

ESTARÍA DE ACUERDO CON LO QUE DICE
EL TRIBUNAL SUPREMO... SI NO LO DIJERA
EL TRIBUNAL SUPREMO, LA CONDENA
CONTRA EL JUEZ GARZÓN POR DELITO
DE PREVARICACIÓN

ANTONIO CUERDA RIEZU (*)

I. INTRODUCCIÓN: EN TORNO AL AUTOR DE ESTE ARTÍCULO, A LOS PERSONAJES SOBRE LOS QUE VERSA Y A LA RESOLUCIÓN OBJETO DE COMENTARIO: 1. *El autor de este artículo*. 2. *Baltasar Garzón Real*. 3. *El Tribunal Supremo y los tres procesos contra Baltasar Garzón*: A) *La posible prevaricación por las resoluciones sobre desapariciones forzadas del franquismo y el secuestro de menores*. B) *La acusación por los delitos de prevaricación y cohecho respecto a la financiación de unos cursos en la Universidad de Nueva York*. C) *El proceso por prevaricación debido a la intervención de las comunicaciones orales entre los acusados del caso Gürtel y sus Abogados defensores, que concluye con Sentencia condenatoria*.—II. ESTOY DE ACUERDO CON LA SENTENCIA QUE CONDENA A BALTASAR GARZÓN EN LA NECESIDAD DE RESPETAR LA CONFIDENCIALIDAD ENTRE INTERNO Y ABOGADO DEFENSOR.—III. EN LO QUE NO ESTOY DE ACUERDO CON LA STS 79/2012, DE 9 DE FEBRERO: IMPOSIBILIDAD DE PREDECIR LA CONDENA AL JUEZ GARZÓN: 1. *¿Se trata de una conducta consistente en «dictar» (una resolución judicial)?* 2. *¿Estamos ante una «resolución judicial»?* 3. *¿Cabe calificar las resoluciones de Garzón de «injustas»?* A) *Vulnerar un derecho fundamental no siempre constituye delito*. B) *La escasa calidad de las normas que se consideran infringidas por Garzón*. C) *El carácter secreto de la intervención de las comunicaciones y la afectación del derecho del interlocutor*. D) *La posible interpretación literal de que la intervención de las comunicaciones de un recluso puede realizarse —alternativamente y no cumulativamente—, bien por orden de la autoridad judicial, bien en los supuestos de terrorismo*. E) *La discutible constitucionalidad del artículo 51.5 LOGP resulta incompatible con la interpretación generalmente admitida del artículo 51.2 LOGP*. F) *El vigente Reglamento Penitenciario permite una interpretación sistemática conforme a la cual cabe que un juez autorice las escuchas entre un interno y su Abogado en supuestos delictivos que no sean de terrorismo*. G) *Una resolución no es injusta por oponerse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. 4. *La inhabilitación para obtener el cargo de ejercer funciones jurisdiccionales fuera del Poder Judicial*.—IV. CONCLUSIÓN

(*) Trabajo realizado en el seno del proyecto de investigación DER2011-29389, del que soy Investigador principal, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, posteriormente Ministerio de Economía y Competitividad.

PARCIAL: LOS PROBLEMAS DE TIPICIDAD DE LA CONDUCTA CONSIDERADA DELICTIVA ASÍ COMO DE LA PENA, DAN LUGAR A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.—V. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.—VI. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.—VII. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGUNDA INSTANCIA.—VIII. ALGUNOS DATOS DE SOCIOLOGÍA JUDICIAL.—IX. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: EN TORNO AL AUTOR DE ESTE ARTÍCULO,
A LOS PERSONAJES SOBRE LOS QUE VERSA Y A LA RESOLUCIÓN
OBJETO DE COMENTARIO

1. *El autor de este artículo*

Seguramente que no sería necesario incluir una declaración como la que indico a continuación, pero puesto que la personalidad del Magistrado Baltasar Garzón Real goza en España y el extranjero tanto de filias como de fobias, prefiero aclarar que no tengo una relación de amistad con él ni tampoco abrigo respecto a él ninguna enemistad. Únicamente recuerdo que le saludé con motivo de una conferencia que impartió en mi Universidad con la que inauguró un curso sobre la protección internacional de los derechos humanos, que según he comprobado tuvo lugar el 4 de noviembre de 2003. Y aunque conozco personalmente a alguno de ellos, tampoco soy amigo ni tengo ninguna animadversión contra los Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que le han condenado en la Sentencia (STS) 79/2012, de 9 de febrero, como autor de un delito de prevaricación del artículo 446.3.º del Código Penal (CP) a las penas de multa y de once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado. Efectúo además este comentario a solicitud de mi muy estimado compañero Juan Luis Requejo Pagés, secretario de la prestigiosa *Revista Española de Derecho Constitucional*. Me considero, pues, en condiciones de suficiente imparcialidad como para someter a un análisis crítico la citada Sentencia condenatoria.

2. *Baltasar Garzón Real*

Estoy convencido de que es inútil presentar al protagonista fundamental sobre el que han recaído los tres procesos incoados contra él por el Tribunal Supremo, en la medida en que es famoso, hasta el punto de que a muchos ciudadanos ajenos al mundo del Derecho les daba la impresión de que era el único juez existente en España, por los innumerables titulares que le dedicaban los medios de comunicación, tanto a favor como en contra. No obstante, ofreceré

algunas pinceladas sobre este célebre Magistrado. De 1981 a 1987 Baltasar Garzón fue titular de diversos Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, hasta que en 1987 fue nombrado Inspector Delegado de Andalucía en el Consejo General del Poder Judicial (Madrid). A partir del 16 de febrero de 1988 ocupó el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de Madrid, donde permaneció investigando (sin llegar a juzgar, esto es, sin imponer Sentencias) más de 22 años, hasta que el Consejo General del Poder Judicial le suspendió provisionalmente de sus funciones jurisdiccionales el 14 de mayo de 2010 por la investigación que había llevado a cabo en la causa sobre los crímenes del franquismo. En ese largo período su actividad jurisdiccional quedó interrumpida en dos ocasiones: la primera cuando en 1993 fue elegido Diputado y ejerció en el Gobierno del PSOE el puesto de Delegado del Gobierno para el Plan nacional sobre drogas, bajo el Ministerio de Justicia e Interior cuyo titular era el también Magistrado Alberto Belloch; y la segunda, desde marzo de 2005 hasta junio de 2006, en la que durante un año y varios meses más obtuvo una licencia de estudios para investigar en la Universidad de Nueva York como *senior fellow* en el *Center on Law and Security* de la Facultad de Derecho y como titular (agregado) de la cátedra de Cultura Hispánica en el Centro Rey Juan Carlos I, de Nueva York, en el área de derechos humanos (1). En el ejercicio de su actividad en la Audiencia Nacional se ocupó de importantes procesos, como el caso Pinochet, el terrorismo de ETA, el caso GAL, diversos procesos contra el narcotráfico, contra Berlusconi, contra Bin Laden, así como por la posible comisión de malos tratos a los detenidos en el penal de Guantánamo, etc. Es posiblemente el jurista español vivo más galardonado, ya que ha recibido 22 doctorados honoris causa, 20 de ellos en el extranjero. Una de las máximas que caracterizan su filosofía jurídica es la de obtener el máximo rendimiento —el cien por cien, y no el treinta por cien, ha dicho expresamente— de las normas jurídicas, sobre todo si eso sirve para la protección de las víctimas (2). Aunque deseó ocupar el cargo de Fiscal de la Corte Penal Internacional, ha reconocido que está unido por una especie de hilo invisible al cargo de juez central de instrucción de la Audiencia Nacional (3).

(1) Datos ofrecidos por el propio Baltasar GARZÓN, en su libro *La fuerza de la razón*, presentación de Isabel COIXET y prólogo de Manuel RIVAS, Barcelona, Debate, 2011, págs. 27 y sigs. y 35.

(2) Cfr. Baltasar GARZÓN, *La fuerza de la razón*, cit., pág. 47. Sobre su carácter pionero en la utilización de técnicas de investigación antes de que estuvieran previstas en la ley, cfr. *ibid.*, págs. 53 y sigs., y María GARZÓN, *Suprema injusticia. Toda la verdad sobre el final del Juez Garzón*, Barcelona, Planeta, 2012, pág. 34.

(3) Cfr. B. GARZÓN, *Un mundo sin miedo*, Barcelona, Plaza y Janés, 2005, pág. 48.

En una ocasión aconsejó a su hijo que fuera «como un grano en “el culo”, que a todo el mundo molesta» (4).

Para centrar históricamente la condena a Garzón conviene advertir que, por su importancia, los asuntos penales de la Audiencia Nacional han estado sometidos al escrutinio continuo y meticuloso de los medios de comunicación y, por lo tanto, de los ciudadanos, así como al ejercicio de la acción popular por parte de ciertas asociaciones. Esa observación permanente de su trabajo ha determinado que diversos magistrados del orden jurisdiccional penal hayan sido sometidos bien a expedientes disciplinarios, bien a procesos penales por actos realizados en su quehacer profesional, lo que ha determinado su suspensión o su expulsión de la carrera judicial. Así, en 1996 Miguel Moreiras fue suspendido un año por desvelar en una entrevista periodística datos del caso *Argentina Trust* y de la imputación al ex banquero Mario Conde. En 1999 Javier Gómez de Liaño y Botella fue condenado por prevaricación al haber adoptado diversas decisiones en el proceso seguido contra todos los miembros de Sogecable, incluidos Jesús de Polanco y Juan Luis Cebrián; aunque la condena fue confirmada por el Tribunal Constitucional, fue indultado por el Gobierno de Aznar en el año 2000; presentada una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fue estimada por la falta de apariencia de imparcialidad de los jueces que le juzgaron, debido a la circunstancia de haber dictado otras resoluciones anteriores en su proceso; Gómez de Liaño abandonó la judicatura y es ahora Abogado. Al dejar en libertad al presunto narcotraficante Carlos Ruiz de Santamaría, alias *El Negro*, los miembros de la Sección 4.^a de la Sala de lo Penal —Carlos Ollero Butler, Juan José López Ortega y Carlos Cezón González— fueron objeto de una querrela presentada por la Fiscalía ante el Tribunal Supremo, que fue archivada (5); pero el Consejo General del Poder Judicial les sancionó el 7 de febrero de 2002 con seis meses de suspensión cautelar; aunque el Tribunal Supremo anuló posteriormente esta sanción mediante Sentencia de la Sala Tercera de 1 de diciembre de 2004, ni Cezón ni López Ortega se reintegraron a la Audiencia Nacional, sino que prefirieron formar parte de la Audiencia Provincial de Madrid; sólo Ollero Butler volvió a la Audiencia Nacional. En marzo de 2009 el Consejo General del Poder Judicial archivó un expediente disciplinario contra el propio Baltasar Garzón por haber coincidido en una cacería realizada en la provincia de Jaén con el entonces Ministro de Justicia, Mariano Fernández Bermejo. Más recientemente, en abril de 2012, Fernando García Nicolás, Presidente de la Sección 2.^a de la Sala de lo

(4) B. GARZÓN, *Un mundo sin miedo*, cit., pág. 92.

(5) Cfr. ATS de 14 de mayo de 2002.

Penal, ha sido sancionado por el Consejo General del Poder Judicial debido al retraso padecido en el dictado de una Sentencia. A todos estos casos hay que unir a aquellos Magistrados (como, por ejemplo, Carlos Bueren) o Fiscales (como M.^a Dolores Márquez de Prado o Ignacio Gordillo, entre otros) que han preferido abandonar, según parece, voluntariamente, la Audiencia Nacional. Todos estos incidentes ponen de relieve que la condena contra Garzón no es un hecho aislado, sino que cuenta con antecedentes en la judicatura española y, especialmente, entre los jueces que se han dedicado a temas penales en la Audiencia Nacional.

3. *El Tribunal Supremo y los tres procesos contra Baltasar Garzón*

Desde luego que no tengo que presentar al máximo órgano judicial de la jurisdicción española «en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales», que es el Tribunal Supremo, tal y como lo define el artículo 123.1 de la Constitución (CE).

Contra Garzón se iniciaron casi simultáneamente tres procesos, por prevaricación y otros delitos, resolviéndose todos ellos por el Tribunal Supremo en el mes de febrero de 2012, los días 9, 13 y 27.

Por cierto, que la simultaneidad de los tres procesos puede afectar a la «resistencia física y moral» del imputado para hacer frente a los mismos. Conviene recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia del caso Barberà, Messegué y Jabardo contra España, de 6 de diciembre de 1988, criticó que el traslado de Barcelona a Madrid de estas tres personas condenados por el asesinato del Sr. Bultó se realizara de noche, justo en la víspera de su juicio en la Audiencia Nacional de Madrid. El Tribunal dijo en aquella ocasión (§ 70):

«Los señores Barberà, Messegué y Jabardo debían encontrarse en un estado de menor resistencia física y moral cuando abordaron un juicio muy importante para ellos, a la vista de la gravedad de las infracciones que les imputaban y de las penas a las que se arriesgaban.

A pesar de la asistencia de sus abogados, quienes tuvieron ocasión de presentar sus argumentos, este hecho, en sí mismo lamentable, debilitó sin ninguna duda su posición en un momento crucial en el que necesitaban todas sus facultades para defenderse, y, especialmente, para afrontar su interrogatorio desde el comienzo del juicio y para ponerse de acuerdo eficazmente con sus abogados.»

Veamos ahora cada uno de estos procesos contra el Magistrado, explicado en sus líneas generales (6):

A) *La posible prevaricación por las resoluciones sobre desapariciones forzadas del franquismo y el secuestro de menores*

Tres meses después de la presentación del Proyecto de Ley de la memoria histórica, que se produjo el 8 de septiembre de 2006, y seguramente por la insatisfacción que les originó ese texto, diversas asociaciones encargadas de fomentar la memoria histórica presentaron ante la Audiencia Nacional el 14 de diciembre de 2006 varias denuncias de las desapariciones forzadas realizadas bajo la dictadura franquista. Con posterioridad a esa fecha se presentaron nuevas denuncias, que fueron acumuladas al mismo proceso. Turnado el caso al Juez Garzón, éste se declaró competente por Auto de 16 de octubre de 2008, que fue seguido por Auto de 18 de noviembre de 2008. En este segundo Auto de 18 de noviembre de 2008 (7), Garzón añade de oficio (8), aunque no fue objeto de denuncia, la desaparición de los hijos de presos republicanos, que fueron secuestrados por organismos estatales, benéficos o por el partido único Falange Española Tradicionalista y de las JONS, tanto en España como en el extranjero (en el extranjero operó sobre todo Falange), y a los que se alteró su estado civil para ocultar su filiación y permitir así su adopción por familias adictas al régimen franquista. Aunque el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción declaró en su Auto de 18 de noviembre de 2008 su incompetencia en atención a la defunción de todos los imputados, el Fiscal promovió un incidente sobre competencia al amparo del artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El referido incidente fue resuelto por Auto de la Sala de lo Penal en Pleno de la Audiencia Nacional, de 2 de diciembre de 2008, en el que declaró la falta de competencia objetiva del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, es decir, el de Garzón, pero no anuló el primitivo Auto de éste de 16 de octubre de 2008,

(6) Para más detalles, cfr. M. TRIGO CHACÓN, *Garzón ante la ley y el Tribunal Supremo*, Sevilla, Punto Rojo, 2011.

(7) Cfr. el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 (Magistrado Baltasar Garzón), de 18 de noviembre de 2008, Razonamientos Jurídicos séptimo y octavo, págs. 50-75.

(8) Se apoya en las siguientes obras: R. VINYES/M. ARMENGOL/R. BELIS, *Los niños perdidos del franquismo*, Barcelona, Plaza y Janés, 2002, y R. VINYES, *Las presas políticas y sus hijas en las cárceles franquistas*, Madrid, Temas de Hoy, 2002. Resulta llamativo que Garzón utilizó un estilo académico, con referencias bibliográficas en notas a pie de página, algo que aunque no está prohibido por la Ley Orgánica del Poder Judicial (*vid.* el art. 248 de dicha Ley), resulta desacostumbrado en las resoluciones judiciales españolas (no así en las alemanas, por ejemplo).

sino sólo «todos los actos y resoluciones posteriores, incluido el Auto de 18 de noviembre de 2008», salvo las diligencias necesarias para comprobar el delito, y aquellas otras que considere de reconocida urgencia (9).

Poco después, el 26 de enero de 2009, el Sindicato de funcionarios públicos «Manos limpias» presentó una querrela contra Garzón por un supuesto delito de prevaricación al haberse declarado competente para juzgar determinados delitos del franquismo tras el golpe de Estado de 1936 y en la inmediata posguerra. También presentaron querrela por los mismos hechos la Asociación Civil Libertad e Identidad, así como Falange Española de las JONS (el partido único del franquismo), aunque luego este último querellante fue apartado de la causa (10). Sin embargo, la Fiscalía sostuvo a lo largo de todo el proceso la inexistencia de delito, e incluso en el acto del juicio ante la Sala Segunda se permitió expresar sus dudas acerca de si no se estaba asistiendo a un ejercicio del repudiable Derecho penal de autor, en el que se pretendía la condena de Garzón por su identidad personal y no por los hechos que había realizado (11). La actitud del Fiscal en el proceso por prevaricación contrasta poderosamente con la que adoptó Javier Zaragoza, también representante del Ministerio Público, durante la instrucción por Garzón del proceso de las desapariciones forzadas y de los niños secuestrados por el régimen franquista, que fue entonces de una abierta y dura discrepancia (12).

Este proceso por la posible prevaricación es el primero que se inicia, pero la Sentencia del Tribunal Supremo que le pone fin es la última de las tres, la STS 101/2012, de 27 de febrero (13). Esta decisión, si bien reconoce la existencia de errores en las resoluciones de Garzón, es absolutoria por entender que el hecho no es constitutivo de prevaricación. La doctrina que se contiene en esta Sentencia sobre el delito de prevaricación es muy diferente de la que se asume

(9) El Auto de la Sala de lo Penal en Pleno de la Audiencia Nacional, de 2 de diciembre de 2008, viene acompañado de un Voto particular concurrente, formulado por Javier Martínez Lázaro; y por un Voto particular discrepante, formulado conjuntamente por José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Valcárcel. Contra los Magistrados de la referida Sala al haber dictado el Auto de 7 de noviembre de 2008 y contra el Fiscal se presentó una querrela por prevaricación que fue inadmitida por ATS de 6 de febrero de 2009.

(10) Ante la apertura del juicio oral, Garzón fue suspendido de sus funciones por acuerdo unánime del Consejo General del Poder Judicial de 14 de mayo de 2010, que fue confirmado por STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30 de enero de 2012.

(11) Sobre este Informe del Fiscal da cuenta el voto particular de D. José Manuel Maza Martín, apartado V.

(12) En apoyo del Juez Instructor se publicó un libro coordinado por C. JIMÉNEZ VILLAREJO, *La solidaridad con el juez Garzón*, Córdoba, El Páramo, 2010.

(13) Esta resolución se completa con el ATS de 15 de marzo de 2012, que aclara la anterior en relación con las cuestiones previas planteadas en el juicio por la defensa de Garzón.

en la STS 79/2012, de 9 de febrero, que condenó por el mismo delito a Garzón. Aunque teóricamente la competencia sobre estos hechos les corresponde a los diversos Juzgados de Instrucción en los que aparecen las fosas de los asesinados (14), lo cierto es que muy pocos órganos judiciales han iniciado procedimientos por estos hechos. Por el contrario, el hijo de un fusilado durante el franquismo y otras entidades presentaron en abril de 2010 una querrela en Buenos Aires, a la que se han unido otros querellantes, que fue admitida a trámite por la Jueza argentina María Servini de Cubría, a cargo del Juzgado Federal núm. 1 de Capital Federal (15), a imagen y semejanza de los procesos que se siguieron en España, instruidos precisamente por Garzón, contra algunos dictadores radicados en Hispanoamérica y otros agentes de aquellas dictaduras.

La Sentencia 101/2012, de 27 de febrero, no sólo despliega sus efectos respecto al acusado, lo que es obvio, sino que además produce otras consecuencias más generales. En cuanto a Garzón, el resultado más beneficioso es que resulta absuelto, porque la «errónea aplicación del derecho no alcanza la nota característica del delito de prevaricación, objeto de la acusación, de manera que, aunque errónea, no es prevaricadora» (16). Pero aunque ciertamente bastaría poca más argumentación para justificar la ausencia del delito, lo cierto es que la resolución se detiene en concretar con todo detenimiento los errores del Auto de Garzón de 16 de octubre de 2008. Pero si no hay prevaricación, ¿qué sentido tiene que la Sentencia dedique todo un largo Fundamento de Derecho, el tercero, a detallar minuciosamente esas incorrecciones que no llegan a originar una «resolución injusta»? Con una primera valoración, quizás apresurada, cabría pensar que, pese a la absolución, los Magistrados de la Sala Segunda pretenden de esa manera afear el comportamiento del Magistrado de la Audiencia Nacional, demostrando que no es tan buen jurista como la mayoría, al parecer, cree. Según esta interpretación, se trataría de *obiter dicta* incluidos en la resolución con la intención, más o menos soterrada, de formular una reprensión pública contra el imputado.

Pero la puesta de manifiesto de los llamados errores de Garzón provoca otro efecto de más largo alcance. Y éste es el de que impide que cualquier órgano judicial español vuelva a declararse competente para juzgar estos u otros crímenes del franquismo. La Sentencia declara, por así decirlo: *erga omnes*, que esos delitos o bien están prescritos o bien están amnistiados y, además de lo anterior, sus hipotéticos responsables han fallecido, de modo que la posible responsabili-

(14) Así lo decidió el ATS de 28 de marzo de 2012.

(15) *Vid.* el diario *El País*, de 27 de marzo de 2012.

(16) STS 101/2012, de 27 de febrero, FJ 4.

dad penal ha quedado extinguida, con lo que si algún juez o tribunal osara abrir diligencias, se expondría a una nueva querrela por prevaricación o incluso a una actuación de oficio por este delito. Esto es lo que explica que prácticamente ningún juez haya querido intervenir en la apertura de fosas con esqueletos de personas asesinadas durante la Guerra Civil y el franquismo. Las expectativas que pudieran albergar las diferentes Asociaciones de la memoria histórica han quedado plenamente frustradas, dándose un sonoro y firme «carpetazo» a cualquier investigación judicial en España sobre estos hechos.

El concepto de prevaricación judicial que adopta esta resolución es de manera resumida el siguiente: la esencia de este delito no es la contradicción al Derecho, sino la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional, el abuso de la función (17). De la concreción de la lesión del bien jurídico se deriva que no hay resolución injusta, ni tampoco delito de prevaricación, en primer lugar, «allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho, la elección de una u otra de estas interpretaciones posibles —independientemente de la convicción del juez— no dará lugar a una acción prevaricadora, dado que el juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable» (18); está permitida, pues, la disidencia, incluso respecto al Tribunal Supremo, siempre que esté razonada; y son legítimos asimismo los cambios de opinión del propio órgano judicial debidamente fundamentados (19). Y en segundo lugar, tampoco existe una resolución injusta cuando la resolución cuestionada ha sido objeto de revisión o corrección por parte de un órgano judicial superior, ya que hay que estar a la resolución del órgano judicial competente para emitir una declaración, que será el superior que entiende de un recurso (20).

Esta segunda consecuencia se afirma en la STS 101/2012, de 27 de febrero, FFJJ 3 y 7, indicando que el error del Instructor fue corregido por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al resolver el incidente sobre competencia planteado por el Fiscal. Sin embargo, y como ya se ha indicado, el Auto de la Sala de lo Penal en Pleno de la Audiencia Nacional, de 2 de diciembre de 2008, no anula el primer Auto de Garzón de 16 de octubre de 2008, que es precisamente el único considerado incorrecto por el Tribunal Supremo (21), sino sólo

(17) Cfr. STS 101/2012, de 27 de febrero, FJ 7.

(18) *Ibidem*.

(19) *Ibidem*.

(20) Cfr. STS 101/2012, de 27 de febrero, FFJJ 3 y 7.

(21) *Vid.* a este respecto el Voto particular disidente del Magistrado José Manuel Maza Martín, apartado IV, que disiente en este punto de la Sentencia mayoritaria, y que considera que son prevaricadores tanto el primer como el segundo Auto de Garzón.

«todos los actos y resoluciones posteriores, incluido el Auto de 18 de noviembre de 2008», salvo las diligencias necesarias para comprobar el delito, y aquellas otras que considere de reconocida urgencia.

Incidentalmente tengo que decir que no estoy de acuerdo con la conclusión de la STS 101/2012, de 27 de febrero, FJ 3.2, de que los delitos de detención ilegal están prescritos. A mi entender, hay que partir de la constatación de que el delito de detención ilegal es un delito permanente. En los delitos permanentes la consumación se produce desde que el bien jurídico es lesionado, pero lo característico es que esa consumación se prolonga mientras dura tal lesión del bien jurídico. El momento en que cesa la consumación es generalmente denominado «terminación» (22). Consumación y terminación no coinciden temporalmente en los delitos permanentes. Así, en el secuestro del funcionario de prisiones José Antonio Ortega Lara, la consumación se produce en el primer momento en que éste es privado de libertad y se prolonga hasta el momento de la terminación, que se produjo 532 días después, una vez que fue liberado por la Guardia Civil.

Mientras dura la consumación —y antes de la terminación— en los delitos permanentes se producen efectos jurídicos, siendo los más importantes: primero, que durante tal período de tiempo la agresión es actual y cabe contra ella legítima defensa; y segundo, que en esa etapa sigue siendo posible que intervengan diferentes sujetos, los cuales podrán ser responsables a título de autores o partícipes.

El artículo 132.1 del Código Penal vigente establece que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción en los delitos permanentes consiste en el día en que se eliminó la situación ilícita. Si trasladamos ese momento de la eliminación de la situación ilícita a la figura delictiva de la detención ilegal, ese *dies a quo* equivale a la fecha de terminación del delito, no a la de consumación. Jescheck/Weigend expresan lo siguiente: «el plazo para instar la persecución penal [...], así como el de la prescripción del delito [...], comienza ya con la terminación del hecho» (23).

La terminación puede producirse por muy diferentes razones. Así, por ejemplo, la terminación de una detención ilegal se puede originar por la liberación

(22) Cfr. al respecto S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9.ª ed., Barcelona, Repertor, 2011, pág. 361, quien utiliza como sinónimo de terminación la expresión «agotamiento del delito».

(23) H.-H. JESCHECK/Th. WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Granada, Comares, 2002, trad. de M. Olmedo Cardenete, pág. 557. En sentido similar S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9.ª ed., cit., pág. 782: en los delitos permanentes el comienzo del plazo de prescripción empieza a contar a partir de la «cesación del estado antijurídico mantenido».

de la víctima por parte de los captores, por la huida de la propia víctima, por la muerte de ésta... (24).

Una vez delimitados los conceptos de consumación y terminación, es conveniente distinguir entre el problema de Derecho material consistente en la determinación temporal de una fase del *iter criminis* y el problema de Derecho procesal que estriba en saber si ese momento puede ser acreditado con los diferentes medios de prueba. Así, es posible que objetivamente se haya producido la terminación, pero que no sea posible probarla de manera fehaciente; eso ocurriría si la víctima de la desaparición forzada ha fallecido mientras estaba en cautiverio y se ha hecho desaparecer el cadáver, pero el dato del fallecimiento no es conocido ni trasciende al exterior. En tal caso, en tanto se conoce que se ha producido una privación de libertad de movimientos, pero no es público ni notorio que tal privación de libertad haya concluido, hay que entender que la consumación se sigue produciendo y que la terminación, por tanto, no ha tenido lugar. Esto no constituye una presunción en contra del reo, sino simplemente la relación en el ámbito de la prueba entre lo notorio y lo desconocido.

Pues bien, si procesalmente no cabe dar por acreditada la terminación del delito, entonces no es posible iniciar el cómputo de la prescripción. El cómputo se iniciará con la apertura de las fosas y el descubrimiento e identificación de los esqueletos de los asesinados.

B) *La acusación por los delitos de prevaricación y cohecho respecto a la financiación de unos cursos en la Universidad de Nueva York*

Como ya he indicado, desde marzo de 2005 hasta junio de 2006, Garzón obtuvo una licencia de estudios para ejercer funciones en la Universidad de Nueva York como *senior fellow* o coordinador en el *Center on Law and Security* de la Facultad de Derecho y como titular (agregado) de la cátedra de Cultura Hispánica en el Centro Rey Juan Carlos I, de Nueva York, en el área de derechos humanos. Según sus declaraciones no fue patrocinador, sino coordinador de las actividades, por lo que no ejerció ningún control sobre la financiación de los

(24) La muerte del detenido no es, pues, como, sin embargo, opinaba el Fiscal Javier Zaragoza en el proceso por las desapariciones forzadas, un «fenómeno extratípico», sino una de las posibilidades de que el delito alcance la fase de terminación. Coincide con esta opinión del Fiscal, A. GIL GIL, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, Atelier, 2009, págs. 161-163, quien señala (pág. 162) que «la argumentación de que el delito se sigue cometiendo, cuando ya están muertos los acusados, parece algo surrealista».

cursos (25). Al volver a España se presentó una querrela contra responsables del Banco Santander, que correspondió por turno al Juzgado Central de Instrucción de Garzón. Éste inadmitió la querrela a trámite por Auto de 27 de noviembre de 2006, Auto que fue confirmado tanto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo.

La primera querrela que se presentó contra Garzón alegaba que la inadmisión de la querrela contra los responsables del Banco Santander obedecía al agradecimiento por el patrocinio de esta entidad a los cursos coordinados por el Magistrado. Dicha querrela contra el Magistrado originó la causa especial ante el Tribunal Supremo 3/20296/2008, archivada mediante ATS de 2 de febrero de 2009. Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo remitió la resolución al Consejo General del Poder Judicial para que este órgano de gobierno de los jueces dictaminara si había incompatibilidad entre el sueldo recibido en España y el percibido en los Estados Unidos. El Consejo rechazó la incompatibilidad y archivó el expediente.

El 12 de junio de 2009 se presentó una segunda querrela contra Garzón por los mismos hechos, pero con la adición de que el Magistrado había solicitado personalmente los fondos. El Tribunal Supremo admitió esta nueva querrela por Auto de 28 de enero de 2010, al entender que los hechos no eran idénticos. Finalmente el Auto de 13 de febrero de 2012 descarta que estos hechos puedan constituir los delitos de prevaricación, cohecho propio, extorsión o asociación ilícita. Se afirma que lo que se cometió fue el delito de cohecho impropio (admitir dádiva o regalo en consideración a la función de la autoridad o funcionario público o para la consecución de un acto no prohibido legalmente), pero se declara prescrito por haber transcurrido más de tres años (tres años y 25 días) desde la comisión de los hechos hasta la presentación de la querrela, tal y como había solicitado el Fiscal.

C) *El proceso por prevaricación debido a la intervención de las comunicaciones orales entre los acusados del caso Gürtel y sus Abogados defensores, que concluye con Sentencia condenatoria*

El Magistrado Baltasar Garzón tramitaba las Diligencias Previas 275/2008, conocidas como caso *Gürtel* —cinturón en alemán, denominación motivada por el apellido del principal imputado Francisco Correa Sánchez— por delitos de blanqueo de capitales, fraude fiscal, falsedad, cohecho, asociación lícita y tráfi-

(25) Cfr. B. GARZÓN, en su libro *La fuerza de la razón*, cit., pág. 170.

co de influencias. Este procedimiento se ocupaba de un grupo organizado que, a través de un conglomerado de empresas, organizaba eventos oficiales para captar fondos en las Comunidades Autónomas de Madrid y Valencia, gobernadas por el Partido Popular (26). Mediante un Auto de 19 de febrero de 2009 el Instructor decretó la intervención de las comunicaciones orales y escritas de los imputados que se encontraban en prisión provisional, con inclusión de las mantenidas con sus letrados, pues éstos «aprovechando su condición pudiesen actuar como «enlace» de los tres mencionados [imputados] con personas del exterior», pero se matizaba que ello debía realizarse «previniendo el derecho de defensa», cláusula de cuyo cumplimiento, y según explicó a los funcionarios policiales, se ocuparía el propio Magistrado.

Los informes policiales con las transcripciones de las comunicaciones orales incluyeron las conversaciones de los imputados con sus Letrados y solicitaron además una prórroga. En su informe motivado por dicha solicitud de prórroga, el Fiscal indicó que «una parte importante de las transcripciones se refieren en exclusiva a estrategias de defensa y, por tanto, deben ser excluidas del procedimiento». El 20 de marzo de 2009 Garzón dictó un Auto de prórroga de intervención de las comunicaciones de los mismos imputados sin atender a la solicitud del Fiscal, indicando, eso sí, nuevamente la cláusula «previniendo el derecho de defensa». Pero como el Fiscal recordó en un Informe de 27 de marzo de 2009 su solicitud de excluir las comunicaciones referidas exclusivamente al ejercicio del derecho de defensa, el Magistrado dictó un nuevo Auto el mismo día 27 de marzo de 2009 por el que ordenó «excluir de esta pieza las transcripciones de las conversaciones mantenidas entre los imputados [...] y sus letrados y que se refieran en exclusiva a estrategias de defensa», lo que se llevó efectivamente a cabo por un funcionario encargado de la tramitación de la causa, siguiendo la orden verbal que le expresó Garzón, quien le expresó además que siguiera a estos efectos las instrucciones del Fiscal que se encontraba en las dependencias del Juzgado. Sin embargo, parece que, si bien se realizó ese expurgo, todavía quedaron en los informes policiales conversaciones que afectaban al derecho a la defensa (27).

(26) En relación con el caso Gürtel, el Partido Popular presentó una querrela por prevaricación en la que acusaba al Magistrado Baltasar Garzón de retener indebidamente la causa al existir un Diputado imputado. Dicha querrela, que no tiene relación con la que se indica a continuación en el texto, fue archivada por ATS de 7 de abril de 2009.

(27) Cfr. sobre ello la STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 2, apartado 6, y FJ 13, apartado 1, donde se reconoce «la supresión de *algunos* párrafos de las conversaciones intervenidas» (cursiva añadida).

Contra Garzón se presentaron tres querellas por estos hechos, la primera por el Abogado Ignacio Peláez Marqués, en su propio nombre, pero defensor de uno de los imputados en la causa *Gürtel*; las otras dos, por los también imputados en la misma causa Francisco Correa Sánchez y Pablo Crespo Sabarís. Las querellas consideraban que los hechos eran constitutivos, bien de prevaricación judicial (art. 446.3 CP), bien de colocación de artificios técnicos de escucha y grabación (art. 536, párrafo 1.º, CP). La Sala Segunda considera que hay un concurso de leyes en relación de consunción (art. 8.3.ª CP) entre ambos preceptos y condena únicamente por el delito de prevaricación judicial a las penas de multa de 14 meses (con cuota diaria de 6 euros, esto es, un total de 2.520 euros) y «once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo», así como a las costas procesales.

El concepto de prevaricación que asume esta STS 79/2012, de 9 de febrero, no coincide —como ya he adelantado— con la noción de tal delito que nos ofrece la STS 101/2012, de 27 de febrero, que absolvió al Magistrado en el proceso por las desapariciones forzadas y el secuestro de menores. Esta última, recordemos, aclara que prevaricación no equivale a un error judicial y que no existe tal infracción cuando un precepto permite varias decisiones con los criterios de interpretación posibles, lo que permite tanto cambiar de opinión como disentir incluso del propio Tribunal Supremo, siempre que sea de forma motivada; asimismo tampoco constituye una resolución injusta aquella que es revocada por otro órgano judicial superior, en virtud de algún recurso. Pues bien, la presente STS 79/2012, de 9 de febrero, relativa a la intervención de las comunicaciones de los imputados en situación de prisión provisional con sus Abogados, reconoce que «la interpretación del artículo 51.2 de la LOGP [Ley Orgánica General Penitenciaria], y su relación con el artículo 579 de la LECrim [Ley de Enjuiciamiento Criminal], no ha sido, sin embargo, pacífica» (28), lo que parece permitir varias interpretaciones, incluso provenientes algunas de un mismo tribunal, como es el caso del Tribunal Constitucional; pero pese a este carácter no pacífico de la interpretación del precepto legal, la Sala Segunda otorga una especial relevancia al derecho de defensa —como elemento estructural esencial del proceso—, derecho que considera vulnerado por las resoluciones de Garzón, cuando, en mi opinión, la Constitución no

(28) STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 8, apartado 3.

establece una relación jerarquizada de los derechos fundamentales. La prevaricación se concreta en que

«esa aplicación de la ley al caso se efectuó separándose absolutamente de la doctrina del Tribunal Constitucional [art. 5.1 de la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial)] y de esta Sala del Tribunal Supremo, antes expuesta, que, estableciendo los límites del derecho fundamental de defensa, rechaza expresamente la interpretación acogida por el acusado, y sin que su opción interpretativa viniera acompañada de un mínimo razonamiento explicativo de las razones que lo sustentaban, con lo que, valorada en su integridad, se revelaba, a ojos de cualquiera, como un acto de mero voluntarismo que, por su contenido, se alejaba de modo arbitrario y absoluto de la aplicación razonada del Derecho causando un daño totalmente injustificado y difícilmente reparable en los derechos de defensa de los imputados y, en su medida, en los derechos de los letrados afectados, especialmente al derecho-deber al secreto profesional como esencial para una correcta defensa» (29).

La condena contra Garzón se produjo en primera y única instancia, dado que el Tribunal Supremo, debido al aforamiento del imputado, actuaba como órgano judicial de la primera instancia. Contra esta Sentencia no cabía, por tanto, ni recurso de apelación ni de casación (30). Por ello, después del fallo condenatorio, Baltasar Garzón promovió el incidente de nulidad de actuaciones, mediante un escrito de fecha 22 de febrero de 2012. Alegaba en este escrito que la Sentencia condenatoria había vulnerado el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE); el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la dimensión que garantiza una resolución fundada en Derecho; el derecho a un juez imparcial, como una de las garantías del proceso (art. 24.2 CE); y nuevamente el derecho a la tutela judicial efectiva, por no haber sido respetada la independencia judicial. Al ser desestimado tal incidente, presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, cuyo concreto contenido desconozco, ya que sólo he tenido acceso a lo que informaron sobre él los medios de comunicación.

Con posterioridad, la asociación de Magistrados Europeos para la Democracia y las Libertades (MEDEL), que agrupa a cerca de quince mil jueces y fiscales de Europa ha solicitado un indulto a su favor, al considerar la condena de una «severidad desproporcionada», y el Magistrado ha expresado que la pe-

(29) STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 12, apartado 5.

(30) EL TS ha estimado el recurso de súplica formulado por la defensa de Garzón contra el Auto de liquidación de condena y ha incluido en el cómputo de la inhabilitación el periodo de tiempo de casi un año en que sufrió la suspensión cautelar durante el proceso.

tición cuenta con su consentimiento (31). En el momento en que escribo estas líneas la solicitud de gracia no ha sido resuelta, y no es previsible que lo sea antes de que se pronuncie el Tribunal Constitucional, al menos sobre la admisibilidad de la demanda.

En lo que sigue, voy a centrar mi atención en la Sentencia condenatoria del Tribunal Supremo, es decir, la STS 79/2012, de 9 de febrero.

II. ESTOY DE ACUERDO CON LA SENTENCIA QUE CONDENA A BALTASAR GARZÓN EN LA NECESIDAD DE RESPETAR LA CONFIDENCIALIDAD ENTRE INTERNO Y ABOGADO DEFENSOR

Es de sentido común que un juez de instrucción debe respetar la confidencialidad entre un abogado y su cliente. La lógica nos dice que el que investiga la posible comisión de un delito no está legitimado para descubrir las conversaciones entre un letrado y su defendido, porque en tal caso la tarea de investigación del juez no puede ser ya imparcial, en cuanto que va a tender a descubrir más lo que perjudica que lo que beneficia. El famoso Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América Oliver Wendell Holmes (1841-1935) en su voto discrepante a la Sentencia *Olmstead v. United States*, de 1928, declaró lo siguiente:

«[...] el Gobierno no debería utilizar pruebas que sólo pueden ser obtenidas, y que de hecho son obtenidas, por medio de una acción ilícita.— [...] Es deseable que los criminales sean descubiertos, y para ese fin deberían utilizarse todas las pruebas disponibles. También es deseable que el Gobierno no fomente y pague por la comisión de otros delitos cuando éstos son medios a través de los cuales se obtienen las pruebas.— [...] Tenemos que escoger, y por mi parte creo que es preferible que algunos criminales escapen a que el Gobierno juegue un papel innoble [sc., cuando paga por la obtención de pruebas mediante la comisión de algún delito]. [...] no puede establecerse distinción alguna entre el Gobierno como fiscal y el Gobierno como juez. Si el código existente no permite que los fiscales de distrito [*district attorneys*] tomen parte en estos asuntos sucios tampoco permite que el juez consienta que tales iniquidades tengan éxito... [...] Pero si tuviéramos que limitarnos al precedente y a la lógica, de la misma razón que justifica excluir la prueba que ha sido obtenida violando la Constitución parece

(31) Cfr. Europa Press, 26-6-2012 y Natalia JUNQUERA, «Entrevista a Baltasar Garzón», diario *El País Domingo*, 5-8-2012, pág. 7.

seguirse lógicamente la exclusión de la prueba obtenida mediante delito por los agentes del Derecho» (32).

Hay que tener en cuenta que al que se le acusa de haber cometido un delito puede —porque así se lo permite el derecho a la presunción de inocencia— incluso mentir o —expresado con un eufemismo— no decir la verdad. Pero si el Instructor se entera por las conversaciones intervenidas de cómo se gesta esa mentira, obviamente va a asumir, porque es propio de la naturaleza humana, un prejuicio sobre la posible culpabilidad del acusado. Por ello se puede estar de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo relativa al Juez Garzón cuando, en términos generales, asume que prevalece el derecho constitucional de defensa, y, por lo tanto, el respeto a la confidencialidad entre abogado y acusado, sobre el deber de investigar la posible comisión de delitos que pesa sobre cualquier juez instructor. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que «el derecho para el acusado, de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3.c) del Convenio», indicando a continuación que «toda medida que restrinja los derechos de la defensa debe ser absolutamente necesaria» (33). Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad (34). Pienso que muchos juristas que se han pronunciado sobre esta resolución llegan de una manera o de otra a coincidir en este presupuesto elemental asumido por la Sala Segunda del Alto Tribunal: el juez no debe escuchar las conversaciones de un recluso con su defensor (35). Pero este planteamiento, razonable por sí solo, a mi entender, no

(32) Oliver Wendell HOLMES, voto discrepante a la Sentencia *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). Vid. *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, Estudio preliminar y trad. de César ARJONA SEBASTIÀ, Madrid, Iustel, 2006, págs. 230-231.

(33) STEDH *Marcello Viola contra Italia*, de 5 de octubre de 2006, §§ 61 y 62. Menos contundente es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 14 de septiembre de 2010 (asunto *Akzo Nobel Chemicals LTD y AkrosChemicals LTD*), también citada por la STS 79/2012, de 9 de febrero; pero el TJUE sólo garantiza la confidencialidad entre abogado y cliente, en el ámbito del derecho de la competencia, cuando la correspondencia está vinculada al ejercicio de los derechos de la defensa del cliente, pero si —y sólo si— el abogado no está vinculado a su cliente mediante una relación laboral, es decir, si no es un abogado de empresa, sino un abogado externo, lo que en definitiva debilita la protección de esa confidencialidad.

(34) Sobre las normas que protegen los derechos de la abogacía, cfr. J. M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, «El derecho de defensa según la sentencia 79/2012 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, núm. 7850, 3 de mayo de 2012, págs. 8 y sigs.

(35) Cfr., especialmente, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy», última lección como Prof. Emérito publicada en *Revista Jurídica de la Universidad Autó-*

es capaz de justificarla, condena del Juez Garzón por un delito de prevaricación. Una cosa es que el Magistrado haya actuado incorrectamente, en lo que estoy de acuerdo, y otra cosa distinta es que esa incorrecta actuación constituya o no un delito, y esto último es lo que de inmediato someteré a análisis.

III. EN LO QUE NO ESTOY DE ACUERDO CON LA STS 79/2012, DE 9 DE FEBRERO: IMPOSIBILIDAD DE PREDECIR LA CONDENA AL JUEZ GARZÓN

El mismo Juez estadounidense Oliver Wendell Holmes decía con mucha razón que lo que pretende un cliente que acude a un despacho de abogados para plantear una duda es que el abogado que le atiende le formule una predicción o profecía sobre lo que puede ocurrirle en sentido jurídico (36). Pues bien en la hipótesis de que antes de la condena del Juez Garzón un ciudadano hubiera preguntado a un abogado si la escucha ordenada por un magistrado a un recluso y a su letrado podría ser castigada como un delito de prevaricación, me resulta muy difícil de imaginar que el abogado hubiera contestado con un rotundo sí a la pregunta planteada. La Sala Segunda del Tribunal Supremo que ha expulsado a Garzón de la judicatura opina que existe un delito de prevaricación judicial cuando existe «una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma aplicada en el caso, de tal forma que la decisión cuestionada no pueda ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho» (37). ¿Es cierto que la resolución del Magistrado no puede ser explicada mediante ninguna interpretación razonable empleando los métodos admitidos en Derecho? Veámoslo.

noma de Madrid, núm. 22, 2010-II, págs. 240 y sigs., cuyo hijo fue objeto de las escuchas telefónicas ordenadas en el caso Gürtel por el Juez Garzón. En este sentido están a favor de la STS 79/2012, de 9 de febrero: J. CREMADES, «El “caso Garzón” y el derecho de defensa», diario *El País*, de 1 de marzo de 2012, págs. 27-28; F. J. MUÑOZ CUESTA, «Delito de prevaricación y contra las garantías constitucionales cometidos por Juez de instrucción al interceptar las comunicaciones entre imputados presos y sus defensas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, abril de 2012, pág. 14; J. J. GONZÁLEZ RUS, «El “caso Garzón”», diario *ABC*, de 19 de abril de 2012; K. AMBOS, «Los procedimientos contra Garzón», diario *El Mundo*, 24 de febrero de 2012.

(36) Cfr. Oliver Wendell HOLMES, Jr., *La senda del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, trad. y estudio preliminar de José Ignacio SOLAR CAYÓN, págs. 55 y sigs.

(37) STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 5, apartado 2.

1. *¿Se trata de una conducta consistente en «dictar»
(una resolución judicial)?*

Empezaré por el principio: el verbo «dictar» no debe ser interpretado necesariamente, según indica el Diccionario de la Real Academia Española, como el acto de «decir alguien algo con las pausas necesarias o convenientes para que otro lo vaya escribiendo» (38). También «dicta» el que escribe por sí mismo la resolución formal y después la suscribe; el que expresa oralmente la resolución y luego la redacta de su puño y letra, y la firma (39); el que redacta un borrador de resolución por sí mismo pero que luego transcribe al ordenador otra persona y la firma en papel el primero; o el que firma la resolución colegiada y escrita personalmente por el ponente. Ahora bien, la actividad jurisdiccional no sólo consiste en dictar resoluciones, sino que puede ser de muy variada naturaleza sobre todo en el caso de un juez de instrucción. De acuerdo con el artículo 117.3 CE la potestad jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (40), aunque la función ejecutiva, llevada a cabo a través de un procedimiento de ejecución, consiste ante todo en un control de la actividad de otros («hacer ejecutar»): el juez no cobra personalmente las multas, ni retira por sí mismo el carné de conducir, ni conduce en su propio coche al condenado a pena de prisión a un establecimiento penitenciario y le encierra en él: estas actividades son realizadas por otros (la Administración Pública), pero bajo control judicial. Claro que en fase ejecutiva pueden ser dictadas resoluciones —por ejemplo, los Autos de revisión de sentencia debidos a la promulgación de una ley posterior más favorable o los Autos de refundición de condenas del artículo 988, párrafo tercero, de la LECrim—, pero no todo lo que ocurre en fase ejecutiva requiere necesariamente dictar una resolución judicial. También pueden ser dictadas resoluciones judiciales en fase de instrucción, pero tampoco es imprescindible que todo lo que realice el juez en esta etapa sea a través de una resolución judicial.

(38) El ATS (Sala de lo Militar) de 27 de octubre de 2008, FJ 2, declara lo siguiente: «El CP común aplicable también en este caso para completar el tipo penal del CPM [Código Penal Militar], utiliza la palabra “dictar” que implica algo más que redactar, en suma se requiere que la redacción esté incorporada al proceso.»

(39) Artículo 245.2 LOPJ: «Las sentencias podrán dictarse de viva voz cuando lo autorice la Ley.»

(40) Cfr. M. GARCÍA ARÁN, *La prevaricación judicial*, Madrid, Tecnos, 1990, págs. 69 y 92, quien correctamente vincula el bien jurídico afectado por el delito de prevaricación a la potestad jurisdiccional definida en la Constitución.

Eso es lo que ocurre en el presente caso, en el que el Juez Garzón dictó el Auto de 27 de marzo de 2009 disponiendo que se excluyeran de la causa las conversaciones entre los imputados y sus Letrados y, a continuación, dio una orden verbal al funcionario de su Juzgado encargado de la tramitación de la causa para que suprimiera los párrafos en cuestión de la transcripción de las conversaciones intervenidas (41). Esa orden verbal dirigida al funcionario no es, desde luego, una resolución, sino el cumplimiento de lo dispuesto en el Auto. Luego esa orden verbal no puede constituir la conducta de «dictar» una resolución judicial. Además de que, según la sentencia, la conducta típica es la de dictar los Autos de 19 de febrero y 20 de marzo de 2009, y no el de 27 de marzo del mismo año (42). Asimismo tampoco cabe imputar al Juez el hecho de que el funcionario no cumpliera completamente la orden recibida, de tal modo que, después de haberla cumplido parcialmente, restara todavía en las actuaciones la transcripción de ciertas conversaciones entre los imputados y sus Abogados; eso supondría imputar a Garzón hechos ajenos, no propios, lo que implicaría una vulneración de la Constitución, en cuanto prohíbe la transmisión de la posible responsabilidad penal de otro (43).

2. ¿Estamos ante una «resolución judicial»?

En segundo lugar, hay que examinar el elemento típico objetivo de «resolución judicial». Puesto que la función de los jueces y tribunales es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así, según se ha dicho antes, lo impone la Constitución en su artículo 117.3, sólo son resoluciones aquellas en las que se ejercitan aquellas funciones, es decir, las que tienen carácter jurisdiccional, y no bastan los llamados acuerdos, previstos en el artículo 244 LOPJ (44). Por el artículo 245.1 LOPJ sabemos que tales resoluciones con carácter jurisdiccional pueden ser providencias, autos o sentencias. En los tipos delictivos de los artículos 446.3.º y 447 el delito recae sobre «sentencia o resolución», mientras que en las figuras

(41) Cfr. la STS 79/2012, de 9 de febrero, hechos probados, último párrafo.

(42) STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 11, apartado 1.

(43) Cfr., con amplias referencias de doctrina científica, jurisprudencia y doctrina del TC, A. CUERDA RIEZU, «El principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 62, 2009, págs. 157-209.

(44) Sin embargo, la STS 333/2006, de 15 de febrero, FJ 2, considera que un acuerdo del artículo 244 LOPJ puede dar lugar a un delito de prevaricación, lo que a mi entender representa una interpretación extensiva y, por lo tanto, contraria al principio de legalidad penal. A favor de la tesis de que sólo son resoluciones las mencionadas en el artículo 245 LOPJ, el ATS (Sala de lo Militar) de 27 de octubre de 2008, FJ 2.

de los artículos 446.1.º y 446.2.º lo que se ha de dictar es una «sentencia injusta». Hay que advertir que la resolución es tal «desde la cruz a la raya», es decir, desde el encabezamiento hasta la firma del juez o jueces, y, por lo tanto, la injusticia de la resolución no tiene que consistir necesariamente en el fallo o aspecto dispositivo, ni tampoco de manera exclusiva en los fundamentos de Derecho; existen supuestos próximos a las falsedades documentales que, a mi entender, pueden dar lugar a prevaricación: también puede ser injusta una resolución por alteración de la fecha de emisión, por dar por probados hechos que no lo han sido o mediante pruebas que no se han practicado, por alterar las reglas sobre la votación, por considerar presentes en la votación a magistrados que realmente no acudieron al acto, etc.

Entre prevaricación administrativa (art. 404 del CP) y prevaricación judicial hay una cierta relación, ya que ambas consisten en dictar una resolución, resolución que además ha de ser: arbitraria en el caso de la prevaricación administrativa, e injusta, en la hipótesis de la judicial. La condición de juez o magistrado del autor de la prevaricación judicial determina una mayor gravedad de este delito, lo que se traduce en la mayor severidad de las penas del mismo (45) y en que es punible la prevaricación judicial imprudente (art. 447 CP), en tanto que no está incriminada la prevaricación administrativa imprudente. No está claro si el juez también puede cometer prevaricación administrativa (46), pues si bien, por un lado, puede ser calificado de funcionario público en el sentido amplio que otorga el artículo 24.2 CP a esa denominación, y puede dictar resoluciones no judiciales (por ejemplo, los acuerdos gubernativos), tal resolución no supondría un delito contra la Administración Pública (sino contra la Administración de Justicia) como ponen de relieve los rótulos tan diferentes de los Títulos XIX y XX del Código Penal. La propia existencia de prevaricación administrativa implica que no hay que agotar la vía administrativa ni además acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, porque si eso fuera necesario, no existiría ninguna prevaricación administrativa: en todo caso, por el contrario, siempre estaríamos ante una prevaricación judicial si la resolución judicial confirmara la previa resolución administrativa.

En el ámbito de la prevaricación administrativa la jurisprudencia exige que se trate de un «acto decisorio, que resuelve sobre el fondo del asunto, con eficacia ejecutiva» (47). No creo que sea exigible un requisito equivalente cuando

(45) Cfr. en el mismo sentido, entre otras muchas, la STS 2338/2001, de 11 de diciembre, FJ 5.

(46) La doctrina científica admite tal posibilidad: cfr. R. FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 86 y nota 132.

(47) Vid. SSTS 443/2008, de 1 de julio, FJ 4.2 (lo recoge como opinión de un sector doctrinal); 48/2011, de 2 de febrero, FJ 4.

nos encontramos en el ámbito de la prevaricación judicial, pudiendo cometerse delito al dictar una resolución de trámite, interlocutoria, lo que ocurre con las providencias. Y no lo creo, por la mayor gravedad de la prevaricación judicial: también una resolución interlocutoria puede ser radicalmente injusta y afectar a un importante derecho fundamental.

La resolución judicial no tiene por qué ser firme (48). Pero, a mi entender, la resolución prevaricadora ha de producir todavía efectos, lo que no ocurrirá si ha sido suspendida, sustituida o anulada bien por el propio juez que la dictó bien por un órgano jurisdiccional superior. Esto es consecuencia de la existencia de incidentes y recursos que permiten depurar o expulsar del proceso las resoluciones erróneas, pero no prevaricadoras, y, por tanto, merecedoras simplemente de la consecuencia de la nulidad o al menos de su sustitución. Como indica Juan Córdoba:

«Resultaría un total y pleno absurdo el que toda ilegalidad comportara la injusticia de la Sentencia o resolución y la consiguiente aplicación del tipo del artículo 446 del Código Penal. Es más, corresponde a la lógica del sistema jurídico el entender que el que la ilegalidad de la resolución alcance el grado de la injusticia requerida para la aplicación del artículo 446 del Código Penal debe corresponderse a algo totalmente excepcional. Tanto el dato de que el sistema jurídico prevea un sistema de recursos, como el principio de intervención mínima conducen a entender que únicamente existirá una Sentencia o resolución injusta según el tenor del artículo 446 del Código Penal, en un grupo de supuestos excepcional» (49).

En sentido similar se pronuncia mi maestro Enrique Gimbernat:

«Junto a estas resoluciones “clamorosas y groseramente” equivocadas, el segundo grupo de casos abarca aquellas otras que *también* infringen alguna disposición legal, pero que sólo constituyen, en palabras del TS, una “mera ilegalidad que puede ser producto de una interpretación errónea o equivocada del Derecho”, y que “tienen sus posibilidades de corrección en los recursos propios del caso”. A estas resoluciones “meramente ilegales” hay que negarles, *en principio*, el carácter de prevaricadoras, tal como ha establecido *expresamente* el TS en numerosas resoluciones: últimamente en el ya citado auto de 21 de septiembre de 2001,

(48) Cfr. en este sentido J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*, 6.ª ed., Barcelona, Atelier, 2010, pág. 1223.

(49) J. CÓRDOBA RODA, «El delito de prevaricación judicial», en J. L. Díez Ripollés/C. Romeo Casabona/L. Gracia Martín/J. F. Higuera Guimerá (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 1225.

donde se puede leer que “tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala que no basta la constatación de una determinada ilegalidad de una resolución judicial contraria a Derecho para que nos encontremos ante un delito de prevaricación”, ya que “entonces sobrarían los recursos y el sistema jurídico que conocemos caería por su base”» (50).

La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo asume el criterio de que la resolución prevaricadora no debe haber sido anulada por un tribunal superior en la STS 101/2012, de 27 de febrero, recaída poco después en la causa que absuelve a Garzón de haber cometido prevaricación en el proceso por las desapariciones forzadas y los menores secuestrados durante el franquismo:

«Ahora bien, como desarrollaremos, el delito de prevaricación no se produce por la aplicación errónea del derecho sino por dictar, a sabiendas, una resolución injusta. El error del magistrado instructor ha sido corregido en vía jurisdiccional por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y a esa resolución ha de estarse por emanar del órgano jurisdiccional competente para esa declaración. La contradicción al derecho tiene su método de corrección a través del sistema de recursos establecidos en la ley procesal para ajustar la resolución a la ley. La prevaricación supone, por lo tanto, algo más que la errónea aplicación del Derecho y ese “plus” se encuentra en la injusticia de la resolución» (51).

La única diferencia en el presente caso de la Sentencia condenatoria, STS 79/2012, de 9 de febrero, es que en ésta la sustitución de la resolución que se considera prevaricadora (52) no se debe a un recurso del abogado. Lo que sí existe es un informe del fiscal en el que solicita la exclusión de las conversaciones, y tal exclusión se produce mediante el Auto de 27 de marzo de 2009. Luego no se entiende que unos autos que ya no producen plenos efectos, como son los de 19 de febrero de 2009 y 20 de marzo de 2009, por haber sido sustituidos por el de 27 de marzo de 2009, que ordena la exclusión de las transcripciones de las conversaciones entre los imputados y sus letrados, puedan suponer ese «plus» adicional de contrariedad a Derecho y sean reputados prevaricadores.

(50) E. GIMBERNAT ORDEIG, *Estado de Derecho y ley penal*, Madrid, La Ley, 2009, pág. 142 (cursivas en el original).

(51) STS 101/2012, de 27 de febrero, FJ 3; de manera similar en FJ 7.

(52) La STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 13, apartado 8, considera que la conducta prevaricadora es única y no hay delito continuado, con el argumento de que tras el Auto de intervención de las comunicaciones de Garzón de 19 de febrero de 2009, el segundo Auto de Garzón, de 20 de marzo de 2009, sólo supone la prórroga temporal del primero.

3. ¿Cabe calificar las resoluciones de Garzón de «injustas»?

Aunque este elemento normativo es el más difícil de precisar, no parece que el Código Penal emplee este término en un sentido iusnaturalista, esto es, en el sentido de justicia como valor que trasciende al Derecho. En otros lugares del mismo texto legal aparece el mismo vocablo (53) u otros equivalentes, como ilegítimo (54) o ilícito (55), y en todos ellos se viene a querer significar más o menos lo mismo: la contrariedad entre un término de comparación (normalmente una conducta) y —como el otro término de comparación— el Derecho; dicho más brevemente, con una sola palabra compuesta: la anti-juridicidad, que escribo a propósito con un guión entre las dos más simples que la integran.

¿Podemos aplicar esa calificación de antijurídicas a las resoluciones de Garzón?

Según la Sala Segunda del Tribunal Supremo, esto es evidente «a ojos de cualquiera». Pero si esto es en verdad así, ¿por qué la Sala Segunda emplea nada menos que doce fundamentos de Derecho —del quinto al decimosexto— y aproximadamente treinta y dos páginas de su resolución para fundamentar que las decisiones de Garzón son injustas y, por lo tanto, para sustentar la condena? Algo no debe estar tan claro, cuando se emplea tanto esfuerzo argumental...

A) *Vulnerar un derecho fundamental no siempre constituye delito*

De entrada tengo que advertir que vulnerar un derecho fundamental no siempre ni necesariamente supone cometer un delito, ya que existen vulneraciones que no dan lugar a delito; y al revés: hay figuras delictivas —por ejemplo, los delitos contra la propiedad o las falsedades que atentan contra la fe pública— en las que el bien jurídico protegido no reviste la naturaleza de un derecho fundamental. Si vulnerar un derecho fundamental equivaliera siempre a cometer

(53) En los delitos de coacciones (art. 172 CP) y de prevaricación administrativa (art. 404 CP).

(54) Así en referencia a la legítima defensa (art. 20.4.º CP), a la reunión o manifestación ilícita (art. 514.4 CP), o al delito contra la libertad religiosa (art. 522.1.º CP).

(55) En relación con la persona jurídica [art. 66.2.º, b) CP], y con distintos delitos, como la recepción de órgano de origen ilícito (art. 156 bis.2 CP), el descubrimiento o revelación de secretos (art. 197.4 CP), el delito relativo a la propiedad intelectual (art. 270.2 CP), el delito relativo al mercado y a la protección de los consumidores (art. 280 CP), el blanqueo de dinero (art. 301.1 CP), el tráfico de drogas (art. 371.1 CP) y el uso de armas (art. 565 CP).

un delito, entonces todo fallo estimatorio de amparo del Tribunal Constitucional contra una resolución judicial debería dar lugar a la incoación automática de unas diligencias por prevaricación, incluso cuando tal resolución procede de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo que nunca se ha producido (56), como demostró en su día Enrique Gimbernat con numerosos supuestos en relación con la sentencia que condenó por prevaricación a Gómez de Liaño (57).

Por otro lado, como los derechos fundamentales no están jerarquizados, no podemos asegurar *a priori* que el derecho de defensa prevalece de forma general sobre cualquier otro. Para llegar a tal conclusión es necesario realizar una ponderación *concreta* de los derechos fundamentales que entran en colisión, es decir, prestando atención a las circunstancias particulares del caso. Claro que, al resaltar la importancia del derecho de defensa, lo que se aprecia desde el fundamento jurídico preliminar de la sentencia que examino, ésta utiliza la técnica argumental de desviar la atención del lector hacia algo distinto del delito de prevaricación, precisamente al atentado contra el derecho de defensa, concentrando todos los focos sobre él, con la pretensión que resulte así aún más evidente la gravedad de los hechos imputados al Magistrado. El razonamiento deductivo que emplea la Sala Segunda no es el de examinar primero si se dan todos los elementos delictivos de la prevaricación, para concluir que hay en efecto prevaricación, sino el de afirmar en primer lugar que como el derecho de defensa es muy importante, y aquí ha sido vulnerado, *ergo* hay prevaricación, lo que se demuestra en último término porque se cumplen sus elementos.

Pero no hay que olvidar que el delito de prevaricación judicial ataca de forma directa el bien jurídico del normal funcionamiento de la Administración de Justicia (58), de tal modo que la posible vulneración del derecho de defensa o de otro derecho fundamental (por ejemplo, el de presunción de inocencia) a través de una resolución injusta sólo se produce de forma indirecta.

(56) Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo parece interpretar que la vulneración del principio de legalidad penal implica la comisión de un delito de prevaricación; así el ATS (Sala especial del art. 61 de la LOPJ) de 21 de noviembre de 2005, FJ 3, argumenta para rechazar el delito de prevaricación que «las resoluciones objeto de estudio no constituyen un apartamiento del principio de legalidad». En sentido similar, ATS de 15 de marzo de 2012, FJ 4. Por su parte, R. FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 141, considera que sólo es injusta una resolución que —además de impedir el funcionamiento de los órganos judiciales con arreglo a Derecho— «conculca, al mismo tiempo, algún principio constitucional».

(57) Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Estado de Derecho y ley penal*, Madrid, La Ley, 2009, págs. 113-115, 129-131 y 149.

(58) En este sentido, *vid.*, por ejemplo, el ATS de 11 de mayo de 2010, FJ 6.

B) *La escasa calidad de las normas que se consideran infringidas por Garzón*

La contradicción entre las resoluciones de Garzón y el Derecho se concreta, según la Sentencia que expulsa a Garzón de la judicatura, en que se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones entre los letrados y sus clientes, de acuerdo con las normas que los regulan. Tales normas son el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y el artículo 51.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP).

Para examinar si la intervención en un derecho está prevista legalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado el concepto de «calidad de la Ley», con el que se refiere a los requisitos de forma —como reglas claras y detalladas, accesibilidad de la ley y determinación de las consecuencias que se deriva de la intervención— que ha de reunir una disposición para entender que cumple la exigencia de previsión legal del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pues bien, el citado Tribunal Europeo ha criticado la manera en que están previstas en España las escuchas telefónicas y de las comunicaciones. Así, la STEDH *Valenzuela Contreras contra España*, de 30 de julio de 1998, aunque «es consciente de los esfuerzos realizados por el legislador y el poder judicial para introducir, en la legislación y en la jurisprudencia españolas, las garantías exigidas por el Convenio en la materia» (§ 58), declara que «el Derecho español, escrito y no escrito, no indicaba con suficiente claridad la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en este tema» (§ 61). Y en la posterior STEDH *Prado Bugallo contra España*, de 18 de febrero de 2003, «el Tribunal considera que las garantías introducidas por la Ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las sentencias *Kruslin* contra Francia y *Huvig* contra Francia, para evitar abusos» (§ 30), y reconoce que «estas lagunas han sido señaladas por las jurisdicciones superiores españolas que han entendido que las modificaciones realizadas por esta Ley eran insuficientes para responder a las garantías que deben rodear las intervenciones telefónicas. Por esto, además de las disposiciones legislativas, el Tribunal Supremo, principalmente en su Resolución de 18 de junio de 1992 [...], así como el Tribunal Constitucional, consideraron necesario definir toda una serie de garantías complementarias» (§ 31); por ello el «Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] constata que, si la Ley de 1988 supuso un progreso innegable, todavía persistían importantes lagunas en el momento en que fueron realizadas las intervenciones telefónicas» (§ 32), de modo que concluye que «ha habido violación del artículo 8 del Convenio» (§ 33). Posteriormente el

TEDH ha expresado (59) que, aunque sería deseable una modificación legislativa para adecuar el régimen de las escuchas a las exigencias del Convenio, tales exigencias han quedado cumplidas por la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (españoles), por lo que no aprecia una insuficiencia en la calidad de la ley, entendida ésta en sentido amplio.

Las SSTC 202/2001, de 18 de octubre; 184/2003, de 23 de octubre, y 26/2006, de 30 de enero, han reconocido que el artículo 579 LECrim (en su redacción anterior y en la vigente, dada por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo) adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el artículo 18.3 CE, pero en la actualidad tales defectos han quedado subsanados por la doctrina conjunta del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Estas carencias que afectan al artículo 579 LECrim son igualmente predicables del artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (60), que según la sentencia que comento también fue infringido por el Juez Garzón. Pues bien, si la calidad de ambos preceptos es, desde la perspectiva de un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, manifiestamente mejorable, no parece tan claro que las Resoluciones de Garzón entraran en contradicción con dichas normas (61).

C) *El carácter secreto de la intervención de las comunicaciones y la afectación del derecho del interlocutor*

Me interesa destacar ahora dos aspectos de la intervención de las comunicaciones orales, telefónicas o escritas. Por un lado, que la intervención de las

(59) A partir del caso *Abdulkadir Coban contra España*, Decisión de 26 de septiembre de 2006, y del caso *Fernández Saavedra contra España*, Decisión de 7 de septiembre de 2010. La posterior STEDH *Alony Kate contra España*, de 17 de enero de 2012, considera que la queja de vulneración del artículo 8 del Convenio carece de fundamento, porque las escuchas fueron declaradas ya ilegales en España.

(60) De acuerdo con la STEDH *Valenzuela Contreras contra España*, de 30 de julio de 1998, § 59, estas carencias son: «la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial, la naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar, la fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida, las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas, y la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas».

(61) El propio autor de las resoluciones declaró en «Reflexión de Baltasar Garzón», en su libro *La lucha contra el terrorismo y sus límites*, Las Rozas (Madrid), Adhara, 2006, págs. 421-422: «no acaba de entenderse que no se haya procedido ya a las modificaciones legislativas necesarias, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal (escuchas telefónicas)».

comunicaciones de una persona libre —es decir: que no se encuentra en prisión provisional ni condenada a pena de prisión— se realiza en secreto, ya que se trata de descubrir indicios de que el sospechoso realmente está cometiendo el delito que se investiga, por lo que el descubrimiento no sería posible si el afectado estuviera alertado de que alguien controla sus conversaciones. Por ello, no es posible que el abogado del afectado recurra estas resoluciones que ordenan la intervención, porque las desconoce completamente. Sólo cuando se levanta el secreto del sumario o de las diligencias, el abogado del imputado se entera de que ha existido tal intervención, y en ocasiones incluso al leer la transcripción de las conversaciones se percata de que él mismo ha sido escuchado al establecer comunicación con su cliente. Para la defensa, las posibilidades de impugnación de este hipotético medio de prueba se abren después, ante la Audiencia Provincial o ante el Tribunal Supremo. Por lo tanto, las posibles impugnaciones o recursos contra las resoluciones judiciales de intervención, en el momento en que son dictadas, únicamente pueden provenir del fiscal, ya que el abogado sólo conoce la intervención cuando ésta ha concluido.

Respecto a las personas que se encuentran ingresadas en un establecimiento penitenciario, bien en prisión provisional bien cumpliendo una condena de prisión, los artículos 43.1 y 46.5.^a del vigente Reglamento penitenciario exigen que el Director del establecimiento notifique la medida de intervención de las comunicaciones orales o escritas a la persona afectada (62). ¿Rige esta obligación también cuando es el juez quien ordena la intervención de las comunicaciones? Pues no está claro: por un lado, parece que para ejecutar la intervención ordenada judicialmente es preciso —por razones de infraestructura— contar con la participación personal de los funcionarios del establecimiento, por lo que el Director va a conocer necesariamente la orden dictada por el órgano judicial; pero por otro lado, el Director tendrá que someterse a lo que le indique la resolución judicial en relación con el mantenimiento o no del secreto de la intervención. En el presente caso no consta que el Director del establecimiento comunicara la medida a los imputados del caso Gürtel.

Por otro lado, las resoluciones que autorizan la intervención de las comunicaciones se dictan normalmente en relación con una persona que resulta sospechosa de haber cometido o de ir a cometer un delito; pero lógicamente, cuando se dictan esas resoluciones, no tiene por qué haber indicios delictivos respecto al o a los interlocutores de esa persona, y lo más normal será que no los haya. En efecto, para que haya una comunicación, tiene que haber al menos dos inter-

(62) Las SSTC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6, y 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 2, exigen tal notificación.

locutores. Pues bien, sólo uno de ellos debe despertar las sospechas para que se autorice la intervención; el otro puede aparecer inicialmente, e incluso, resultar después, plenamente inocente. Pero, sin embargo, también queda afectado su derecho al secreto de las comunicaciones (63). Ese otro interlocutor, sobre el que no pesa ningún indicio delictivo, puede ser cualquier persona, incluso un abogado. Pues bien, esta intervención accidental también afecta al derecho de defensa y, sin embargo, en cuanto es fortuita no sería, según el Tribunal Supremo, prevaricadora. Un ejemplo extremo de la posibilidad de afectar a personas sobre las que no existe ningún indicio delictivo es la intervención de una cabina telefónica, desde la que cualquiera puede llamar, supuesto que aparece mencionado incluso en alguna Sentencia del Tribunal Constitucional, sin que le parezca que se incurra por ello en una decisión desproporcionada ni, por tanto, tampoco en una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (64).

D) *La posible interpretación literal de que la intervención de las comunicaciones de un recluso puede realizarse —alternativamente y no cumulativamente—, bien por orden de la autoridad judicial, bien en los supuestos de terrorismo*

Volvamos ahora al artículo 51.2 de la Ley Penitenciaria que, según la sentencia condenatoria del Supremo, ha sido infringido por las resoluciones de Garzón. Este precepto permite que las comunicaciones del interno con su abogado puedan ser intervenidas «por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo». Sabemos que, para adecuar este precepto al artículo 18.3 CE, el Tribunal Constitucional ha interpretado que la autorización judicial y en los supuestos de terrorismo son requisitos cumulativos y no alternativos (65). Ahora bien, desde el punto de vista legal y con el fin de saber si la actuación de Garzón constituye o no delito de prevaricación, ¿es indefendible una interpretación literal de la conjunción «y» en sentido disyuntivo en vez de usarla en sentido copulativo? ¿Violento yo de manera intolerable el lenguaje si digo «esta tarde podemos ir al cine y al teatro», cuando sólo tenemos tiempo para ir al cine o al teatro? Creo que no. La conjunción «y» puede ser usada en castellano en

(63) La STC 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6, c), reconoce que «el recluso puede ponerse en comunicación con ciudadanos libres, a los que también les afecta el acto administrativo de intervención»; lo mismo habría que aceptar si la intervención no es administrativa sino judicial.

(64) *Vid.* STC 14/2001, de 29 de enero, Antecedente 3.

(65) Así, las SSTC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5, y 58/1998, de 16 de marzo, FFJJ 2, 5 y 6. La STS 538/1997, de 23 de abril, FJ 7, recuerda simplemente esta doctrina constitucional.

sentido disyuntivo, de modo que con este criterio lingüístico sería defendible la intervención de las comunicaciones en la investigación de un delito que no sea de terrorismo, como es el caso que nos ocupa. La Real Academia Española de la Lengua indica al respecto lo siguiente:

«La conjunción copulativa *y* y la disyuntiva *o* parecen denotar conceptos antagónicos, pero el hecho de que la disyunción se pueda interpretar como inclusiva acerca a veces el sentido de las expresiones en las que aparecen, sobre todo en los CONTEXTOS GENÉRICOS: *Se entra por esa puerta {y ~ o} por aquella*. Confluyen especialmente ambas conjunciones en enumeraciones abiertas que ilustra, pero no agotan, todas las posibilidades, como en *Borges, Cortázar {y ~ o} Mujica Lainez son grandes escritores argentinos*» (66).

Esta hipótesis interpretativa permite que las resoluciones valoradas por el Tribunal Supremo no sean consideradas «a ojos de cualquiera» como «un acto de mero voluntarismo» ni, por lo tanto, como prevaricadoras (67).

E) *La discutible constitucionalidad del artículo 51.5 LOGP resulta incompatible con la interpretación generalmente admitida del artículo 51.2 LOGP*

El artículo 51.5 LOGP permite que el Director del establecimiento penitenciario pueda suspender o intervenir motivadamente cualquier tipo de comunicaciones orales y escritas previstas en ese artículo 51 LOGP, dando cuenta a la autoridad judicial competente. Ahora bien, este artículo 51.5 LOGP no tiene justificación constitucional ni en el artículo 18.3 CE, ni en el artículo 25.2 CE, ni en el artículo 55.2 CE.

No se justifica en el artículo 18.3 CE, ya que la expresión de este precepto «salvo resolución judicial» hay que interpretarla en el sentido siguiente: «salvo que lo autorice una resolución judicial». Ahora bien, si es esta resolución judicial la que puede legitimar una medida —como las escuchas o la apertura de la correspondencia—, que en principio afecta al derecho al secreto de las comu-

(66) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA/ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Nueva gramática de la lengua española. Manual*, Madrid, Espasa Libros, 2010, pág. 614, apartado 31.4.1b.

(67) En sentido similar: J. M. ASENCIO MELLADO, «La STS 79/2012, de 9 de febrero. Garzón y una prevaricación inexistente», cit., pág. 10; M.-J. DOLZ LAGO, «Condena del juez Garzón por las “escuchas del caso Gürtel”», *Diario La Ley*, núm. 7889, 27 de junio de 2012.

nicaciones, parece obvio que para que produzca ese efecto legitimador de tales medidas, deba producirse con carácter *previo* a las mismas y no *a posteriori*, tal y como, sin embargo, permite el artículo 51.5 LOGP (68).

No es posible entender que en materia de derechos fundamentales del condenado a pena de prisión el artículo 25.2 CE se está remitiendo *in toto* a la ley penitenciaria, ya que eso supondría *desconstitucionalizar* plenamente esta materia, de modo que en teoría cabría privar a los reclusos del derecho a la vida, de la protección contra la tortura, las penas o tratos inhumanos o degradantes, etc. Mediante esta reducción al absurdo cabe comprobar que no se le puede privar al recluso de todos y cada uno de los derechos fundamentales, ya que hay que darle contenido a la primera parte de la declaración constitucional: «el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción...».

Tampoco cabe justificar la potestad del Director de suspender o intervenir las comunicaciones en el artículo 55.2 de la Constitución, en cuanto que este precepto permite suspender el artículo 18.3 CE sólo en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, en tanto que tal potestad del director de un órgano administrativo se extiende a todos los casos del artículo 51 LOGP, y no sólo a los de terrorismo (69).

A la vista de esta dudosa constitucionalidad del artículo 51.5 LOGP, resulta llamativo que según la interpretación general del artículo 51.2 LOGP, un Director de establecimiento penitenciario, es decir, un órgano administrativo, pueda hacer algo que le está vedado a un juez, ya que en supuestos de terrorismo puede ordenar personalmente la suspensión o intervención de las comunicaciones entre un recluso y su letrado (70) y, sólo después de hacerlo, darle cuenta a la

(68) La SSTC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3; 106/2001, de 23 de abril, FJ 6, y 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6, c), no entran a examinar la posible inconstitucionalidad de este artículo 51.5 LOGP, sino que soslayan el problema mediante el método de apuntalar el precepto interpretando que la expresión «dando cuenta a la autoridad judicial competente» no implica una mera dación de cuenta, sino que implica un verdadero control judicial, pero efectuado *a posteriori* por el juez, lo que en verdad no cumple lo exigido por el artículo 18.3 CE.

(69) Esto diferencia el artículo 51.5 LOGP con el artículo 579.4 LECrim, ya que este último precepto, en cuanto autoriza la intervención de comunicaciones a órganos administrativos, pero sólo en supuestos de terrorismo, sí puede ser considerado como un caso de aplicación del artículo 55.2 CE, es decir, como una suspensión de un derecho fundamental prevista constitucionalmente.

(70) La ahora comentada STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 8, apartado 6, descarta esta posibilidad con apoyo en una sentencia suya anterior (la STS 538/1997, de 23 de abril); pero de esa manera se olvida que el texto literal inequívoco del artículo 51.5 LOGP autoriza al Director del establecimiento penitenciario la intervención a todas las comunicaciones «previstas en este artículo», lo que incluye las mantenidas entre un recluso y su abogado.

autoridad judicial competente. Mientras que —según la opinión dominante y según la Sentencia condenatoria— para que el juez pueda autorizar esas escuchas entre un interno y su abogado debe dictar un auto de intervención que cumpla todas las exigencias constitucionales y del Convenio Europeo de Derechos Humanos antes de que se inicien las escuchas y, además, eso sólo sería legítimo en supuestos de terrorismo. Un mundo al revés. Lo lógico sería interpretar el artículo 51.2 LOGP de tal manera que el juez tuviera más —y no menos— potestades que el Director de un centro penitenciario.

- F) *El vigente Reglamento Penitenciario permite una interpretación sistemática conforme a la cual cabe que un juez autorice las escuchas entre un interno y su Abogado en supuestos delictivos que no sean de terrorismo*

Otro argumento sistemático: el artículo 46.6 del Reglamento Penitenciario vigente, de 1996, se refiere a las comunicaciones escritas, no a las orales, entre los internos y su Abogado defensor o Procurador, e impone que «sólo podrán ser intervenidas por orden de la autoridad judicial», olvidándose, por tanto, de exigir además y cumulativamente que se trate de un supuesto de terrorismo. Es evidente que el Reglamento no puede modificar a la ley (71), y también es obvio que no hay diferencias entre las comunicaciones orales y las escritas (72), pero a la vista de este precepto reglamentario no es tan descabellado interpretar que un juez puede autorizar la intervención de las conversaciones entre un interno y su Abogado defensor cuando el hecho imputado al interno no sea constitutivo de terrorismo.

- G) *Una resolución no es injusta por oponerse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*

Ya he indicado anteriormente que el vocablo «injusta» debe ser interpretado en el sentido de antijurídico o contrario al Derecho. Pues bien, dentro de ese concepto de Derecho —que la concreta resolución debe contrariar— no cabe incluir a la jurisprudencia ordinaria o del Tribunal Supremo, ya que, por un lado,

(71) Pese a todo, la STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 7, menciona esta norma del Reglamento Penitenciario y no le pone ninguna pega constitucional.

(72) En el plano constitucional a esta conclusión llega la STC 58/1998, de 16 de marzo.

y según prescribe el artículo 117.1 CE, los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley (y no al imperio de la jurisprudencia) y, por otro lado, y de acuerdo con el artículo 1.6 del Código Civil, la función de la jurisprudencia no es la de servir de fuente del Derecho, sino la de complementar el ordenamiento jurídico con su doctrina reiterada (73).

La sentencia comentada indica que «esa aplicación de la ley al caso se efectuó separándose absolutamente de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5.1 de la LOPJ) y de esta Sala del Tribunal Supremo, antes expuesta» (74). Pues bien, no es admisible hacer equivaler la injusticia de la resolución a la no aceptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (75). Es más, un delito no puede derivarse de una dudosa ponderación de derechos y deberes no contemplada en la legislación, tal y como hace la sentencia condenatoria, en cuanto que efectúa esa ponderación sobre la base de la doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tribunales cuyas resoluciones producen muy diferentes efectos en nuestro ordenamiento jurídico. Si una resolución judicial efectúa una incorrecta ponderación de derechos, eso puede tener consecuencias jurídicas, como la anulación ordenada por el Tribunal Constitucional, pero no necesariamente la de constituir un delito de prevaricación, que supone una contradicción con el Derecho.

Por otro lado, el supremo órgano de la jurisdicción ordinaria condensa la injusticia de las resoluciones del Magistrado en el dato de que las escuchas fueron ordenadas *sin existir indicios* de que los Letrados estuvieran implicados en la comisión de los delitos investigados; si, por el contrario, hubieran existido indicios de su implicación —lo que ocurrió en el caso de uno de los Abogados defensores de un imputado en el proceso Gürtel—, no habría existido delito. De esto se deduce que el tipo del delito se está configurando de la siguiente manera: «El Juez o Magistrado que, a sabiendas, ordenara la intervención de las comunicaciones entre un imputado y su Abogado defensor *sin que existan indicios* de que el Abogado estuviera implicado en la posible actividad delictiva de su clien-

(73) Cfr. en este sentido: F. M.^a PEDREIRA GONZÁLEZ, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, Universitaria Ramón Areces, 2007, pág. 113; J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 6.^a ed., Barcelona, Atelier, 2010, págs. 1226-1227, quien añade que aún menos habrá prevaricación cuando el juez se aparte de los acuerdos no jurisdiccionales. Cfr. además el Voto Particular de José Manuel Martínez-Pereda RODRÍGUEZ a la STS núm. 2/1999, de 15 de octubre (caso Gómez de Liaño), en el que informa sobre supuestos reales de desobediencia a la jurisprudencia del TS, que nunca han sido perseguidos como delitos de prevaricación (Sobre el fondo, apartado I, B).

(74) STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 12, apartado 5.

(75) En el mismo sentido, J. M. ASENSIO MELLADO, «La STS 79/2012, de 9 de febrero. Garzón y una prevaricación inexistente», *La Ley Penal*, págs. 5 y 10.

te...». Pero, por muy razonable que parezca esto, ¿dónde está la norma penal que contiene ese tipo de delito? No basta para ello con un proyecto de ley (76) —en una suerte de interpretación *pro futuro* que no aparece en el art. 3.1 del Código Civil— ni con una doctrina jurisprudencial, sino que es necesario un precepto de una disposición con rango de ley dictada por las Cortes Generales que lo establezca con meridiana claridad, discriminando además entre la ausencia de indicios (lo que daría lugar a la condena) y la existencia de indicios (lo que ocasionaría la absolucón). Pero lo cierto es que tal norma penal no existe.

4. *La inhabilitación para obtener el cargo de ejercer funciones jurisdiccionales fuera del Poder Judicial*

A mi entender, no resulta razonable que se pretenda impedir que el Juez Garzón pueda ejercer funciones jurisdiccionales fuera del Poder Judicial. Es posible que con esta declaración del fallo (77) se pretenda impedir que el Magistrado pueda pasar a formar parte del Tribunal Constitucional, ya que este órgano —tal y como lo regula la Constitución en su Título IX— no forma parte del Poder Judicial. Lo mismo ocurre con el Tribunal de Cuentas (art. 136 CE). Pero la referida declaración, interpretada de forma estricta, va mucho más allá, ya que provoca dos efectos adicionales: en primer lugar, la incapacidad de obtener funciones en tribunales que se encuentran extramuros del Poder Judicial, como es el caso del Tribunal de las Aguas de Valencia; y en segundo lugar, la incapacidad para incorporarse a Tribunales extranjeros o internacionales. Lo primero puede ser considerado anecdótico, pero lo segundo, no, ya que se le está impidiendo, por ejemplo, ser juez en alguno de los Tribunales Penales Internacionales. Sin embargo, no le impide, por ejemplo, ser fiscal en dichas Cortes.

Creo que esto excede de la capacidad de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El órgano que se sitúa en la cúspide de la jurisdicción española no puede impedir, por ejemplo, que cualquier Estado Parte en el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional le proponga a Garzón como Magistrado de la misma Corte, de conformidad con el artículo 36.4 del propio Estatuto (78). La pena de inhabilitación especial sólo puede producir efectos en territorio bajo la

(76) No obstante, la STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 9, apartado 1, se apoya también en un Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para fundamentar la condena.

(77) El fallo de esta STS 79/2012, de 9 de febrero, es muy similar al fallo de la STS 2/1999, de 15 de octubre (caso Gómez de Liaño), salvo en las extensiones concretas de las penas.

(78) BOE 27-5-2002.

jurisdicción española y no fuera de ella, sencillamente porque la Sala sólo ejerce su jurisdicción «en toda España» (art. 123.1 CE) en los límites marcados por el artículo 23.4 LOPJ, pero no más allá de lo dispuesto en ambos preceptos.

IV. CONCLUSIÓN PARCIAL: LOS PROBLEMAS DE TIPICIDAD DE LA CONDUCTA CONSIDERADA DELICTIVA ASÍ COMO DE LA PENA, DAN LUGAR A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

De lo examinado hasta ahora se deducen diversos problemas de la tipicidad de la conducta: no se *dicta* una resolución cuando se ordena de palabra su cumplimiento a un funcionario; las resoluciones que constituyen el objeto material del delito no pueden ser prevaricadoras al dejar de surtir efectos, pues son sustituidas por una tercera resolución (el Auto de 27 de marzo de 2009); y, por último, con los tradicionales métodos de exégesis jurídica —literal, sistemático, la escasa calidad de la ley que autoriza las intervenciones, las contradicciones entre lo que la ley autoriza a un juez y lo que autoriza a un Director de establecimiento penitenciario, la imposibilidad de que la mera contradicción con la jurisprudencia ordinaria constituya un delito de prevaricación, la indebida extensión de la pena— es sostenible una interpretación contraria a la defendida por el Tribunal Supremo, que, por lo tanto, privaría del carácter de delictiva a la conducta del Magistrado Baltasar Garzón.

¿Incurre la Sala Segunda en una vulneración del principio de legalidad penal? De acuerdo con la reciente STC 148/2009, de 15 de junio, FJ 6, «sólo vulneran el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, así como aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios».

Afirmar como afirma el Tribunal Supremo que no cabe otra interpretación distinta a la suya, puede ser considerado, a la vista de lo analizado hasta aquí, como ilógico o extravagante. En cualquier caso, la base valorativa de esta sentencia es la de que la Sala Segunda parece querer convertirse en un órgano legislativo que crea Derecho al estilo de los sistemas jurídicos anglosajones; por el contrario, el Tribunal Constitucional nos ha dicho lo siguiente: que «en un ordenamiento jurídico como el nuestro, [...] los Jueces y Magistrados se hallan sometidos «únicamente al imperio de la Ley» y no existe, en puridad, la vincu-

lación al precedente» (79), aunque enseguida comprobaremos una excepción en lo que se refiere al precedente propio. De otro lado, en cuanto que la Sentencia condena con la expulsión de la carrera judicial durante un largo período de once años, y no propone ningún indulto, ni siquiera parcial, produce un severo efecto intimidatorio sobre los jueces y magistrados en general, ya que adopta el aire de exigir un obediente acatamiento a su propia jurisprudencia, dando la impresión de que intenta evitar no ya la rebeldía sino incluso cualquier disidencia de los órganos judiciales inferiores.

V. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La doctrina del Tribunal Constitucional acerca del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley ha dado lugar a que en nuestro sistema jurídico se imponga, aunque con matices, la vinculación al precedente propio, no al ajeno. En efecto, el propio Tribunal Constitucional ha exigido en virtud del artículo 14 CE y de la interdicción de la arbitrariedad prevista en el artículo 9.3 CE que «un órgano judicial no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta *ad personam*, singularizada» (80). Es decir, que para cambiar de criterio los jueces o tribunales tienen que demostrar que bien el nuevo caso presenta aspectos que lo diferencian de los anteriores, bien que se apartan de su anterior doctrina por razones de peso.

Veamos. En resoluciones que han precedido a esta que estoy comentando, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha declarado que la injusticia de la resolución prevaricadora es un plus respecto de la mera ilegalidad (81), lo que pone

(79) *Vid.* SSTC 47/1995, de 14 de febrero, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 4; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; 37/2012, de 19 de marzo, FFJJ 4 y 5 (reconociendo una excepción en la vía contencioso-administrativa).

(80) STC 13/2011, de 28 de febrero, FJ 3.

(81) Por ejemplo, STS 359/2002, de 26 de febrero; AATS 10 de octubre de 2006; 17 de febrero de 2004, FJ 4; 2 de febrero de 2009, FJ 7 (cumple el requisito de la alteridad, ya que aunque el querellado es también Garzón, el querellante es otro); 15 de marzo de 2012, FJ 3. También incluyen esa misma declaración otras Salas distintas a la de lo Penal (y, por lo tanto, no serían válidas a los efectos de fundamentar la vulneración del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley): así ATS (Sala de lo Militar), de 24 de febrero de 2009, y STS (Sala especial del art. 61 LOPJ), 20 de noviembre de 2006; así como AATS (Sala especial del art. 61 LOPJ), 20 de diciembre de 2004; 28 de junio de 2005, FJ 4, y 21 de noviembre de 2005. En la doctrina científica,

de relieve que si la ilegalidad se puede superar a través de las vías del proceso, es decir, si la resolución es revocada o suspendida por otra, no cabe condenar por prevaricación. La STS (Sala especial del art. 61 LOPJ), de 20 de noviembre de 2006, FJ 10, declara con absoluta diaphanidad:

«Las resoluciones pueden no ser conformes a la Ley y, obviamente, no ser constitutivas de delito. No es, pues, ese solo dato de que no se ajuste a derecho el que, por sí, puede dar sustento material a una querrela. Si fuera así, toda resolución revocada al ejercerse el derecho de las partes al recurso, por ser contraria a ley, permitiría el ejercicio de la acción penal contra los jueces que la dictaron. Ni siquiera el error judicial del que se puede derivar la responsabilidad patrimonial del Estado aboca necesariamente a la exigencia de la responsabilidad criminal de quienes incurrieron en él» (82).

Si se hubiera aplicado esta jurisprudencia anterior a las escuchas del caso Gürtel, el fallo en esta sentencia habría tenido que ser absolutorio.

Y hubiera tenido que ser igualmente absolutorio si se hubiera aplicado a este caso la doctrina sobre la prevaricación pronunciada dieciocho días más tarde en la STS 101/2012, de 27 de febrero, relacionada también con un posible delito de prevaricación imputado a Garzón. Es cierto que, en cuanto que es una resolución *posterior* a la condenatoria, no puede ser alegada desde la perspectiva del precedente que requiere el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley, pero sí podría ser examinada desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva (83). Pero en cualquier caso, no cabe negar que en el caso de las escuchas se cumplen las tres condiciones que menciona la sentencia sobre las desapariciones forzadas y el secuestro de niños para tal fallo: primera, caben varias interpretaciones sobre el precepto legal aplicado; segunda, las resoluciones de Garzón pueden estar motivadas por un disenso respecto a la doctrina del Tribunal Supremo, que ha quedado justificada en la posibilidad de que los Abogados de la causa Gürtel pudieran colaborar como enlace con el exterior; y tercera, ha existido una revocación del auto de prórroga de intervención de las comunicaciones, no por obra de un tri-

también así M. I. RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 264.

(82) En sentido similar: STS 102/2009, de 3 de febrero; ATS (Sala de lo Militar), 24 de febrero de 2009; ATS 2 de febrero de 2009, FJ 7 (la resolución no puede ser calificada de injusta ya que existe al respecto una infracción disciplinaria); ATS (Sala especial del art. 61 LOPJ), 28 de junio de 2004, FJ 4. Sin embargo, la STS 2338/2001, de 11 de diciembre, FJ 5, se opone de manera aislada a esta doctrina, al afirmar que «el recurso no elimina ni sana el injusto típico realizado por el Juez o Tribunal».

(83) *Vid.* al respecto la STC 96/2006, de 27 de marzo, FJ 5.

bunal superior, sino como consecuencia de una actuación del propio Magistrado Baltasar Garzón, quien dictó el auto de 27 de marzo de 2009, en el que se ordena la exclusión de las conversaciones entre los imputados y sus letrados, dando satisfacción así a la solicitud de una de las partes, a saber, el Fiscal en la causa.

No deja de sorprender que en tan poco espacio de tiempo la Sala Segunda cambiara sustancialmente de criterio.

En la condena al Magistrado Baltasar Garzón sobresale otro dato: algunos magistrados o fiscales que estuvieron de acuerdo con él respecto a la intervención de las comunicaciones no han sido objeto de ninguna persecución penal. Pues bien, es conocida una máxima del Tribunal Constitucional conforme a la que el artículo 14 CE no garantiza la igualdad en la ilegalidad (84). Pero, a mi entender, no es posible asumir esta máxima como un dogma de fe. En efecto, la persecución de las infracciones puede ser indudablemente discriminadora, como, por ejemplo, lo sería la orden de sancionar las infracciones de tráfico que sólo hubieran sido cometidas por mujeres o de detener a los ladrones que sólo fueran de raza negra. Cabe, pues, una discriminación, y, por lo tanto, una vulneración del principio de igualdad, en la persecución de las infracciones legales. Flota en el aire la sospecha —defendida por diversos comentaristas en los medios de comunicación (85)— de que se ha construido una doctrina *ad hoc* para perseguir y condenar a un Magistrado que ejerce su función en la Audiencia Nacional, que se llama Baltasar y que se apellida Garzón Real.

VI. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La sentencia sobre las escuchas descarta un error de tipo o de prohibición del artículo 14 CP, indicando que no basta su alegación, sino que «[e]s preciso acreditarlo mediante la prueba de los elementos que permitan establecer que su creencia era mínimamente razonable, es decir, que tenía suficiente consistencia como para inducirle a error. En el caso, nada de esto se ha acreditado» (86).

Esto supone una inversión de la carga de la prueba, contraria al derecho a la presunción de inocencia garantizada en el artículo 24.2 CE.

(84) Cfr. ATC 367/1996, de 16 de diciembre, FJ 2, con cita de otras muchas resoluciones.

(85) El periodista José Yoldi, experto en temas judiciales, publicó en el diario *El País*, de 28 de febrero de 2012, una información («Un arúspice en palacio») en la que aseguraba que un magistrado del TS le auguró al propio periodista en abril de 2010 (casi dos años antes) lo que iba a ocurrir con Garzón en cada una de las tres causas, acertando en todo. Esa información no ha sido desmentida por nadie.

(86) STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 13, apartado 7.

Para condenar debe existir prueba de cargo suficiente y válida sobre la base fáctica de todos y cada uno de los elementos del delito. Y esa prueba le corresponde a quien acusa, no a quien se defiende (87). Ahora bien, cuando se trata de una eximente o de cualquier causa que excluye la responsabilidad penal, su prueba no le corresponde al acusado, porque ello supondría invertir la carga de la prueba. Puede entenderse como razonable que el acusado alegue la eximente o causa de exclusión de responsabilidad, pero no es legítimo afirmar que le corresponde la *carga de probarla* (88). Es a la acusación a quien le corresponde probar que se cumplen los elementos del delito y, en consecuencia, que no se ha producido tal eximente o causa de exclusión o que no se cumplen todos sus requisitos, por mucho que se trate de un hecho negativo.

En caso contrario, por esta vía que asume la sentencia se produciría una inversión total de la carga de la prueba, ya que siempre se podría decir que el acusado alega la falta de tipicidad, la ausencia de antijuridicidad o la inculpabilidad, y que en consecuencia le corresponde la carga de probar la inexistencia de algún elemento del delito y, por lo tanto, que debe demostrar su ausencia de responsabilidad penal.

Es evidente que esto no es lo que impone el derecho a la presunción de inocencia.

VII. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGUNDA INSTANCIA

El argumento para denegar el derecho a la segunda instancia (89) es que el Protocolo 7 al CEDH restringe ese derecho cuando la persona afectada sea juzgada en primera (y única) instancia por el más alto Tribunal. Pero el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) no establece esa limitación, de modo que el Comité de Derechos Humanos ha emitido varias veces dictámenes contrarios a España por este motivo.

(87) Cfr. en este sentido SSTC 105/1986, de 21 de julio, FJ 4; 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1; 44/1987, de 9 de abril, FJ 1; 145/1987, de 23 de septiembre, FJ 1; 150/1987, de 1 de octubre, FJ 2; 22/1988, de 18 de febrero, FJ 4; 128/1988, de 27 de junio, FJ 3; 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 24/1997, de 11 de febrero, FJ 3; 120/1998, de 15 de junio, FJ 6, b); 155/2002, de 22 de julio, FJ 15; 48/2006, de 13 de febrero, FJ 4; entre otras muchas. Si la acusación no asume esa carga, la única solución constitucionalmente posible es la absolución del acusado: SSTC 145/1987, de 23 de septiembre, FJ 1; 120/1998, de 15 de junio, FJ 6, b).

(88) Ya sostuve esta idea en A. CUERDA RIEZU, «Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 19, febrero de 2000, pág. 41.

(89) STS 79/2012, de 9 de febrero, FJ 1, apartado 2.

Pero siempre se ha interpretado que el artículo 10.2 CE, que impone la obligación de tener en cuenta las declaraciones, tratados o acuerdos internacionales sobre derechos humanos, debe ser empleado *in bonam partem*, esto es, para beneficiar, y no *in malam partem*, esto es, para perjudicar a los ciudadanos. Si la Constitución garantiza un contenido 10 y el tratado un contenido 5 prevalece lógicamente el contenido 10 de la CE. Esto se basa ante todo en el artículo 53 del CEDH que da preferencia a la legislación de los Estados Parte o incluso a la de otros Convenios cuando prevén un contenido más amplio de un derecho fundamental.

Este artículo 53 del CEDH debe regir también entre un Protocolo al CEDH y otro tratado, como es el caso. Si otro Tratado, en este caso el PIDCP, no establece la limitación del Protocolo 7 al CEDH, prevalece el PIDCP, y, por lo tanto, el condenado tiene derecho a una segunda instancia.

VIII. ALGUNOS DATOS DE SOCIOLOGÍA JUDICIAL

A lo largo de la historia del Tribunal Supremo no hay constancia de que este órgano judicial haya incoado tres procesos simultáneos por prevaricación (y otros delitos) contra un mismo magistrado, lo que representa un dato sobre la singularidad de la persecución penal contra Garzón (90).

Por otro lado, en los procesos seguidos en el Tribunal Supremo por prevaricación, bien en primera instancia bien al resolver recursos, la tasa de condenas es muy reducida. Desde 1999 (año en el que se dictó la sentencia en el caso Gómez de Liaño) hasta la condena a Garzón, lo que comprende un total de 14 años, el número total de resoluciones del Tribunal Supremo (91) sobre la prevaricación judicial es (salvo error u omisión por mi parte) de 80, de las cuales imponen o confirman la condena sólo 10, lo que representa el 12,5 por 100 del total. Por el contrario, 70 resoluciones (el 87,5 por 100 del total) ordenan la absolución, la inadmisión a trámite o el archivo del delito de prevaricación judicial (92). Frente a estos datos, que permiten suponer un cierto corporativismo entre los jueces, la condena penal a Garzón confirma que ese corporativismo tiene notables excepciones.

(90) Tal vez por eso J. A. MARTÍN PALLÍN publicó un artículo titulado «El prevaricador compulsivo» en el diario *El País*, de 28 de febrero de 2012, pág. 29.

(91) Incluyo Sentencias y Autos tanto de la Sala Segunda de lo Penal, como de la Sala Quinta de lo Militar, como, en fin, de la Sala del artículo 61 de la LOPJ.

(92) Incluyo en este bloque dos resoluciones que declaran la incompetencia, total o parcial, de la Sala que resuelve.

Un último dato: en una encuesta de julio de 2012 elaborada por Metroscopia el 68 por 100 desaprueba la institución del Tribunal Supremo, mientras que el 27 por 100 de la población la aprueba (93). José Juan Toharia, sociólogo y director de Metroscopia, interpreta que

«la más que probable causa de su descrédito se encuentra en otro lado [sc., distinto a la tradicional acusación de lentitud], en algo aún no del todo olvidado: el caso *Garzón*. Porque —recuérdese— un 61 por 100 de los españoles concluyó que la condena a 11 años de inhabilitación fue por una persecución personal. [...] Conviene advertir que la evaluación pública de la trayectoria del juez Baltasar Garzón era y es claramente controvertida: son tantos los españoles que dicen haber estado, en general, de acuerdo, con sus actuaciones como los que dicen haber estado usualmente en desacuerdo con ellas (en torno al 40 por 100 en ambos casos)» (94).

Con las instituciones pasa lo mismo que con las personas: lleva bastante tiempo y dificultades merecer la confianza de otro, pero puede resultar sumamente rápido malograr con un traspies esa confianza, mientras que aún es más lento —y no siempre se consigue— el recorrido para recuperar la confianza perdida. Por el bien de todos, sería conveniente que el Tribunal Supremo, como cúspide de la organización de la justicia en España, lograra recuperar la confianza perdida por los ciudadanos de este país.

IX. CONCLUSIÓN

Toda Sentencia judicial es un relato, que tiene un principio y un final, final que consiste en el fallo, que puede consistir en la absolución o en la condena. La Sentencia que condena a Garzón me recuerda a esas novelas que empiezan por el final, y a partir de ahí desarrollan el argumento. Ocurre, por ejemplo, con *Crónica de una muerte anunciada*, de Gabriel García Márquez. Pues bien, me da la impresión de que los autores de la Sentencia han acordado en primer lugar el fallo condenatorio y, una vez decidido eso, han construido la argumentación que debería sustentar tal condena.

En mi opinión, el Tribunal Supremo se ha olvidado de su función de intérprete superior de la ley penal y ha asumido funciones de legislador, creando una

(93) Fuente Metroscopia y diario *El País*, de 12 de agosto de 2012, pág. 18.

(94) J. J. TOHARIA, «El desprestigio viene de arriba», diario *El País*, de 12 de agosto de 2012, pág. 18.

ley *ad hoc* para condenar a Baltasar Garzón. No cabe confundir el Palacio de las Salesas con el Palacio de la Carrera de San Jerónimo ni con el Palacio de la Plaza de la Marina Española. Sin embargo, lo que afirma la Sala Segunda respecto a que el derecho de defensa exige el respeto a la intimidad de las conversaciones entre un recluso y su Letrado, me parece plenamente asumible y debería figurar así ante todo en una disposición con rango de Ley orgánica, por afectar a un derecho fundamental.

Para terminar: en relación con el derecho de defensa estaría de acuerdo con lo que dice el Tribunal Supremo... si lo hubiera dicho el legislador.