

EDJ 1995/629

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 6-3-1995, nº 245/1995, rec. 579/94

Pte: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel

Comentada en "Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones del abogado con su cliente: límites al derecho de defensa"

Resumen

Interponen recursos la acusación popular, Asociación Víctimas del Terrorismo, y el MF, contra sentencia de absolvió al Abogado procesado del delito de colaboración con banda armada. El Tribunal declara que la comunicación mantenida con los presos y que aparece intervenida por acuerdo del Director del Centro penitenciario -mediante grabación en cinta magnetofónica-, medida que por otra parte entiende proporcional, no puede incardinarse en los arts. 51,2 LO 1/1979 y 101 RD 120/1981, y sí en los arts. 51,1 de dicha ley y 90 del citado reglamento, que permiten al Director su intervención, ya que el inculpado, ni era el Abogado defensor del interno, ni había sido llamado expresamente por él, resultando así de inanidad el argumento del auto que denegó la prueba constituída por dicha intervención: que el procesado acompañara a la Letrada para la visita del preso, como si formar parte del séquito le transmutara en Abogado del visitado. También acoge la Sala, y como consecuencia de lo anterior, los motivos referentes a la negativa del presidente del Tribunal sentenciador, partiendo de la nulidad de las grabaciones ahora declaradas válidas, a que los testigos contestaran a las preguntas que les formularon las partes acusadoras, así como a la denegación de la prueba pericial. Por todo ello el Tribunal estima parcialmente los recursos -por quebrantamiento de forma-, anulando la sentencia impugnada y retrotrayendo las actuaciones al momento de citación a nuevo juicio oral.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 1/1979 de 26 septiembre 1979. General Penitenciaria
art.51.2

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.18.3

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ABOGADOS

CONCEPTUACIÓN GENERAL

ACCIÓN PENAL

ACCIÓN POPULAR

EJERCICIO POR EL MINISTERIO FISCAL

ASOCIACIÓN ILÍCITA

BANDAS ARMADAS

Actos de colaboración

Proceso penal

RECURSO DE CASACIÓN

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA

Denegación de prueba

De testigos

Desestimación de pregunta pertinente o negativa a que el testigo responda

De peritos

Estimada procedente

SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

En general

TERRORISMO

SIN PERTENENCIA A BANDA ARMADA, MISMA FINALIDAD

FICHA TÉCNICA

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.51.2 de LO 1/1979 de 26 septiembre 1979. General Penitenciaria

Aplica art.18.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD 120/1981 de 16 enero 1981. Importaciones de Alcoholes Etílicos Totalmente Desnaturalizados

Cita art.793.2, art.849.2, art.850, art.899.2 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Bibliografía

Comentada en "Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones del abogado con su cliente: límites al derecho de defensa"

Citada en "Límites al derecho de defensa: intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente"

En la Villa de Madrid, a seis de marzo de mil novecientos noventa y cinco. En los recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley que ante Nos penden, interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y la ASOCIACION DE VICTIMAS DEL TERRORISMO, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, que absolvió a José Miguel del delito de colaboración con banda armada del que venía siendo acusado por la acusación oficial y popular, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, siendo también parte como recurrido José Miguel, estando dicha acusación popular representada por la Procuradora Sra. Sobrino García, y dicho recurrido por el Procurador Sr. De Dorremochea Aramburu.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 2 instruyó Procedimiento Abreviado con el número 14/93 contra José Miguel, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional, que, con fecha 10 de febrero de 1994, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados: HECHOS PROBADOS:

"1. Se considera probado y así se declara que el acusado José Miguel, en las primeras horas de la tarde del día 12 de enero de 1993, se personó en su condición de abogado, junto con otra letrada, en el establecimiento penitenciario Madrid-II, sito en la carretera de Meco, en Alcalá de Henares, y tras la formalización documental de la visita, presentando al efecto oficio del Decano del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, en solicitud de autorización para entrevistarse el letrado de dicho Colegio José Miguel, por razón de su intervención profesional en el caso respectivo con los internos Juan Lorenzo, Isidro, Henri, Juan María y Juan Carlos; se entrevistó en una de las cabinas del locutorio de abogados, con el interno Juan Lorenzo, mientras que su compañera letrada lo hacía en otra de las cabinas del mismo locutorio, con otros internos, hasta que, en un momento no precisado, se reunieron en el lado del locutorio correspondiente a internos, los que lo eran: Ignacio, Joseba y Esteban, permaneciendo José Miguel, en el lugar a él correspondiente, en la misma cabina, acompañado de la letrada. Tras un rato de conversación conjunta, la letrada y Esteban se trasladaron a otra cabina, permaneciendo en la anterior, y en sus respectivos lados, José Miguel, Ignacio y Joseba, sosteniendo todos una conversación que fue intervenida y grabada por el Director accidental -Subdirector- del Centro, y que se prolongó durante una hora y media.

2. No ha quedado acreditado el contenido de dicha conversación.

3. No ha quedado acreditado que el acusado, durante la citada conversación, profiriese las siguientes frases: "...se intenta trasladar el enfrentamiento a Santander y arriesgar el tipo de quien se traslada allí por primera vez en la historia e intenta colocar un aparato para que salga bien, le pega, pero le pega mal y caen tres paisanos. Frente a que no cae una furgoneta, es decir, se arriesga un seguimiento, un control, un colocar, un esto, una infraestructura, un no se qué... Yo analizo el sumario, porque eso está en el sumario R. En cambio, no arrestan a El Tirillas. ¿Quién se acuerda del Tirillas?, pero eso sí es efectivo, y el Tirillas no va a tener escape, seguro, porque no puede tener 200 tios en esta órbita, no lo puede tener. Ni 700, que serían objetivos selectivos pues hay unos 2.000 funcionarios y no puede tener arcas suficientes el Estado para garantizar a todos..." "Siempre he estado de acuerdo porque ya te digo que nos hemos cansado de transmitir lo de El Tirillas; es el Carrero Blanco de los años 90. Lo ha sido y se ha aprovechado ese como lo es Manuel... mientras que por otro lado nos desgastan y nos meten caña de tal forma que aparenta ser una derrota imparable del propio movimiento. Por lo tanto si tu abundas en esa historia, si tu abundas en eso, aunque sea de forma indirecta y no consciente, la estás cagando, la estás cagando evidentemente porque además si nos están diciendo y lo tenemos que mirar con L. y con la propia situación tuya que estamos comentando, nos están diciendo que en el 91 quieren darles culetazo final a esa política de ruptura del colectivo que nosotros hemos podido facilitar..." "...estamos aburridos, aburridos. Ya no sabemos lo que hacer, si repetirlo 4 veces para que con 4 veces lo comprendan, que no vale sólo mandar una cartita que la desactivan en el patio..."

4. A la fecha de los hechos el acusado era mayor de edad y carecía de antecedentes penales."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"1. Se absuelve al acusado José Miguel de la acusación contra él ejercida en la presente causa por el Ministerio Fiscal y la Asociación Víctimas del Terrorismo, en el ejercicio de la acción popular, de los delitos a que se refieren, ya razonados, sin imposición de costas.

2. Firme que sea la presente, canceléense cuantas trabas o embargos se hubieran practicado por razón de esta causa.

3. Notifíquese a las partes la presente sentencia, en legal forma, haciéndoles saber expresamente que no es firme, pues contra ella pueden interponer recurso de casación para ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la última notificación de la presente resolución."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon sendos recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por el MINISTERIO FISCAL y la ASOCIACION VICTIMAS DEL TERRORISMO, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, que se basan en los siguientes motivos de casación: Recurso del Ministerio Fiscal.

Primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850,1º de la LECr. EDL 1882/1 , al denegar la Sala de instancia la prueba constituida por la grabación en cinta magnetofónica y su transcripción, correspondientes a la conversación del acusado en el locutorio del Centro Penitenciario Madrid II., así como cualquier otra prueba que traiga causa directa o indirecta de la misma.

Segundo.- Por la misma vía que el anterior, art. 850 de la LECr. EDL 1882/1 , del que es complementario, si bien en su núm. 3, por negativa del Presidente del Tribunal a que los testigos contesten a las preguntas que se expresaron y recogieron en el acto del juicio oral y se reprodujeron en el escrito de preparación del recurso, dándolas aquí por expresamente reproducidas. Al considerar la Audiencia nula la prueba de grabación, denegó cualquier otra que tuviera causa directa o indirecta de aquella de modo que, si se estima que dicha prueba no era nula, resultará igualmente la improcedencia de tal denegación.

Tercero.- Por el cauce del art. 850,4 de la LECr. EDL 1882/1 , y como complementario del anterior, por denegación de preguntas al acusado.

Cuarto.- Por el mismo cauce que el anterior, complementario de los tres precedentes, por denegación de prueba pericial. Recurso interpuesto por la representación de Asociación Víctimas del Terrorismo:

Primero.- Por quebrantamiento de forma, acogido al art. 850,1º de la LECr. EDL 1882/1 , en relación con el art. 659 de la misma Ley, por denegación de prueba consistente en la audición de la grabación de la conversación mantenida por los internos de ETA con el inculcado en el Centro Penitenciario Madrid II.

Segundo.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850,3 de la LECr. EDL 1882/1 , en relación con el art. 702 de la misma Ley por negarse el Tribunal Juzgador a que los testigos contestaran a las preguntas formuladas por nuestra parte, y que reproducimos en el recurso.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma acogido al art. 850,4º de la LECr. EDL 1882/1 , por declarar el Tribunal sentenciador la impertinencia de las preguntas que figuran en el recurso.

Cuarto.- Por infracción de Ley del art. 849,2º de la LECr. EDL 1882/1 , por entender existe error de hecho en las resoluciones recurridas.

CUARTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, apoyó sus tres primeros motivos, al ser coincidentes con los postulados en el mismo orden, por el recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

La Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Hecho el señalamiento para la Vista, se celebró la misma el día 13 de febrero. Mantuvo el recurso el Letrado recurrente D. Pedro Carración Cañas quien sostuvo su recurso, ratificándose y pasando a informar sobre sus motivos. El Letrado recurrido D. Pedro María Landa Fernández se opuso a los dos recursos formulados pasando a informar.

El Ministerio Fiscal se ratificó en su escrito de formalización remitiéndose a él e informando sobre su contenido.

SEXTO.- En la tramitación de este recurso se han observado todas las prescripciones de ley, excepto en el plazo para dictar sentencia por las razones que constan en el proveído dictado a tal fin por esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Se alzan contra el fallo absolutorio dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 1994, en causa seguida a José Miguel por colaboración con banda armada o, alternativamente, como pertenencia a banda armada, los recursos de casación interpuestos por las acusaciones oficial y popular.

El recurso de esta última acusación, "Asociación del Víctimas del Terrorismo" constituye un recurso de casación de carácter mixto, de quebrantamiento de forma -motivos primero a tercero, ambos inclusive- y de infracción de Ley -motivo cuarto y último-.

En cuanto al recurso del Ministerio Fiscal se articula en cuatro motivos, todos de quebrantamiento de forma. Existe, sin embargo, una coincidencia parcial en ambos recursos, pese a la peculiar fundamentación de cada uno, ya que los tres primeros motivos de tales recursos son coincidentes y ello permite un examen conjunto de ellos en su parte común, para continuar después con el examen del último del Ministerio Fiscal, y examinar, en su caso, el único motivo de infracción de Ley articulado por la acusación popular.

En realidad, los cuatro motivos "pro forma" de dicha acusación pública presentan como cuestión previa y determinante la constitucionalidad de la intervención de las conversaciones decretada por el Director del Centro Penitenciario.

I.- MOTIVOS DE QUEBRANTAMIENTO DE FORMA.

PRIMERO.- El primer motivo de ambos recursos se acoge al cauce casacional del núm. 1º del art. 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , en relación con el art. 659 del mismo texto legal y denuncia el vicio procesal cometido por la Sala de instancia al haber denegado la prueba constituida por la grabación en cinta magnetofónica, así como su transcripción, correspondientes a la conversación mantenida el día 12 de enero de 1993 por el acusado con los internos, Ignacio y Joseba en el locutorio del Centro Penitenciario Madrid II, sito en Alcalá de Henares, así como cualquier otra prueba que traiga causa directa o indirecta de tal intervención.

Entre las pruebas solicitadas por la acusación popular en su escrito de calificación provisional de 12 de julio de 1993, figuraba bajo los epígrafes "5" y "documental", que en el acto del juicio se procediera a la audición de la cinta magnetofónica conteniente de la grabación de la conversación mantenida por los internos de ETA, Esteban, Ignacio y Joseba, con los Letrados, José Miguel y Aránzazu el día 12 de enero de 1993 en el Centro Penitenciario Madrid II, habilitándose por el Tribunal los oportunos medios para su práctica.

Pese a que el auto de la Sala "a quo" de 7 de octubre de dicho año de 1993 acordó "admitir todas las pruebas propuestas por las partes y asimismo requerir a éstas para que manifestaran su parecer sobre la posibilidad de la práctica anticipada de la prueba documental de audición de cintas, lo que habrían de evacuar en un plazo de cinco días", por auto de dicho Tribunal de 20 de diciembre de 1993, se declaró nula la prueba de grabación y por derivación, se rechazó la práctica de cualquier otra prueba que trajera causa directa o indirecta de tal probanza, declarada nula e ilícita.

A la solicitud de la Sala, manifestó el Fiscal por escrito con data de 13 de octubre de 1993, que la audición de las cintas debiera realizarse en el mismo acto del juicio y, además, a presencia de los funcionarios que las grabaron y de los peritos propuestos, ya que no existía motivo alguno para practicar tal prueba antes de la vista.

La defensa, sin pronunciarse sobre tal cuestión que el Tribunal había planteado a todas las partes, manifestó en su escrito de 15 de octubre del citado año de 1993, que no debieran ser objeto de audición previa, dadas las circunstancias concurrentes en las mencionadas cintas y la posibilidad de que se cuestionase su valor como prueba en el procedimiento. A más de dicho escrito, en el momento de la vista planteó la defensa del acusado y utilizando el trámite preliminar del art. 793,2 de la ley procesal penal EDL 1882/1 , la nulidad de las grabaciones por vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 18,3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 . La Sala a quo, como ya ha quedado recogido, resolvió tal cuestión por auto de 20 de diciembre siguiente.

Tal resolución fue impugnada en súplica por ambas acusaciones, pero tales recursos fueron desestimados por auto de 7 de enero de 1994.

Reanudadas las sesiones del plenario, suspendidas por el Tribunal tras el planteamiento de dicha cuestión por la defensa del acusado, la Asociación de Víctimas del Terrorismo formuló la oportuna reclamación y protesta, mediante escrito de 13 de enero siguiente, dictándose proveído en el siguiente día, teniéndose por formulada la protesta a efectos del recurso de casación.

El Ministerio Fiscal dirigió en el acto del juicio oral sus preguntas a testigos y peritos con la finalidad de acreditar la veracidad de los hechos en que se apoyaba su acusación, pero el Tribunal declaró impertinentes las preguntas formuladas.

Ambas partes recurrentes parten de la supuesta legalidad de las intervenciones practicadas en el establecimiento penitenciario. Este tema de la corrección constitucional o no de las referidas intervenciones decretadas por la autoridad del Centro penitenciario constituye la cuestión fundamental, el "thema decidendi" de esta resolución.

No cabe duda que el auto de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 1993 fue extemporáneo, pues el planteamiento formal de la cuestión que decidió negativamente tal resolución, tuvo lugar en el pódico del juicio oral de un procedimiento abreviado y al amparo del art. 793,2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , que exige dar una respuesta "in actu" y no prescribe que sea desarrollada tardíamente en una resolución motivada y extensa.

Parte dicha resolución, ahora cuestionada por los recursos de casación, de la vulneración del principio fundamental relativo al secreto de las comunicaciones de un Letrado con un preso en un Centro Penitenciario.

La Ley Orgánica 17/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, recoge en su art. 51,5 que "las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo (familiares, amigos, representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, profesionales en lo relacionado con su actividad, Asistentes Sociales y Sacerdotes o Ministros de su religión) podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente". En el número 2 de dicho precepto se incluyen las comunicaciones de los internos con su Abogado defensor (o con el Abogado expresamente llamado en relación con los asuntos penales y con los Procuradores que les representen) y se permite que sean suspendidas o intervenidas por "orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo". El auto de la Sala de instancia de 20 de diciembre de 1993 parte en su fundamento jurídico tercero de la condición de Letrado defensor de Ignacio y Joseba en José Miguel, añadiendo que "no puede presentar dudas, tanto porque así aparece reconocida, no sólo por las autoridades penitenciarias que ordenaron la intervención de su comunicación, sino por los propios datos de hecho, tales como hora, lugar y duración de la entrevista (desde las 18,05 a las 21,30 horas), que así lo confirman". Esta Sala de casación, haciendo uso de la facultad de examinar las actuaciones, que le confiere el art. 899,2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , ha podido comprobar:

1) Que el propio oficio del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya que aportó el acusado en el Centro Penitenciario y que llevaba data de 4 de enero de 1992, era para entrevistarse con los siguientes internos: Juan Lorenzo, Isidro, Henri, Juan María y Juan Carlos (folios 435 y 439 vuelto).

2) Que no interesó entrevistarse con el también preso, Ignacio y comunicó exclusivamente con los internos a que se ha hecho referencia -folio 429-.

3) Que, por el contrario, la que solicitó comunicación con Ignacio y asimismo con Esteban, Antonio, Joseba y Santi, fue la Abogada Aránzazu -folios 436 y 436 vuelto-.

4) Que José Miguel se entrevistó en una de las cabinas del locutorio con el interno Juan Lorenzo, mientras que la Abogada Aránzazu lo hacía en otra de las cabinas del mismo locutorio, con otros internos.

5) Como recoge el propio relato histórico de hechos probados "en un momento no precisado, se reunieron en el lado del locutorio correspondiente a internos, los que lo eran: Ignacio, Joseba y Esteban, permaneciendo José Miguel, en el lugar a él correspondiente en la misma cabina, acompañado de la letrada".

6) Tras un rato de conversación conjunta, la letrada y Esteban se trasladaron a otra cabina, permaneciendo en la anterior, y en sus respectivos lados, José Miguel, Ignacio y Joseba, sosteniendo todos una conversación que fue intervenida y grabada por el Director accidental del Centro y que se prolongó durante una hora y media.

Con tales datos puede concluirse que el acusado, ni era el Abogado defensor del interno Ignacio, ni había sido llamado expresamente por él. Resulta así argumento total de inanidad el recogido en el citado auto, como que acompañara a la Letrada Aránzazu para la visita del mencionado preso, como si por formar parte del séquito le transmutara en Abogado del visitado.

Queda así patentizado que la peculiaridad de estas comunicaciones penitenciarias radica, no sólo en la condición de Abogado en ejercicio del visitante, sino en serlo del interno relacionado o en haber sido llamado especialmente por tal preso o penado.

La consecuencia de ello es que la comunicación mantenida y que aparece intervenida por acuerdo del Director del Centro Penitenciario no puede incardinarse en el art. 51,2 de la mencionada Ley Orgánica 1/1979 EDL 1979/3825 y en el artículo 101 del Reglamento (Real Decreto 120/1981, de 8 de mayo EDL 1981/1849) y sí en el art. 51,1 de la Ley y 90 del citado Reglamento, donde se permite al Director del Establecimiento su intervención.

A cuanto aquí se expresa, no se opone la doctrina del Tribunal Constitucional, pues la reciente sentencia 183/1994, de 20 de junio, en recurso de amparo 587/92 (B.O.E. núm. 177) se refiere al artículo 51,2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y que recoge, precisamente, que no deben confundirse las dos clases de comunicaciones que son de distinta naturaleza y vienen, por ello, a suponer regímenes legales claramente diferenciados. Dice así el principal intérprete de nuestro texto fundamental: "Es evidente, en efecto, que el art. 51 de la L.O.G.P. distingue entre las comunicaciones que podemos calificar de generales, entre el interno y determinada clase de personas -art. 51,1- y las comunicaciones específicas que aquel tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales -art. 51,2-; la primera clase de comunicación viene sometida al régimen general del art. 51,5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas "por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento", según precisa el art. 51,1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del art. 51,2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario". La razón resulta clara y es explicitada por el propio Tribunal Constitucional: la intervención de una conversación de un interno y su Abogado defensor (o el Abogado llamado por aquel) realizada por autoridad administrativa "es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales". Por eso la legislación penitenciaria exige no como alternativas, sino como acumulativas para tal restricción el "supuesto de terrorismo" y "la orden de la autoridad judicial". Pero ello no se exige en los supuestos normales a que se refiere el primer apartado del art. 51, tantas veces citado, donde se atribuye al Director del Centro penitenciario la adopción de tal medida restrictiva de uno de los derechos de la persona consagrado en el art. 18,3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 . Aquí la Ley Orgánica citada, normativa postconstitucional, permite su intervención motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente -art. 51,1- y ello cuando venga impuesto "por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento" (art. 51,1,2°).

El art. 91,1 del Reglamento expresa que se dará cuenta al Juez de Vigilancia, pero entiende esta Sala que una norma de inferior categoría no puede modificar una norma de rango superior, y que la dación de cuenta dependerá de los supuestos normales, que será al Juez de Vigilancia Penitenciaria, de aquellos que descubren un delito en que la cuenta se dará al Juez de Instrucción competente.

SEGUNDO.- Si bien el artículo 18,3 garantiza el secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial, tal precepto debe conjungarse con lo dispuesto en el art. 25,2 que después de recoger para el condenado a pena de prisión el goce de todos los derechos fundamentales del Capítulo, exceptúa los limitados por el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la propia ley penitenciaria.

La citada ley penitenciaria atiende, en primer lugar, a razones de seguridad para decretar tales medidas restrictivas de la libertad de las comunicaciones, pero añade también el interés del tratamiento y al buen orden del establecimiento.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha estimado la violación del art. 8,1 del Convenio cuando la ingerencia resulta necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la defensa del orden y las prevenciones penales -sentencia de 6 de septiembre de 1978, caso K. y otros- o sea, cuando está prevista por la ley y es justificable como necesaria en una sociedad democrática -sentencia de 25 de marzo de 1983, caso S. y otros-.

La Sala de instancia en la censurada resolución plantea la cuestión de la restricción de los derechos de la persona en libertad en su comunicación con la que se halle presa y tiene que reconocer, con cita del caso O. y D., sentencia de 20 de febrero de 1988, que pueden resultar justificadas unas ingerencias de mayor intensidad. El planteamiento de tal tema no supone la limitación de los derechos del sujeto en libertad, sino de éste en un ámbito de peculiares características como es el mundo penitenciario y en la relación intersubjetiva con persona en situación de detenida, presa o condenada.

Hay que destacar, por último, la obligación que pesa sobre el propio Gobierno y en concreto sobre la Administración Penitenciaria de velar por la seguridad de los internos y sobre los propios funcionarios y por ello y en presencia del fenómeno terrorista, la proporcionalidad de la medida resulta evidente. Finalmente, queda por examinar lo referente a la dación de cuenta a la autoridad judicial, que si bien realizada tardíamente -la Ley no impone plazo alguno- y no por el propio Director originador de la restricción de la libertad de comunicaciones, sino por la Subsecretaría del Ministerio, diecisiete días después y a los efectos de participación de la comisión de un

presunto delito, no puede determinar una nulidad de una decisión autorizada por una Ley Orgánica, dentro del ámbito competencial con ponderación y proporcionalidad y participación a la autoridad judicial aunque sea tardíamente.

El motivo debe ser estimado.

TERCERO.- El segundo motivo de ambos recursos se acoge al núm. 3º del art. 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , en relación con el art. 702 del mismo cuerpo legal, por la negativa del presidente del Tribunal a que los testigos contestaran a las preguntas que les formularon las partes acusadoras, oficial y popular.

El motivo tiene que ser estimado, porque la Sala de instancia parte de la nulidad de las grabaciones y dejó el interrogatorio a los testigos reducido a puras cuestiones circunstanciales e irrelevantes, habida cuenta de la licitud y validez de las grabaciones realizadas.

Las preguntas del Ministerio Fiscal dirigidas al Director del Centro Penitenciario pretendían aclarar extremos tan importantes como si la grabación de la conversación fue íntegra o parcial, si se envió copia al Juzgado, y si se remitió también la cinta original, si esa misma tarde se grabó la conversación del acusado y Ignacio o si, por el contrario se grabaron otras conversaciones.

Asimismo las preguntas destinadas a averiguar quien es el "Tirillas" y quien Manuel y si corresponde su identidad con directores de centros penitenciarios no cabe duda que presentan virtualidad en una causa por delito de colaboración con banda armada.

También las preguntas dirigidas a los funcionarios números...9 y...6 pretendían saber la traducción del vascuence al castellano entre el inculpado y Ignacio y el tiempo de realización de este trabajo.

Otro tanto ocurre con las preguntas dirigidas por las acusaciones a Ignacio y Joseba, denegadas por la Presidencia de la Sala de instancia y ello con independencia de la negativa de estos a declarar. Ha existido una clara y patente denegación de prueba sin causa justificada para ello. Las preguntas eran pertinentes y tenían verdadera importancia para el resultado del juicio, por lo que procede estimar el motivo y anular la sentencia dictada por la Sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la forma que más adelante se dirá.

CUARTO.- Por la misma razón y por la vía del núm. 4º del art. 850 de la Ley procesal penal EDL 1882/1 , debe estimarse el motivo tercero de ambas acusaciones con relación a las preguntas dirigidas al acusado y con independencia del derecho que asiste a éste a contestar o no, porque tal derecho no puede cuestionar la pregunta o preguntas en sí, que si son pertinentes y presentaban importancia para el resultado de la causa debieron ser admitidas, y al no hacerlo así el Tribunal de instancia conculcó el derecho reconocido a las partes acusadoras. El motivo debe ser estimado.

QUINTO.- Igual suerte estimatoria ha de correr el motivo cuarto del Ministerio Fiscal referido a la denegación de la prueba pericial.

Los técnicos habían realizado un extenso dictamen en la etapa instructora de la causa con referencia a las cintas grabadas y preguntas dirigidas a los Comandante y Teniente de la Guardia Civil respecto a la grabación y otros extremos relacionados con ella deben reputarse pertinentes y su denegación arbitraria.

RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY

SEXTO.- El último motivo del recurso de la acusación popular se ampara en el núm. 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 y denuncia error de hecho de las resoluciones recurridas, sentencia y auto dictados por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y en base a dos documentos:

- a) El acuerdo del Director del Centro Penitenciario de intervenir las comunicaciones de los internos Esteban y Joseba y el acusado.
- b) El oficio del Secretario General de Asuntos Penitenciarios dirigido al Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, en funciones de guardia, de 29 de enero de 1993, donde se remitió la transcripción de la cinta y que obra al folio 2 de la instrucción.

A juicio de la parte recurrente, de tales documentos se desprende que se ha cumplido lo establecido en el art. 51,2 y 5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

El motivo tiene que decaer forzosamente y no, como suele acontecer de ordinario en la utilización de esta vía casacional, por la ausencia de documento que como llave maestra pueda abrir la vía del "error facti", sino por una razón sustancial. Se citan aquí ciertamente dos documentos literosuficientes, producidos fuera de la causa, obrantes en ella, pero el error que puede demostrar tal prueba documental no es un error de hecho, como prescribe el citado núm. 2º del art. 849 de la Ley procesal penal EDL 1882/1 , sino un error "iuris", error jurídico, de derecho y así lo entiende también el propio Ministerio Fiscal en su escrito de 15 de marzo de 1994.

FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION por quebrantamiento de forma interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y por la acusación popular, y DEBEMOS DECLARAR asimismo NO HABER LUGAR al de infracción de ley de ésta última contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, de fecha 10 de febrero de 1994, en causa seguida a José Miguel, por delito de colaboración con banda armada y en su consecuencia la anulamos y retrotrayendo las actuaciones al momento de citación a nuevo juicio oral, ante Sala distinta de la que denegó tales pruebas, proceda a celebrar de nuevo el juicio y continúe las actuaciones hasta su conclusión. Esperando esta Sala del conocido celo de los componentes de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la más pronta celebración del juicio. Declaramos de oficio las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la COLECCION LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Cotta y Márquez de Prado.- José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.- Manuel García Miguel.

PUBLICACION: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.