

## EDJ 1997/1978

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-4-1997, nº 538/1997, rec. 943/1996

Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido

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

### Resumen

*La sentencia impugnada absolvió a los procesados de un delito de colaboración con banda armada al entender inconstitucionales las grabaciones en que se basaba la acusación para solicitar la condena. La Asociación de víctimas del terrorismo y el MF la recurren, alegando, como principal motivo, la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y a la tutela judicial efectiva, lo cual rechaza la Sala, desestimando su recurso, ya que, aunque las comunicaciones de los internos pueden ser intervenidas dando cuenta a la autoridad judicial competente, e incluso, en delitos de terrorismo, puede aplicarse excepcionalmente dicha limitación del derecho a la comunicación y defensa a las conversaciones entre Abogado y cliente, nunca podrá hacerse sin una previa autorización judicial. Y en el caso de autos, al existir sólo una autorización administrativa, el contenido de la conversación incriminadora no puede ser valorado como prueba, al derivar de una intervención inconstitucional.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial  
art.11.1

LO 1/1979 de 26 septiembre 1979. General Penitenciaria  
art.51.2 , art.51.5

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	4
FALLO .....	8

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### ABOGADOS

##### ASISTENCIA LETRADA

Derecho fundamental

En general

Supuestos diversos

#### ASOCIACIÓN ILÍCITA

##### BANDAS ARMADAS

Actos de colaboración

Proceso penal

#### DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

##### CONTRA EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Violar el secreto de las comunicaciones

Escuchas telefónicas ilegales

#### SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

##### INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

Denegación

Valor probatorio

#### TERRORISMO

##### SIN PERTENENCIA A BANDA ARMADA, MISMA FINALIDAD

##### PROCESO PENAL

Cosa juzgada

#### TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

## PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Prueba apta para enervarla

Intervención telefónica

### FICHA TÉCNICA

Procedimiento: Recurso de casación

#### Legislación

Aplica art.11.1 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Aplica art.51.2, art.51.5 de LO 1/1979 de 26 septiembre 1979. General Penitenciaria

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.5.4, art.11.2 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.56.2 de LO 1/1979 de 26 septiembre 1979. General Penitenciaria

Cita art.9.2, art.9.3, art.18.3, art.24, art.55.2, art.120.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.174.bi.a, art.174.3 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Cita art.142.2, art.741, art.793.2, art.849.1, art.849.2, art.850.1 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

#### Jurisprudencia

Cita STS Sala 2ª de 6 marzo 1995 (J1995/953)

Cita STC Pleno de 20 junio 1994 (J1994/5479)

Cita STC Sala 1ª de 30 julio 1983 (J1983/73)

#### Bibliografía

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

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Abril de mil novecientos noventa y siete. En el recurso de Casación por Infracción de Ley e Infracción de precepto Constitucional que ante Nos pende, interpuesto por el Ministerio Fiscal y la "Asociación Víctimas del Terrorismo", contra Sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sec. 2ª), por delito de colaboración con banda armada, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la Vista prevenida por la Ley bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, siendo parte recurrida José Miguel, y estando la "Asociación Víctimas del Terrorismo" representada por la Procuradora Sra. Sobrino García y el recurrido por el Procurador Sr. Dorremocha Aramburu.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central número 2, incoó procedimiento abreviado con el número 25/1993 contra José Miguel y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional (Sec. 2ª), que con fecha 4 de marzo de 1.996 dictó Sentencia que contiene los siguientes Hechos probados:

Primero.- El acusado José Miguel, nacido el 19-4-1960 y sin antecedentes penales, causó alta en el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia con fecha 18-9-1985, asignándosele el número...3 de colegiado. En el ejercicio de su profesión de Abogado, entre otras causas, llevó a cabo la defensa de personas a las que el Ministerio Fiscal acusó de pertenencia a la banda terrorista ETA, y delitos de terrorismo.

Segundo.- Una de las personas defendidas por el acusado fue José Ignacio, concretamente en la derivada del Sumario 19/87 del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 y rollo 29/87 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que terminó con Sentencia núm. 8/1989 de fecha 17-1-1989. Fue también defensor del mentado José Ignacio en las siguientes causas:

- a) Sumario 31/86 del Juzgado Central núm. 5.
- b) Sumario 23/87 del Juzgado Central núm. 4.
- c) Sumario 27/86 del Juzgado Central núm. 2.

Tercero.- En la mañana del día 12-1-1993, y ante la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, estaba prevista la celebración del juicio oral por delito de atentado con resultado de muerte, asesinato frustrado y daños, contra José Ignacio y otros dos (sumario 80/86 del Juzgado Central de Instrucción 2 y Rollo 112/86). Dicha causa había sido objeto anteriormente de otros señalamientos (los días 21-6-1989; 19-7-1989; 20-2-1992 y 22-10-1992) que fueron suspendidos. La última suspensión la de fecha 22-10-1992, obedeció a la incomparecencia al acto del juicio oral del acusado y de la letrada Arancha Zulueta Amuchastegui que llevaban la defensa conjunta de José Ignacio y los otros procesados, sin que en la causa constara cual de ellos en concreto se haría cargo formalmente en el acto del juicio oral de la dirección técnica, en el propio acto del juicio, del mentado José Ignacio.

La incomparecencia de los letrados y consiguiente suspensión del acto del juicio oral, motivó la interposición de querrela, por parte de la acusación en representación de Francisco y la "Asociación de Víctimas del Terrorismo" y, con independencia de lo anterior, la Sección 2ª por auto de 26-10-1992 decidió, entre otros extremos, proceder a la apertura de expediente disciplinario contra el acusado y la letrada mencionada.

Cuarto.- En la expresada fecha del día 12-1-1993, si bien de nuevo hubo de suspenderse el juicio oral, al alegar las defensas que no habían podido comunicar con sus defendidos, la dirección técnica de José Ignacio la asumió un Letrado distinto del acusado y de Arancha Zulueta. El juicio oral por esta causa se celebró finalmente el 30-3-1995, y en el mismo el acusado actuó como Letrado de José Ignacio y de los otros dos procesados.

Quinto.- En la tarde del día 12-1-1993 sobre las 17.30 horas, se personaron en el Centro Penitenciario Madrid 2 Alcalá de Henares, el acusado y la letrada Arancha Zulueta Amuchastegui que presentaron, respectivamente, un volante de fecha 4-1-1992 el acusado y un volante de fecha 2-1-1993 la letrada Arancha Zulueta. En los citados volantes se hacía constar como reclusos a los que se referían los mismos:

- a) Juan Lorenzo, Isidro, Henri, Juan Mª y Juan Carlos, el presentado por el acusado.
- b) José Ignacio, Esteban, Andoni, Joseba y Santi, el presentado por la letrada Arancha Zulueta.

Cumplimentada tal formalidad, sin que el funcionario encargado advirtiese que el volante presentado por el acusado, dada su fecha anterior en un año y las normas que sobre fecha de la autorización judicial se exigían, había caducado, el acusado y la letrada Arancha Zulueta, pasaron a los locutorios que se destinan exclusivamente a la comunicación de los internos en el Centro Penitenciario con Abogados.

Sexto.- Una vez dentro de los locutorios, que eran tres, el acusado y la letrada Arancha Zulueta entraron cada uno de ellos en una cabina, y en un momento determinado se reunieron en una sola cabina el acusado, la letrada Arancha Zulueta y los internos José Ignacio y Esteban. Tal momento coincidió con el conocimiento que tuvo el Director en funciones, que sustituía reglamentariamente al titular, de la comunicación y toda vez que había recibido instrucciones en el sentido de que estaba autorizado por una sentencia del Tribunal Constitucional para proceder a la intervención y grabación de los internos sin previa autorización judicial, siempre que se tratase de terrorismo, decidió grabar la comunicación entre los referidos, utilizando el sistema de grabación que estaba instalado al efecto y que permitía grabar la conversación a través de un micrófono oculto en cada uno de los locutorios.

La citada grabación comprendió primero la comunicación que se desarrolló entre el acusado, la letrada Arancha Zulueta y los internos José Ignacio y Esteban y después sin solución de continuidad, lo que tuvo lugar entre el acusado e José Ignacio, al pasar la letrada Arancha Zulueta y el interno Esteban a otra cabina, grabándose también esta última conversación.

Séptimo.- Efectuada la grabación se remitió por el Centro Penitenciario a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, que procedió a la transcripción de las cintas grabadas y se remitieron al Juzgado Central de Instrucción núm. 2 con fecha 29-12-1993.

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

1º.- Absolver libremente al acusado José Miguel de un delito de colaboración con banda armada o alternativamente de un delito de pertenencia a banda armada, ambos ya definidos, objeto de acusación por el Ministerio Fiscal y la Acusación Popular, si bien sólo el primero respecto de la alternativa y se declaran de oficio las costas procesales, debiendo quedar sin efecto todas las medidas cautelares que se hayan adoptado.

2º.- 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 por el Ministerio Fiscal y la "Asociación Víctimas del Terrorismo", se interponen sendos recursos de casación, 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 el recurso.

El Ministerio Fiscal basó su recurso de Casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, amparado en el art. 5.4 de la L.O.P.J. denunciándose la vulneración del art. 24.1 en relación con el art. 120.3 de la Constitución Española.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del núm. 2º del artículo 849 de la L.E.Criminal.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del núm. 1º del artículo 849 de la L.E.Criminal, por no aplicación del artículo 174.3º del Código Penal o alternativamente del art. 174 bis a) del mismo Cuerpo Legal.

La representación de la "Asociación Víctimas del Terrorismo" basó su recurso de Casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de ley acogido al número 2º del artículo 849 de la L.E.Criminal.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo establecido en los arts. 5.4 y 11.2 L.O.P.J. y 9.3 de la Constitución.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo establecido en los arts. 5.4 y 11.2 L.O.P.J. y 24.1 de la Constitución.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo establecido en los arts. 5.4 y 11.2 L.O.P.J. y 24.2 de la Constitución.

Quinto.- Por infracción de ley acogido al núm. 1º del artículo 849 de la L.E.Criminal, al haberse infringido lo dispuesto en el art. 174 bis a) del Código Penal.

QUINTO.- Instruida la parte recurrida, así como los recurrentes de los recursos respectivamente interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el oportuno señalamiento se celebró la Vista prevenida el día 11 de abril de 1.997 manteniendo el Ministerio Fiscal el recurso en apoyo de su escrito de formalización solicitando se dicte sentencia de acuerdo con sus pedimentos. Apoyó el motivo primero de la "Asociación Víctimas del Terrorismo", e impugna el resto solicitando se dicte sentencia de acuerdo con sus pedimentos.

El Letrado de la acusación popular D. Pedro Cerraen informa en apoyo de su escrito de formalización y solicita se dicte sentencia de acuerdo con sus pedimentos.

El letrado de la parte recurrida D. Pedro María Landa Fernández impugna ambos recursos y solicita la confirmación de la sentencia por ajustada a derecho.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada absuelve al acusado del delito de colaboración con banda armada objeto de enjuiciamiento. Frente a ella se alzan dos recursos, el del Ministerio Fiscal fundado en tres motivos y el interpuesto por la Asociación que ejercita la acción popular, formulando cinco motivos de recurso.

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso del Ministerio Fiscal, amparado en el art. 5.4º de la L.O.P.J. EDL 1985/8754 , denuncia la supuesta vulneración del artículo 24.1 EDL 1978/3879 en relación con el art. 120.3º de la Constitución Española EDL 1978/3879 . Estima el Ministerio Fiscal que al omitir el Tribunal "a quo" relacionar en los hechos probados el contenido de las escuchas telefónicas infringe la norma constitucional que impone la motivación de las sentencias e impide a las partes recurrentes la argumentación sobre la existencia o no de delito, vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva. El motivo no puede ser acogido.

En efecto si el Tribunal sentenciador no relaciona en su Sentencia el contenido de las conversaciones privadas grabadas es precisamente porque considera que dichas grabaciones se realizaron vulnerando un derecho fundamental, en cuyo caso la prueba así obtenida no puede surtir ningún efecto (Art. 11.1 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754 ). La sentencia debe necesariamente contener una "declaración expresa y terminante de los hechos que se estiman probados" (art. 142.2 de la L.E.Criminal EDL 1882/1 ), que tiene que inferirse de la prueba válida practicada, pero no puede exigirse que se consigne en la misma el resultado de una prueba que la propia Sala sentenciadora considera viciada y que, legalmente, no puede surtir efecto alguno.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso del Ministerio Fiscal, al amparo del número dos del art. 849 de la L.E.Criminal EDL 1882/1 , alega error de hecho en la valoración de la prueba. Se plantea el motivo con una doble perspectiva: De un lado para integrar el relato fáctico con el contenido de las escuchas, que el Tribunal de Instancia consideró prueba ilícita, y por otra parte se trata de demostrar el "error facti" en que se dice incurrió la Sala sentenciadora al expresar en la resolución recurrida la forma y manera en que se realizó la referida prueba.

La primera de las cuestiones planteadas (integración del relato fáctico con el contenido de las escuchas), se encuentra también con el obstáculo insalvable de la imposibilidad de que surta efecto una prueba practicada violentando un derecho fundamental. La posibilidad de su aceptación depende, en consecuencia, de la resolución que haya de adoptarse sobre la corrección del criterio de la Sala sentenciadora, que se analizará en su momento.

La segunda de las cuestiones planteadas en este motivo, es decir la acreditación documental del "error facti" en que incurrió el Tribunal sentenciador respecto de la "forma y manera" en que se llevó a cabo la prueba, tampoco puede prosperar.

En efecto el cauce procesal escogido requiere ineludiblemente que la documentación aportada por el recurrente para acreditar el supuesto error fáctico del Juzgado "a quo", no resulte contradicha por otros elementos probatorios. Constituye doctrina jurisprudencial reiterada que cuando se practican varias pruebas sobre la misma cuestión fáctica, al no conceder la Ley preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultad para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la L.E.Criminal EDL 1882/1 .

Pues bien, en el caso actual los documentos que cita el Ministerio Fiscal para acreditar error valorativo del Tribunal sentenciador sobre la "forma y manera" en que se practicó la prueba declarada ilícita, (certificación del Secretario, folio 115; Oficio de la Secretaria General de Asuntos Penitenciarios, folio 429; volantes del Colegio de Abogados de Vizcaya, folios 431, 439 vto., 436 y 437; Certificación del Libro de Visitas del Centro Penitenciario), no fueron las únicas pruebas con las que contó el Tribunal sobre la citada cuestión controvertida, sino que el propio Tribunal sentenciador cita expresamente documentación contradictoria (otra Certificación complementaria del Secretario del Tribunal), constando además que en el acto del juicio se practicó una abundantísima prueba testifical centrada precisamente en la "forma y manera" en que se practicaron las "escuchas", correspondiendo al Tribunal sentenciador la valoración de la eficacia probatoria de unos y otros documentos, en contraste con las declaraciones testificales prestadas en el acto del juicio oral.

Con independencia de volver, en su momento, sobre la cuestión de la validez de la prueba declarada ilícita, es lo cierto que no puede tener acogida un motivo de recurso por error de hecho, cuando el Tribunal dispuso de otras pruebas contradictorias distintas de los particulares documentales en que se apoya el motivo, pues no corresponde a este Tribunal Casacional sustituir al Tribunal de Instancia en la función de valoración probatoria.

CUARTO.- El tercer motivo del Ministerio Fiscal, por infracción de ley, al amparo del núm. 1º del artículo 849 de la L.E.Criminal EDL 1882/1 , denuncia la infracción por falta de aplicación de los arts. 174.3º o 174 bis a) del Código Penal EDL 1973/1704. El motivo

parte de una previa modificación de la resultancia fáctica de la sentencia impugnada que, al no haberse producido, le priva de todo contenido.

QUINTO.- El primero de los motivos de recurso de la acusación particular, al amparo del número dos del artículo 849 de la L.E.Criminal EDL 1882/1 , alega error de hecho en la valoración de la prueba. La documentación citada como fundamentación del motivo consiste en:

- 1) La cinta que se grabó en el Centro Penitenciario el 12 de enero de 1993, que fué escuchada en el acto del juicio oral.
- 2º) El informe pericial relativo a la autenticidad de las grabaciones.
- 3º) El acta del juicio oral.

En definitiva se pretende, mediante este motivo, complementar el relato fáctico con el contenido de las grabaciones, lo que no puede ser acogido por las razones ya expuestas en el motivo correlativo del Ministerio Fiscal (Fundamento Jurídico 3º), y las que se expondrán, en cuanto a la inconstitucionalidad de la prueba, en el fundamento jurídico correspondiente.

SEXTO.- El segundo motivo del recurso de la Acusación particular, por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en los arts. 5.4 y 11.2 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754, plantea la vulneración del art. 9.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 . Estima el recurrente que la sentencia recurrida es contraria al derecho a los principios de seguridad jurídica y legalidad, establecidos en el art. 9.3 de la Constitución, por contradecir abiertamente la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 6 de Marzo de 1.995 EDJ 1995/953 , en el mismo asunto.

Hora es, ya, de que a través de este motivo entremos a analizar una de las dos cuestiones de fondo planteadas por el presente recurso y concretamente si el Tribunal de Instancia ha respetado la cosa juzgada determinada por la Sentencia anterior de esta Sala, de 6 de Marzo de 1.995 EDJ 1995/953 , para lo cual se hace necesaria una somera recapitulación del "iter procesal" de esta causa.

La Sección Segunda de la Audiencia Nacional, en el primer juicio celebrado, al plantearse en el debate preliminar prevenido en el art. 793.2 de la L.E.Criminal EDL 1882/1 como cuestión previa, la nulidad de determinadas pruebas por vulneración de derechos constitucionales, dictó con fecha 20 de Diciembre de 1993 un Auto cuya parte dispositiva, en lo que ahora interesa acordaba lo siguiente:

1º."Declarar que la intervención de las conversaciones mantenidas el día 12 de Enero de 1.993, entre el acusado y Abogado José Miguel y los internos en el Centro Penitenciario Madrid-II, Esteban, José Ignacio y Joseba, acontecidas en el locutorio de dicho establecimiento, efectuada por la Administración Penitenciaria, se realizó con vulneración del derecho fundamental garantizado en el artículo 18.3 de la Constitución EDL 1978/3879 , en relación con el 55.2 de la misma EDL 1978/3879 .

2º. Se declara nula la prueba de grabación en cinta magnetofónica y transcripción de las predichas conversaciones.

3º. No ha lugar a la prueba de audiencia de dichas cintas magnetofónicas.

4º. No ha lugar a la prueba pericial sobre las referidas cintas.

5º. No ha lugar a la práctica de cualquier otra prueba que traiga causa directa o indirecta de la que se declara nula".

Con posterioridad se continuó la celebración del acto del juicio oral (28 de Enero de 1994) dictándose con fecha 10 de Febrero de 1.994, sentencia absolutoria.

Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de casación tanto por el Ministerio Fiscal como por la Acusación Popular, que fué resuelto por esta Sala en sentencia de 6 de Marzo de 1995 EDJ 1995/953 , que estimó los recursos interpuestos por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. 1º del artículo 850 de la L.E.Criminal EDL 1882/1 . ("Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma, se considere pertinente"), casando la sentencia impugnada, que se anula y ordenando "retrotraer las actuaciones al momento de citación a nuevo juicio oral, ante Sala distinta de la que denegó tales pruebas, para que proceda a celebrar de nuevo el juicio y continúe las actuaciones hasta su conclusión".

La "ratio decidendi" de la resolución casacional consistió en estimar que, analizando la documentación entonces obrante en la causa, no se consideraba acreditado que el acusado fuese el Abogado Defensor del interno José Ignacio o el Abogado expresamente llamado por el mismo, por lo que no se apreciaba la infracción constitucional declarada "extemporáneamente" como cuestión previa por la Audiencia y en consecuencia las pruebas propuestas por las acusaciones deberían ser admitidas para su práctica en el acto del juicio oral.

Celebrado éste por una Sala de composición personal íntegramente distinta, se procedió a la práctica en el acto del juicio oral de toda la prueba procedente, incluida la audición de las cintas y las pruebas relacionadas con las mismas (pericial, interrogatorio sobre su contenido, etc.), tal y como se había ordenado por el Tribunal Supremo, dictándose finalmente otra Sentencia absolutoria por la nueva Sala, que es la resolución que actualmente se impugna.

El núcleo de su fundamentación se contiene en los Fundamentos Jurídicos Cuarto y Octavo, que procede reproducir para la mejor comprensión de la cuestión que se ha de resolver:"Sentado lo anterior es preciso volver al relato fáctico sobre lo acaecido en la tarde del día 12-1-1993 en los locutorios del Centro Penitenciario. En la declaración prestada en el acto del juicio oral por el Director en funciones, manifiesta que se habían recibido instrucciones en el sentido de que se podían intervenir las comunicaciones de los internos, incluso con sus Abogados, sin necesidad de previa autorización judicial, cuando se tratase de terrorismo, y ello en virtud de una sentencia del Tribunal Constitucional que no recordaba.

Es obvio que se refiere a la sentencia 73/1983 de 30 de julio EDJ 1983/73 , pues la misma se menciona también por el testigo Antonio. Así pues el Director en funciones en la errónea creencia de que está legitimado para la intervención de las comunicaciones, cuando después de comer llega al Centro Penitenciario y se le comunica que internos pertenecientes al llamado "Comando M." están comunicando con sus Abogados, decide la intervención pues se tenían noticias de una posible transmisión de consignas relacionadas con atentados en las prisiones.

El mismo se encarga de la grabación que afecta a la comunicación entre la Letrada Arancha Zulueta y José Ignacio, con intervención también del acusado y después a la que se mantiene por el acusado y el citado José Ignacio, cuando la Letrada Arancha Zulueta abandona la cabina.

Puesto que está acreditado documentalmente que dicha Letrada solicitó la comunicación con el interno José Ignacio (volante que obra incorporado al folio 436 del Tomo II del Procedimiento Abreviado) la conclusión a que se llega es que, con independencia de que el acusado hubiera o no solicitado también la comunicación, la decisión del Director en funciones de proceder a la grabación vulnera, aunque él lo ignore, la doctrina del Tribunal Constitucional antes reseñada, y en consecuencia todo el contenido de la grabación no puede constituir prueba válida susceptible de ser valorada por la Sala, sin que quepa escindir el contenido de la grabación en dos partes diferentes, para estimar nula la que se refiere a la conversación conjunta entre el acusado, la Letrada Arancha Zulueta y el interno José Ignacio, y válida la que se desarrolló sólo entre el acusado y el interno José Ignacio.

El acto es nulo en su origen y se extiende a todo el contenido de la grabación que se efectuó sin solución de continuidad, sin que se haya clarificado en el acto del juicio oral ni siquiera si la Letrada Arancha Zulueta no regresó alguna vez a la cabina en la que se encontraban el acusado y José Ignacio, pues sobre ello en la transcripción de la cinta no hay total seguridad, presumiendo el funcionario que realiza la transcripción que la Letrada Arancha abandona la cabina, y así en el folio 10 del Tomo I se lee "parece que ahora, Arancha, Esteban y Joseba pasan a otra cabina". Pero más abajo "Arancha parece que sale de la cabina unos segundos" por lo que no se sabe si es que vuelve a entrar. No mayor luz arroja en este extremo la declaración del Director en funciones que reconoce la dificultad de control visual, y al que además no le importaba a qué Letrado se podía grabar al estar en la creencia de que Abogado defensor o no, se podía efectuar la grabación de la comunicación.

Con independencia de la corrección o no del criterio de la Sala sentenciadora, es lo cierto que la misma no infringe la cosa juzgada por la sentencia de esta Sala, ya que la Audiencia Nacional ha acatado plenamente lo ordenado en la Sentencia de 6 de Marzo de 1995 EDJ 1995/953, que estimó el recurso interpuesto por denegación de pruebas.

En efecto se procedió a la celebración de un nuevo juicio oral, por una Sala de composición personal íntegramente distinta, se admitieron todas las pruebas propuestas por las acusaciones, anteriormente denegadas por el Auto de 20-XII-93, se procedió a su práctica, con audición de las cintas y plena libertad de las acusaciones para la realización de todas las pruebas relacionadas con las mismas, y finalmente, se estimó por la nueva Sala que la grabación que contenía la conversación supuestamente incriminatoria para el acusado no podía surtir efecto probatorio en virtud de lo establecido en el art. 11.1 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754 al derivarse directamente de una decisión administrativa (la de intervenir conjuntamente las conversaciones de determinados internos con sus abogados) vulneradora del derecho fundamental de defensa, sin que quepa escindir el contenido de una intervención inconstitucional para extraer de ella determinados fragmentos como prueba válida, es decir en virtud de una razón distinta de la contemplada en el momento de la inadmisión.

Ambas acusaciones recurrentes, prescindiendo de esta motivación novedosa, centran la crítica de la sentencia impugnada -por lo que se refiere a la supuesta vulneración de la "cosa juzgada" determinada por la sentencia de esta Sala- en lo expresado por la sentencia recurrida en el Fundamento Jurídico noveno, que dice lo siguiente: "Con lo anterior entiende la Sala que basta para no reputar lícita la prueba de la grabación de la comunicación entre el acusado y el interno José Ignacio, sin que por tanto el contenido de la conversación puede reflejarse en los hechos probados, pero es que también el Tribunal tiene serias dudas en cuanto al negado carácter de Abogado defensor del acusado respecto al interno José Ignacio.

A este respecto el Ministerio Fiscal y la Acusación Popular mantienen un mismo criterio interpretativo de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que se traduce en la vinculación, en este juicio oral, del carácter de no Abogado defensor del acusado, siempre con referencia a José Ignacio, en la comunicación que tuvo lugar en la tarde del día 12-1-93 en el Centro Penitenciario.

Creemos que ello no es así, pues aquella sentencia debe limitar sus efectos al concreto fin perseguido por los recurrentes, la audición de la grabación en el acto del juicio oral que fué denegada como prueba en el juicio anterior, pero es indudable que practicada tal prueba y las que como derivadas de la misma no se admitieron en el anterior juicio, en cumplimiento del mandato reseñado, el Tribunal recobra su libertad para valorar en conciencia y racionalmente los hechos y las pruebas que determinan la validez o nulidad de la grabación, y consta en la causa, por certificación del Secretario, que el acusado con anterioridad al 12-1-1993 y posteriormente a dicha fecha, actuó como Abogado defensor de José Ignacio en diversas causas (las que se citan en el factum), e incluso en la que se suspendió en la mañana del día 12-1-1993 y aunque esa mañana la dirección formal, limitada a solicitar la suspensión la llevó otro Letrado, anteriormente en otros señalamiento para la celebración del juicio oral que se frustraron, había actuado como Abogado defensor conjunto con la Letrada Arancha Zulueta, hasta el punto de que una anterior suspensión, la de 22-10-1993, dio lugar a una querrela de la Acusación Popular, y la apertura de diligencias informativas por la Sala.

En esta tesitura la sola base de un volante, el que presentó el acusado y que no debió ser admitido por estar caducado, para negar su condición de Abogado defensor, cuando hay tanta documentación en sentido contrario, plantea al menos una duda racional que debe resolverse en favor del acusado".

Estiman las acusaciones que, con ello, la Sala sentenciadora, se aparta arbitrariamente de lo ya decidido previamente por este Tribunal supremo, criterio que no es posible compartir. En efecto, como se ha expresado, la "ratio decidendi" de la resolución de la Audiencia Nacional no es ya la consideración del acusado como Letrado del condenado José Ignacio, sino la inclusión de la conversación incriminatoria dentro de una intervención inconstitucional por haberse realizado sin la necesaria autorización judicial, y la imposibilidad de valorar aisladamente un fragmento de la citada intervención.

La Sala sentenciadora así lo expresa con claridad al señalar que "con lo anterior entiende la Sala que basta para no reputar lícita la prueba de grabación de la comunicación entre el acusado y el interno José Ignacio...", con independencia de que se le considere o no como su Letrado Defensor. Las alegaciones efectuadas a continuación por la Sala sentenciadora se realizan "a mayor abundamiento",

constituyendo un argumento adicional pero no la "ratio decidendi" principal de la Sentencia impugnada, para cuya resolución final bastaba con la causa de ilicitud probatoria ya expresada, por lo que no cabe estimar, en absoluto, que se vulnera el respeto a la "cosa juzgada" o el principio de seguridad jurídica, como pretende la parte recurrente.

Pero es que, además, la Sala sentenciadora, que se limita a señalar, con absoluto respeto, que "tiene serias dudas en cuanto al negado carácter de Abogado Defensor del acusado respecto del interno José Ignacio", fundamenta esas dudas en una serie de elementos probatorios deducidos del acto del juicio oral y que son novedosos respecto del momento procesal anterior en el que se resolvió únicamente acerca de la "admisibilidad" de la prueba para su práctica. Es indudable que la resolución de esta Sala -que resolvió con toda corrección el tema tal y como se había planteado a los efectos de la tutela del derecho de las partes acusadoras a la admisión y práctica de las pruebas procedentes- no podía condicionar la valoración probatoria que resultase, en un momento posterior, de las pruebas practicadas en el acto del juicio.

El motivo debe, en consecuencia, ser desestimado.

SEPTIMO.- El tercer y cuarto motivos del recurso de la acusación particular se fundamenta en el derecho a la tutela judicial efectiva y en el derecho de la parte acusadora a utilizar los medios de prueba pertinentes, con lo que plantean la cuestión nuclear de la impugnación de las razones que llevaron a la Sala sentenciadora a declarar la inconstitucionalidad de la prueba de cargo consistente en la conversación grabada entre el acusado y el interno José Ignacio.

El sometimiento de los internos en Centros Penitenciarios a un régimen especial conlleva una limitación de determinados derechos, y concretamente del derecho al secreto de las comunicaciones, autorizando el art. 51.5º de la Ley General Penitenciaria EDL 1979/3825 que las comunicaciones orales y escritas de los internos puedan ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del Establecimiento, dando cuenta a la Autoridad Judicial competente.

Ahora bien 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. 24 C.E. EDL 1978/3879 ), 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 ejercerla desde la prisión (art. 9.2 Constitución Española EDL 1978/3879 ).

En consecuencia la posibilidad de intervención administrativa de las comunicaciones prevenida por el art. 51.5º de la L.O.G.P. EDL 1979/3825 no es aplicable a las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con los asuntos penales y con los Procuradores que los representen (art. 51.2º L.O.G.P. EDL 1979/3825 , S.T.C. 20-VI-94 EDJ 1994/5479 y S.T.S. 6-III-95 EDJ 1995/953 ).

En definitiva la regla general garantiza, en todo caso, la confidencialidad de las comunicaciones de los internos enmarcadas dentro del ejercicio de su derecho de Defensa en un procedimiento penal, sin posibilidad de intervención ni administrativa ni judicial.

Ahora bien la máxima tutela de los derechos individuales en un Estado de Derecho Social y Democrático no es incompatible con la admisión de reacciones proporcionadas frente a la constatada posibilidad de abusos en supuestos muy específicos y excepcionales. Concretamente, en el ámbito de las actividades de delincuencia organizada en grupos permanentes y estables, de carácter armado, cuya finalidad o efecto es producir el terror en la colectividad, por su tenebrosa incidencia en la seguridad y en la estabilidad de una sociedad democrática (terrorismo), se ha constatado la utilización de las garantías que el sistema democrático proporciona al derecho de defensa como cauce abusivo para actividades que exceden de la finalidad de defensa e inciden en la colaboración con las actividades terroristas.

Es por ello por lo que, excepcionalmente y sin que dicha excepción pueda contagiarse al resto del sistema, en el ámbito personal exclusivo de los supuestos de terrorismo, y en todo caso con la especial garantía de la orden judicial previa, naturalmente ponderadora de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida en cada caso concreto, el art. 51.2 L.O.P.J. EDL 1979/3825 faculta para la intervención de este tipo de comunicaciones singulares. Pero, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 183/94 EDJ 1994/5479 , son condiciones habilitantes "acumulativas", el tratarse de supuestos de terrorismo y la orden judicial, motivada y proporcionada. Sin autorización judicial la intervención de dichas comunicaciones constituye una actuación vulneradora del derecho fundamental de defensa, cuyo resultado no puede surtir ningún efecto probatorio.

En el caso actual consta expresamente (folio 147 del Rollo de Sala), que el Director accidental del Centro Penitenciario Madrid II, adoptó el siguiente acuerdo: "Teniendo conocimiento esta Dirección por informes recibidos en la mañana de hoy (12 enero 1993) de comentarios realizados por los reclusos de ETA.: Esteban, José Ignacio y Joseba, acerca de la necesidad de atentar contra funcionarios de prisiones, y coordinar como otras veces estas acciones a través de sus Abogados, al ser informados por la tarde, que iban a comunicar dichos internos con sus Abogados, esta Dirección procedió según lo dispuesto en el art. 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria EDL 1979/3825 a intervenir la comunicación de los internos José Ignacio, Joseba y Esteban, con los abogados: José Miguel y Arancha Zulueta Amuchastegui".

Como se señala acertadamente en la sentencia impugnada, dicho Director, en la errónea creencia de que estaba legitimado para intervenir las comunicaciones de los internos con sus abogados en los supuestos de terrorismo sin necesidad de Orden Judicial, aplicó "motu proprio" el citado artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria EDL 1979/3825 y adoptó una decisión conjunta de intervención de las comunicaciones de determinados internos con sus Abogados. Esta resolución administrativa vulnera el derecho constitucional de defensa.

OCTAVO.- El art. 11.1 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754 dispone que "En todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales". La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garan-

tizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal ("Deterrence effect").

La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, ("directa o indirectamente"), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754 ), jurídicamente contaminados.

El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754 únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir "prueba diferente" (pero derivada), con "prueba independiente" (sin conexión causal).

En consecuencia el criterio de la Sala sentenciadora al considerar que no puede ser valorado como prueba el contenido de la conversación supuestamente incriminadora para el acusado, derivado de una intervención inconstitucional, acordada administrativamente y sin la preceptiva autorización judicial, de las comunicaciones entre determinados internos y sus abogados, es plenamente correcto.

Con independencia de la condición específica de letrado defensor del interno concreto, que la sentencia anterior de esta Sala no estimó acreditado y que la sentencia impugnada considera dudosa, a la luz de las nuevas pruebas practicadas, es lo cierto que el posible conocimiento de dicha conversación se deriva directamente de una decisión de intervención de comunicaciones constitucionalmente ilícita, y en consecuencia no puede surtir efecto como prueba.

NOVENO.- El quinto motivo del recurso de la Acusación Popular, al amparo del número 1º del artículo 849 de la L.E.Criminal EDL 1882/1 , alega infracción de ley por vulneración del art. 174 bis a) del C.Penal EDL 1973/1704 , por falta de aplicación. El motivo se fundamenta en la previa valoración como prueba del contenido de las cintas, por lo que atendiendo a lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, se impone su desestimación.

DECIMO.- Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso, confirmando la Sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En su elocuente y bien fundamentada intervención oral ante la Sala, el Sr. Letrado de la Acusación Popular recordó la gravedad del fenómeno terrorista, la necesidad de reforzar sin ingenuidades la respuesta del Estado y la triste realidad de la utilización abusiva del derecho de defensa como vehículo de colaboración con la banda armada. No es ajeno el Tribunal a las reflexiones y preocupaciones que se traslucen en dicha intervención, pero también desea destacar que la tutela efectiva del derecho de defensa constituye una conquista de siglos de civilización que debe ser garantizada incluso en las más difíciles circunstancias.

No hay indefensión del Estado frente a dichos ocasionales abusos, pues la ley previene el remedio al autorizar excepcionalmente en supuestos de terrorismo la intervención de las comunicaciones con los Letrados cuando existen indicios racionales de su utilización abusiva, pero siempre con el previo control jurisdiccional (art. 56.2 L.O.G.P. EDL 1979/3825 ). Si se prescinde de dicha garantía esencial la consecuencia legal es la absoluta invalidez procesal de las informaciones obtenidas, por lo que la solución es bien sencilla: respetar escrupulosamente los imperativos legales. Es precisamente el respeto de la legalidad, reflejo de la voluntad mayoritaria, lo que diferencia, distancia y encumbra al Estado de Derecho respecto de quienes le agreden desde la violencia y el terror.

En el control y represión de las actividades terroristas los medios legítimos no solamente son los únicos compatibles con un Estado Social y Democrático de Derecho, sino que, a la larga, también son los únicos eficaces.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de Casación interpuesto por Infracción de Ley e Infracción de precepto Constitucional, por el Ministerio Fiscal y la "Asociación Víctimas del Terrorismo", contra Sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sec. 2ª) de fecha 4 de marzo de 1.996, que absolvía al acusado José Miguel de un delito de colaboración con banda armada, declarando la mitad de las costas procesales de este procedimiento de oficio para el Ministerio Fiscal y con imposición de la otra mitad para la Asociación Víctimas del Terrorismo.

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

Todo ello, sin perjuicio de que por el Tribunal que conozca de la ejecutoria se lleve a efecto la revisión de la Sentencia si se estima oportuno de acuerdo con el Nuevo Código Penal EDL 1995/16398 .

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Augusto de Vega Ruiz.- Joaquín Martín Canivell.- Cándido Conde-Pumpido Tourón.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Cándido Conde-Pumpido Tourón, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.