOR BORGOÑÓN (1986): 360-362; PICÓ I JUNOY (1997): 1873-1875.

(41) GASCÓN ABELLÁN (2005): 77.

la vulneración del derecho, hecho éste que el Alto Tribunal ha entendido que concurre cuando la prueba podría haber sido obtenida lícitamente a través de un medio distinto y con independencia de la existencia de dicha lesión (42), o en los supuestos de declaración autoincriminatoria vinculada a una acción directamente lesiva de derechos fundamentales (43). Dichas declaraciones autoincriminatorias se admiten como prueba si se han realizado con las garantías constitucionales que permiten afirmar su espontaneidad y voluntariedad y porque se entiende que la admisión voluntaria de los hechos no puede considerarse un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental (perspectiva interna). *b)* Cuando no existe una necesidad imperiosa de proteger el derecho fundamental afectado porque la lesión que ha sufrido no se pueda considerar grave, o porque no se haya producido con intencionalidad o negligencia grave y no parezca preciso, por tanto, disuadir al poder público respecto de la realización de este tipo de conductas (perspectiva externa) (44). Esta segunda

(42) El Tribunal Constitucional ha admitido la posible independencia y validez de la diligencia de entrada y registro, y de las evidencias obtenidas en ella, respecto de las intervenciones telefónicas ilícitas si las mismas se pudiesen haber obtenido de un modo lícito por el órgano judicial, de haber éste sido consciente de la lesión de un derecho fundamental (SSTC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 10; 49/1999, de 5 de abril, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4). En todo caso, dicha excepción se aplicó por vez primera en la STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 5, en un supuesto en el que se ratificó el valor procesal de determinadas pruebas (ocupación de la droga y declaración testifical de los guardias civiles que la llevaron a cabo) derivadas de una intervención telefónica inconstitucional previa; un asunto parecido se resolvió en la STC 239/1999, de 20 de diciembre, FJ 3. La crítica, fundamentalmente por el carácter hipotético del juicio que debe realizar el órgano judicial al respecto, en GASCÓN ABELLÁN (2005): 83; DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES (2002): 47; DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES (2001): 88; SALAS CALERO (2002).

(43) En realidad, en muchos de estos casos, estamos ante la utilización de la excepción del nexo causal atenuado. Conforme a la misma, la relación de causalidad, aunque exista, no presenta una entidad tal que sea suficiente para rechazar el valor probatorio de ciertos resultados que, no obstante ello, sí aparecen vinculados a la ejecución de la prueba ilícita. El principal supuesto en el que se utiliza la excepción de la conexión causal atenuada es el de la confesión voluntaria, que se produce tras la práctica de una prueba ilícita (el sujeto confiesa tras un registro domiciliario ilícito cuyos resultados, por tanto, no pueden alcanzar valor probatorio —STC 136/2000, de 29 de mayo, FJ 8—). Véanse, al respecto, las SSTC 86/1995, de 6 de junio, FJ 4; 161/1999, FJ 4; 239/1999, de 20 de diciembre, FFJJ 8 y 9; 8/2000, de 17 de enero, FJ 3; 66/2009, de 9 de marzo, FFJJ 4, 5 y 6. Críticos con dicha excepción se muestran GASCÓN ABELLÁN (2005): 82; MIRANDA ENTRAMPES (2003): 57 y sigs.; DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES (2002): 42; ANDRÉS IBÁÑEZ (1993): 240.

(44) SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 6.º; 239/1999, de 20 de diciembre, FJ 3. En todo, con consecuencias prácticas para el caso concreto, el Tribunal Constitucional ha introducido la excepción de la buena fe en España en la STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 10. El Tribunal Constitucional declara inconstitucional un registro domiciliario efectuado sin que se tratase de un caso de delito flagrante, sin mediar autorización judicial y sin consentimiento del recurrente en amparo. La

perspectiva, como con acierto ha afirmado la doctrina, nos acercaría a la tesis norteamericana del *deterrent effect*, en virtud de la cual la exclusión de la fuerza probatoria de una prueba ilícita, esto es, obtenida violentando derechos fundamentales, quedará condicionada por la necesidad existente de disuadir al poder público respecto de la comisión de determinado tipo de actos (45). Ambas perspectivas de la regla de la conexión de antijuridicidad (interna y externa) son complementarias, pues sólo si la prueba —casi siempre refleja— resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima (46).

El resultado: La conexión de antijuridicidad ha convertido en difícilmente previsible la actuación de los tribunales en este ámbito afectando de forma negativa a uno de los principios básicos del Estado de Derecho: El principio de seguridad jurídica. Pero, con todo, lo más grave es que la construcción ha provocado, tal y como ha demostrado la profesora Gascón Abellán, un debilitamiento de la regla de la exclusión de la prueba ilícita que pone en peligro su finalidad última: La garantía de los derechos, algo especialmente grave y preocupante en los casos —aunque parece que excepcionalísimos— en los que dicha construcción se ha utilizado para atribuir valor probatorio a pruebas ilícitas directas (47).

policía judicial había actuado con el consentimiento de su mujer e hijo mientras él se encontraba detenido en comisaría. En concreto, el Alto Tribunal entiende que se ha producido una lesión en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio porque el consentimiento de su titular no puede prestarse válidamente por quien se halla, y éste era el caso, en una situación de contraposición de intereses. Sin embargo, reconoce procesalmente valor probatorio a los resultados obtenidos como consecuencia de esta acción ilícita (vulneradora de los derechos fundamentales) al entender que no había concurrido dolo ni culpa en la actuación de la policía, la cual, de buena fe, pensaba obrar con pleno respeto al derecho constitucional en la medida en que contaba con la autorización de la esposa. Así pues, según el Tribunal Constitucional, la necesidad de tutela del derecho no resulta necesaria en la medida en que no es preciso disuadir al poder público respecto de la comisión de determinado tipo de actos. Además, una actuación respetuosa con el derecho fundamental (mediando la correspondiente autorización judicial) habría conducido, sin duda alguna, al mismo resultado. En cualquier caso, creo que estamos ante una aplicación *excepcional* por parte de nuestro Tribunal Constitucional del supuesto de la buena fe como excepción a la regla de la exclusión de la prueba ilícita. Y es que, en este caso, la acción policial responde a un déficit en el estado de la interpretación del ordenamiento que compete resolver a los órganos judiciales, los cuales, hasta ese momento, habían hecho en ocasiones una interpretación del consentimiento en materia domiciliaria que habría permitido entender a la policía que su acción gozaba de cobertura constitucional.

(45) GASCÓN ABELLÁN (2005): 80; RODRÍGUEZ RUIZ (1999): 332; MIRANDA ENTRAMPES (2003): 54.

(46) Entre las últimas, STC 66/2009, de 9 de marzo, FJ 4.

(47) Lo cierto es que se viene produciendo un progresivo y peligroso debilitamiento de la regla de la exclusión de la prueba ilícita, que se empieza a inaplicar en algunos supuestos de prueba

D) *¿Es posible exigir responsabilidad penal al juez o magistrado que autoriza unas escuchas de las comunicaciones habidas entre los internos en establecimiento penitenciario y sus representantes legales?*

Finalmente, la intervención de las comunicaciones de la trama *Gürtel* también ha planteado un problema de responsabilidad judicial en la medida en que el magistrado que autorizó las escuchas ha sido acusado de prevaricación, es decir, de dictar una resolución injusta (consistente en una interceptación ilegal de las comunicaciones). La pregunta sería: ¿Cuál es el grado de responsabilidad por el ejercicio de la función jurisdiccional propiamente dicha que resulta compatible con el status constitucional de juez independiente (48)?

Pues bien, lo cierto es que la sujeción del juez a criterios de racionalidad en el momento de la valoración de la prueba y al ordenamiento jurídico en la resolución del conflicto jurídico es un deber constitucional. El juez, en principio, es responsable por el ejercicio de una jurisdicción racional y *secundum legem*. Y es que el reconocimiento efectivo del principio de independencia judicial no tiene por qué venir siempre acompañado de una valoración racional de la prueba ni de una decisión imparcial *secundum legem*, y, por consiguiente, la actuación judicial ajena a criterios de racionalidad y/o al ordenamiento jurídico debe generar, en línea de principio, la responsabilidad del juzgador (49).

ilícita derivada, pero también, lo cual es especialmente grave, en algún supuesto de pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales (supuesto de la buena fe policial introducido por la STC 22/2003); GASCÓN ABELLÁN (2005): 80 y sigs.

(48) Un análisis sobre la responsabilidad personal del juzgador, y sus distintos modos de expresión —penal, civil y disciplinario— en el ordenamiento jurídico español, puede consultarse en DELGADO DEL RINCÓN, (2002), o, más recientemente, en QUINTANA CARRETERO y otros (2008).

(49) Como señala MONTERO AROCA, «un Estado democrático es algo más que un Estado en el que se celebran elecciones periódicamente, es un Estado en el que todos los titulares de cualquier poder aceptan ser controlados porque saben que ese poder no es ilimitado. En ese Estado existe un reparto de papeles que todos asumen con responsabilidad»; MONTERO AROCA (1988): 112. El artículo 9.3 de la Constitución española garantiza, entre otros, el principio de responsabilidad refiriéndose a todos los poderes públicos, concepto este último genérico que «incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo» (STC 35/1985, de 11 de mayo, FJ 3). Este principio genérico de responsabilidad de los poderes públicos se concreta, para el caso de jueces y magistrados, en el artículo 117.1 de la Constitución española, que apela a la responsabilidad personal del portador de la función jurisdiccional.

Sin embargo, la posibilidad de hablar de varias soluciones fácticas e interpretativas aplicables a un mismo supuesto jurídico (50), y la discrecionalidad de la que «disfrutan» los jueces y magistrados en virtud del principio de la independencia judicial para elegir, entre ellas, la que consideren más correcta, complica extraordinariamente la tarea de discernir dónde están los límites a partir de cuya transgresión se puede atribuir una responsabilidad al operador jurídico por incumplimiento de la racionalidad en la valoración de la prueba y/o el juicio *secundum legem*, si bien no es posible objetar absolutamente nada cuando se afirma que, sobrepasados determinados límites lógicos en la actividad valorativa e interpretativa que realizan, su responsabilidad se concilia con el principio de independencia judicial.

En el ordenamiento jurídico-español, el único tipo que sanciona el ejercicio incorrecto de la función jurisdiccional es el de prevaricación (únicamente en este supuesto estamos ante infracciones delictivas del deber de imparcialidad *secundum legem* que integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española y del deber de racionalidad en el examen del material probatorio). Por consiguiente, el bien jurídico protegido es el desarrollo correcto de la función jurisdiccional que implica, por una parte, que el momento probatorio se debe adecuar a determinados cánones de racionalidad, y, por otra, que el momento de la resolución del conflicto se debe producir *secundum legem* (51). En concreto, el artículo 446 del Código Penal (52) castiga

(50) La posición dominante sobre la interpretación judicial en la actualidad —en mi opinión, también la más convincente— arranca de un positivismo moderado que defiende una tesis intermedia o ecléctica del razonamiento judicial. Conforme a ésta, la interpretación consiste en una actividad mixta con componentes de lógica-deductiva (en tanto en cuanto la decisión del juez aparece predeterminada por el Derecho existente y el juez la descubre) pero también normativos o de creación del Derecho propiamente dicho (en tanto en cuanto la decisión del juez no aparece *completamente* predeterminada por el Derecho existente). Y es que resulta evidente que el Derecho ni es completo, ni es coherente y que deja parcelas abiertas (por mínima que éstas sean) a la subjetividad del intérprete. Nos encontramos, en la actualidad, ante un sistema de la decisión judicial racional y legal que, frente a las ideologías de la decisión judicial vinculada de los sistemas positivistas puros, en los que el operador no aporta nada, y de la decisión judicial libre de las corrientes antiformalistas, en las que el operador lo aporta todo, implica el reconocimiento de la discrecionalidad judicial, y, en definitiva, de la necesidad de que los contenidos jurisdiccionales respeten ciertas condiciones de justificación y racionalidad; WROBLEWSKY (1987): 32. Por otra parte, sobre la discrecionalidad del juez en el ámbito de la valoración de la prueba véase GASCÓN ABELLÁN (1999).

(51) Sobre este tema véase GARCÍA ARÁN (1990): 39-55; GÜIDI CLAS (2006). «El delito de prevaricación no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes en el proceso, sino en la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho»; STS de 15 de octubre de 1999, FJ 3, a) [RJ 1990\7176].

(52) El artículo 446 del Código Penal establece: «El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 1.º Con la pena de prisión de uno a cuatro

al juez o magistrado que dicta sentencia o resolución injusta a sabiendas. El tipo exige así que concurren el elemento objetivo, esto es, la acción de dictar resolución injusta, y el tipo subjetivo, es decir, que la acción sea cometida «a sabiendas». El delito se comete cuando se produce, de forma consciente y voluntaria, un apartamiento del Derecho o de los criterios de racionalidad en la valoración del resultado probatorio. Por su parte, el artículo 447 del Código Penal (53) sanciona al juez o magistrado que dicta sentencia o resolución manifiestamente injusta por imprudencia grave o ignorancia inexcusable, esto es, sin intención pero con la falta de la más elemental diligencia, cuidado y preocupación profesional que son exigibles a un juez.

En los dos tipos, la discrecionalidad del modelo actual de la decisión judicial racional y legal permite concluir que la resolución injusta —esto es, ajena a los principios de racionalidad y/o legalidad— sólo se produce cuando su irracionalidad normativa o probatoria resulta manifiesta (54). A mi juicio, no cabe otra alternativa. Las diversas posibilidades interpretativas que ofrece el ordenamiento jurídico y las diversas posibilidades valorativas que ofrece el material probatorio, y la independencia del juez para optar por la que considere más correcta, nos obliga a admitir la tesis de que sólo en los casos de palmaria ilegalidad e irracionalidad, cuando la decisión judicial no es justificable de ninguna forma y concurre el elemento subjetivo del dolo o la ignorancia inexcusable, estamos ante la prevaricación prevista, bien en el artículo 446.1, bien en el artículo 447 del Código Penal. Es decir, en ambos casos de prevaricación, es preciso, para sancionar, que no exista ningún argumento racional o jurídico razonable para sustentar la decisión. La injusticia siempre deberá aparecer de forma clara. Por otra parte, la naturaleza manifiesta de dicha situación dependerá del grado con el que la decisión aparezca predeterminada por las normas aplicables al caso y de la claridad del material probatorio. Es cierto que esta tesis complica extraordinariamente la decisión de los casos de responsabilidad penal del juzgador por ejer-

años si se trata de sentencia injusta contra reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. 2.º Con la pena de multa de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta. 3.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injusta».

(53) El artículo 447 del Código Penal establece: «El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

(54) La jurisprudencia al respecto de la Sala Penal del Tribunal Supremo es mucha. Como ejemplo véase la STS de 15 de octubre de 1999 (RJ 1999\7176).

cicio incorrecto (doloso o imprudente) de la función jurisdiccional. Sin embargo, la garantía del principio de independencia judicial impone su utilización.

Especialmente complicada resulta tomar una decisión al respecto en los supuestos de interceptación de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales, si bien, parece muy poco probable —y es lógico que así sea— que pueda prosperar una acusación de prevaricación como la que pesa sobre el Magistrado Instructor que autorizó las escuchas en el caso *Gürtel*. La insuficiencia, ambigüedad y complejidad normativa de la regulación española sobre la intervención de las comunicaciones en general, y más específicamente, sobre la intervención de las comunicaciones de los internos en un establecimiento penitenciario con sus representantes legales, difícilmente pueden llevar a concluir que, en este caso, se ha producido —cualquiera que sea el tipo de prevaricación que se tenga en cuenta (dolosa o culposa grave)— una inobservancia manifiesta del Derecho aplicable. Sin embargo, tampoco creo, como señala Atienza, que la suposición de que el Magistrado Instructor haya prevaricado en este caso sea totalmente ridícula ni que, necesariamente, en todos los casos, responda a motivos inconfesables (55). Y es que una lectura de los Autos dictados por el Magistrado Instructor en este asunto pone de manifiesto la existencia de un error gravísimo en su autorización si atendemos a la doctrina jurisprudencial consolidada tanto por parte del Tribunal Constitucional (cuyas resoluciones, no lo olvidemos, constituyen fuente del Derecho), como por parte del Tribunal Supremo. A saber: La intervención de las comunicaciones se decide de forma genérica afectando a todos los abogados de la causa, aparezcan o no imputados en la misma, y, por tanto, con una finalidad meramente prospectiva.

III. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1993): «La función de las garantías en la actividad probatoria», *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid.
- (2005): «Las garantías del imputado en el proceso penal», *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 6.
- ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio (2009): «Sobre la intervención de comunicaciones entre los internos y sus abogados en el ámbito penitenciario», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 788.
- ASENCIO MELLADO, José María (1989): *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Trivium.

(55) ATIENZA (2010): 1.

- ATIENZA, Manuel (2010): «El caso Gürtel y la objetividad del derecho», *Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 31.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (1998): «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique (1998): «El derecho al secreto de las comunicaciones», *Anuario. Parlamento y Constitución*, núm. 2.
- CARRASCO PERERA, Ángel (1984): «El «juicio de razonabilidad» en la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11.
- CLIMENT DURÁN, Carlos (1991): «Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida», *Revista General del Derecho*, núm. 559.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban (2002): *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, CEPC.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio, y MARTÍN MORALES, Ricardo (2001): *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, ed. Civitas.
- (2002): «La teoría de la conexión de antijuridicidad», *Jueces para la Democracia*, núm. 43.
- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, María Isabel (1996): «Escuchas telefónicas: Planteamiento práctico desde la perspectiva jurisprudencial», *Revista General del Derecho*, núm. 618.
- ELVIRA PERALES, Ascensión (2005): «El derecho al secreto de las comunicaciones a golpe de jurisprudencia», *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, Cortes Generales, CEPC, Universitat de Barcelona y Ajuntament de Mollet del Vallés.
- (2007): *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Madrid, Iustel.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús (1996): «Las reglas del juego: prohibido hacer trampas», *La prueba en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes (1990): *La prevaricación judicial*, Madrid, Tecnos.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos (1982): *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2.^a ed., Madrid, Civitas.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (1999): *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.
- (2005): «¿Freedom of Proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de la exclusión de la prueba ilícita», *Jueces para la Democracia*, núm. 52.
- GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (1999): *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus (2003): *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Thomson/Aranzadi.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (1990): *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales*, Madrid, Colex.
- GÜIDI CLAS, Elisa María (2006): *La prevaricación judicial en España y en el derecho comparado*, Barcelona, Bosch.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1987): «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9.

- (1983): «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (1986): *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, Akal.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica (2003): *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel (1994): «La injerencia de la Administración Penitenciaria en las comunicaciones del interno con su abogado. (A propósito del Auto de la Audiencia Nacional de 20-12-1993)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 47.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (2000): *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, Madrid, Tecnos.
- MARTÍN MORALES, Ricardo (1995): *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas.
- MIRANDA ENTRAMPES, Manuel (2003): «La regla de la exclusión de la prueba ilícita: Historia de su nacimiento y de su progresiva limitación», *Jueces para la Democracia*, núm. 47.
- MONTERO AROCA, Juan (1988): *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch.
- NOYA FERREIRO, María Lourdes (2000): *La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- OSSORIO, Ángel (1978): *El alma de la toga*, Buenos Aires.
- PASTOR BORGOÑÓN, Blanca (1986): «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», *Revista Justicia*, núm. 2.
- PICÓ I JUNOY, Joan (1997): «Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas», *Revista La Ley*, Diario 4213, de 23 de enero.
- QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro, y otros (2008): *La responsabilidad personal del juez*, Navarra, Thomson-Civitas.
- RAMOS RUBIO, Carlos (2000): «La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia», *Manuales de Formación Continuada. La prueba en el proceso penal*, núm. 12.
- RAWLS, John (1996): *El liberalismo político*, trad. de A. Doménech, Barcelona, Crítica.
- REVIRIEGO PICÓN, Fernando (2005): «El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios: Comunicaciones escritas “entre” reclusos», *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 26.
- REVIRIEGO PICÓN, F., y BRAGE CAMAZANO, J. (2010): «Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus Letrados», *Revista Europea de Derecho Fundamentales*, núm. 16.
- RIVES SEVA, Antonio Pablo (2010): *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*, Barcelona, Bosch.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (1999): «El coste de los derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (1997): *El secreto de las comunicaciones: Tecnología e intimidad*, Madrid, MacGraw-Hill.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1999): «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31.

- SALAS CALERO, Luis (2002): «Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: Problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el derecho procesal de los Estados Unidos», *Revista del Poder Judicial*, núm. 66.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy (1993): «Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas; en espera de una regulación parlamentaria del tema», *Revista Actualidad Penal*, núm. 18.
- WROBLEWSKY, Jerzy (1987): «Theoretical and Ideological Problems of Judicial Independence», *Los jueces en una sociedad democrática*, coord. Juan Igartua Salaverría, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública.

RESUMEN

El debate sobre la posibilidad de limitar, interceptando, las comunicaciones habidas entre los Abogados y sus clientes internos en establecimiento penitenciario, ha recuperado protagonismo en nuestro país como consecuencia de la interceptación de las comunicaciones autorizadas por Baltasar Garzón en el conocido *caso Gürtel*. Este artículo tiene como objetivo analizar, tomando como referencia este supuesto, los interrogantes jurídicos más importantes que plantea este tema. En primer lugar, identificaremos cuál es la norma aplicable a los supuestos de interceptación de este tipo de comunicaciones y nos pronunciaremos sobre su interpretación. En segundo lugar, analizaremos qué consecuencias puede producir la ilegalidad de la interceptación sobre las pruebas, directas o derivadas, obtenidas a su través. Y, finalmente, resolveremos si es posible castigar penalmente al juez que ha autorizado una interceptación de estas características.

PALABRAS CLAVE: interceptación; comunicaciones; abogados; prisioneros.

ABSTRACT

The debate on the possibility of limiting, intercepting, the communications between lawyers and their clients in prison has recovered protagonism in our country as a result of the interception of communications authorized by Baltasar Garzón in the well-known *Gürtel case*. The aim of this article is to analyze, with regard to this case, the most important legal questions raised by this issue. Firstly, we will identify which one is the law applicable to the interception of communications between lawyers and their clients in prison and which one is its interpretation. Secondly, we will analyze what consequences can produce the illegality of the interception on the evidences obtained through it. And, finally, we will answer if it is possible to punish the judge who has authorized this kind of interception.

KEY WORDS: interception; communications; lawyers; prisoners.

