

## LA SENTENCIA DE INHABILITACIÓN A GARZÓN UN ANÁLISIS DESDE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Sonia Esperanza RODRÍGUEZ BOENTE

Con el trabajo que ahora presento me propongo analizar la sentencia del Tribunal Supremo español (en adelante TS) no. 79/2012, del 9 de febrero de 2012, en la que se condenó al magistrado juez del Juzgado Central de Instrucción no. 5 de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón Real, por un delito de prevaricación en concurso aparente de normas con un delito de utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, con violación de las garantías constitucionales o legales, a la pena de multa de catorce meses con una cuota diaria de seis euros y once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado.<sup>1</sup>

La elección de esta resolución se basa, creo, en sólidas razones. En primer lugar, el caso ha tenido una repercusión mediática extraordinaria, no solo en mi país, España, sino también en

<sup>1</sup> “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 al pago de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares”: Sentencia del TS 79/2012, del 9 de febrero, citada por el texto distribuido por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial español (CENDOJ) (Roj STS 414/2012): fallo.

el resto del mundo, ya que el magistrado imputado y finalmente condenado era ya conocido por la comunidad internacional por haber promovido una orden de arresto contra el exdictador chileno Augusto Pinochet por crímenes contra la humanidad,<sup>2</sup> lo cual me permite presumir que los potenciales lectores de este trabajo tendrán una mínima idea del caso, y es que el “auditorio” al que se dirigía esta sentencia es casi global. En segundo lugar, y debido precisamente a ese perfil mediático del condenado, que ha despertado, y continúa haciéndolo, pasiones exaltadas a su favor y en su contra, la presión social sobre los magistrados que debían juzgarlo ha debido de ser enorme, presión proveniente tanto de quienes querían verle condenado como de quienes querían que lo absolviesen. Por ello, no se trata de un caso cualquiera en el que solo están en juego los bienes y derechos de las partes en el proceso, sino que se tenía conciencia, y los magistrados así lo entenderían, que si se condenaba a Garzón, para una gran parte de la sociedad, y no solo española, se estaba condenando al gran baluarte “mundial” de los derechos humanos.<sup>3</sup> En tercer y último lugar, y a consecuencia de lo anterior, esa gran presión a la que se vieron sometidos los magistrados que juzgaron al imputado me lleva a pensar que los condujo a

<sup>2</sup> En España adquirió fama a partir de su actuación como instructor de la Audiencia Nacional en la llamada “operación Nécora” contra el narcotráfico en Galicia (1990); tras un breve paso por la política, volvió a la Audiencia Nacional, donde actuó contra el llamado “terrorismo de Estado”, la guerra sucia contra el terrorismo de ETA—caso Gal—; y también, por supuesto, contra el terrorismo de ETA. Ha sido asesor del Tribunal Penal Internacional de La Haya y, actualmente ha asumido la defensa de Julian Assange, fundador de Wikileaks. Recientemente también ha creado una fundación internacional en defensa de los derechos humanos en España y en el mundo, denominada “Fundación Internacional Baltasar Garzón” (Orden SSI/1394/2012 del 21 de junio); *Boletín Oficial del Estado* del 27 de junio de 2012.

<sup>3</sup> De hecho, ya desde el inicio del proceso miles de personas anónimas y también personajes públicos se habían manifestado regularmente a favor de Garzón. Una vez recaída la sentencia, las manifestaciones en su apoyo se sucedieron y no faltaron tampoco concentraciones ante el Tribunal Supremo, en las que incluso se tildaba a los magistrados del Tribunal Supremo de fascistas.

presentar una argumentación muy cuidada y esmerada, como luego veremos, con el fin de convencer a propios y extraños.

## LOS HECHOS

El objeto del proceso, lo que se juzga en el mismo, son determinadas actuaciones del magistrado Baltasar Garzón en el caso seguido en la Audiencia Nacional contra Francisco Correa, Pablo Crespo y Antoine Sánchez, como los máximos responsables junto a otros que fueron encausados, y en el que él actuaba como instructor, más conocido en el argot periodístico como caso Gürtel, y en el que acusaba a aquéllos de los delitos de blanqueo de capitales, tráfico de influencias, defraudación fiscal, falsedad, cohecho y asociación ilícita; en definitiva, uno de los casos de corrupción de mayor trascendencia en nuestra historia reciente, y en el que se vieron implicados varios políticos del Partido Popular español.<sup>4</sup> Por esta causa, los imputados se encontraban en prisión provisional acordada por el magistrado instructor, a pesar de lo cual, a juicio de la policía, continuaban con su actividad delictiva de blanqueo de capitales ayudados, también de acuerdo con lo manifestado por la policía, por algunos abogados, perfectamente identificados. De esto informaron al magistrado Garzón, quien el 19 de febrero de 2009 dictó un auto en el cual disponía, entre otras cosas, “1.- Ordenar la intervención de las comunicaciones orales y escritas que man-

<sup>4</sup> Fue muy mediático el caso de los “trajes de Camps”, en el que se juzgaba a Francisco Camps, presidente de la Comunidad Valenciana, de cohecho impropio, ya que, supuestamente, había recibido trajes por valor de unos 30,000 euros por favorecer a miembros de la trama Gürtel. En enero de 2012, esto es, poco antes de la sentencia en la que se condenó a Garzón por prevaricación, un jurado popular declaró no culpable a Camps. Cuando en febrero el TS condenó a Garzón, el recuerdo reciente de la absolución de Camps todavía dio más argumentos a los que se manifestaron a favor del primero, quienes criticaban la actuación judicial con la consigna de que “los culpables son absueltos mientras los inocentes que persiguen a los primeros son condenados”.

tengan los internos Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sobaris, y Antoine Sánchez en el centro penitenciario en que se encuentran, o cualesquiera otros donde se trasladen, (...) desde el 19.02.09 hasta el 20.03.09”,<sup>5</sup> esto es, acuerda la intervención de las comunicaciones generales de los internos, y específicamente “2. Ordenar la observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos, y con carácter especial, las que mantengan con el letrado D. José Antonio López Rubal, *previniendo el derecho de defensa* (cursiva mía) (...) por un período comprendido entre el 19.02.09 hasta el 20.03.09”.

Ante esta resolución, dos instituciones que debían hacerla efectiva consultaron al magistrado instructor algunas cuestiones. Así, por un lado, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias solicita aclaración sobre si las comunicaciones de los internos con los letrados deben ser grabadas, a lo que Garzón contesta afirmativamente. Por otro lado, los funcionarios policiales le preguntan sobre el significado de la expresión “previniendo el derecho de defensa”, a lo que contesta que ellos deben “proceder a recoger las cintas, escuchar lo grabado, transcribir todo su contenido excluyendo las conversaciones privadas sin interés para la investigación y proceder a su entrega en el juzgado, ocupándose él de lo que procediera en orden al cumplimiento de dicha cláusula”,<sup>6</sup> pero sin comunicar a los policías qué conversaciones debían excluirse de la grabación o no debían utilizarse en la investigación.

Tampoco excluía el magistrado instructor a ningún letrado de la intervención de las comunicaciones, lo cual implicaba que también se intervinieran las mantenidas con sus abogados defensores, actuales o futuros, puesto que no se identificaban individualmente en el auto, lo cual impedía también conocer y

<sup>5</sup> Cito por la STS 79/2012, de 9 de febrero: apartado de hechos probados.

<sup>6</sup> STS 79/2012, de 9 de febrero: apartado de hechos probados

valorar los indicios de su supuesta colaboración en actividades delictivas. Garzón justificaba la medida en la posibilidad de que los abogados defensores pudieran estar actuando de enlace de los tres imputados mencionados anteriormente con personas del exterior. El 2 de marzo, Francisco Correa y Pablo Crespo designan nuevos abogados defensores. El 4 de marzo, la policía presenta en el juzgado un informe sobre las comunicaciones intervenidas, haciendo referencia expresa “a la estrategia de defensa pactada por los letrados en relación con uno de los hechos investigados”<sup>7</sup>. El 13 de marzo presenta otro que no contiene ningún indicio concreto de actuación delictiva por parte de los abogados defensores Ignacio Peláez, José Antonio Choclán, Pablo Rodríguez-Mourullo y Juan Ignacio Vergara, pero en el que, aún así, solicitan la prórroga de la intervención.

El Ministerio Fiscal emite entonces un informe sobre esa solicitud de prórroga, en el que no se oponía a la misma, pero siempre que se excluyeran “las comunicaciones mantenidas con los letrados que representan a cada uno de los imputados y, en todo caso, con rigurosa salvaguarda del derecho de defensa”. Conocido este informe por el magistrado instructor, dicta un nuevo auto, del 20 de marzo, acordando la prórroga de las intervenciones, sin incluir ninguna cautela especial, salvo la expresión “previniendo el derecho de defensa”, por un periodo comprendido entre el 20.03.09 y el 20.04.09, ordenando “la observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos, *previniendo el derecho de defensa* (cursiva mía)”,<sup>8</sup> constándole al magistrado instructor que no se había hallado ningún indicio de criminalidad en la actividad de los letrados. En respuesta a este auto, el Ministerio Fiscal emite un nuevo informe, del 23 de marzo, en el que reitera lo solicitado en el informe anterior, en el sentido de excluir de la

<sup>7</sup> STS 79/2012, de 9 de febrero: apartado de hechos probados.

<sup>8</sup> STS 79/2012, de 9 de febrero: apartado de hechos probados.

intervención las comunicaciones que se refieran, en exclusiva, al ejercicio del derecho de defensa, informe éste que entra en el juzgado el 27 de marzo, y ante el cual, ese mismo día, el magistrado instructor dicta un nuevo auto, en el que dispone “excluir de esta pieza las transcripciones de las conversaciones mantenidas entre los imputados Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris y Antoine Sánchez y sus letrados y que se refieran en exclusiva a estrategias de defensa”,<sup>9</sup> en cumplimiento de lo cual se suprimieron distintos párrafos y transcripciones de las conversaciones mantenidas por los internos y sus abogados.

## EL DERECHO

La cuestión jurídica a debate se centra en determinar si la intervención de las comunicaciones entre los internos imputados y sus abogados defensores ordenada por Garzón fue o no conforme a derecho. En palabras del TS, se trata “de la valoración jurídico penal de dos resoluciones judiciales dictas por el acusado de fecha 19 de febrero y 20 de marzo de 2009, que, incidiendo directamente sobre el derecho a la defensa suprimiendo la confidencialidad, acordaron la escucha y grabación de las comunicaciones entre los imputados presos y sus abogados defensores, sin que existieran datos de ninguna clase que indicaran que los letrados mencionados en los hechos probados estaban aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos”.<sup>10</sup>

La norma aplicable en este caso es el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante LOGP) 1/1979, del 26 de septiembre. Este artículo regula dos tipos de comunicaciones del interno. Por un lado, las que tenga con cualquier persona que no sea su abogado defensor o procurador, regula-

<sup>9</sup> STS 79/2012, de 9 de febrero: apartado de hechos probados.

<sup>10</sup> STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamentos de Derecho: preliminar.

das en el punto 1<sup>11</sup> y, por otro, las reguladas en el número 2, que dispone que

Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

La regla general es que las comunicaciones con el abogado defensor o con el procurador no pueden ser intervenidas, y solo se establece una excepción a esa regla, que es la que el legislador dispone a partir de la palabra “salvo”: “por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”.

A partir de ahí comienzan los problemas interpretativos de la excepción, y es que se pueden entender que «orden de la autoridad judicial», por un lado, y «supuestos de terrorismo», por otro, son requisitos independientes, de tal manera que siempre que haya autorización judicial la intervención de las comunicaciones es conforme a derecho, y además, en los supuestos de terrorismo no sería necesaria tal autorización, que es la interpretación seguida por el magistrado instructor; o bien se puede interpretar que se trata de requisitos acumulativos de tal forma que solo se puede acordar la intervención en los supuestos de terrorismo con la garantía de que haya una autorización judicial para hacerlo, interpretación ésta seguida por el TS en la sentencia que estamos analizando.

<sup>11</sup> Art. 51.1. “Los internos autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial. Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento”.

Siguiendo a Ross, nos encontramos ante un problema sintáctico de interpretación, puesto que el significado de la expresión “depende del orden de las palabras y de la manera en que éstas se hallan conectadas”.<sup>12</sup> La conexión entre “orden de la autoridad judicial” y “en los supuestos de terrorismo” es una conjunción copulativa: “y”. Si utilizamos el criterio de interpretación literal, debemos llegar a la conclusión de que el sentido de la expresión no es claro, se presenta una duda interpretativa, ya que caben las dos interpretaciones señaladas *supra*. Y es que los criterios lingüísticos no son suficientes para resolver los casos dudosos, puesto que el “sentido ‘natural’ está condicionado por factores no lingüísticos: el deseo de hallar un significado ‘bueno’ o ‘razonable’ que concuerde con aquel que el contexto y la situación señalen como tal”.<sup>13</sup>

Es en estos casos en los que se revela con toda claridad el carácter discrecional de la interpretación; esto es, como señalan Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, “el componente ideológico o subjetivo que está presente en la misma”.<sup>14</sup> Estos autores distinguen los problemas interpretativos en función de los contextos en los que se incluye el texto legal. Así, nos encontraríamos con dudas interpretativas que afectan al contexto lingüístico, pues el texto ha de ser interpretado de acuerdo con las reglas del lenguaje natural, contexto sistémico, ya que el significado del texto depende de las relaciones de éste con otras

<sup>12</sup> Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 119. El autor distingue entre problemas de interpretación sintácticos, ya descritos, lógicos, que son los que se refieren a las relaciones de una expresión con otras expresiones dentro de un contexto, como la inconsistencia, la redundancia y las presuposiciones y, por último, problemas de interpretación semánticos en sentido restringido, que se refieren al significado de las palabras individuales o de las frases: pp. 119-131.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>14</sup> Gascón Abellán, M. y García Figueroa, A., *Interpretación y argumentación jurídica*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003, p. 61. Vid. de los mismos autores *La argumentación en el Derecho*, Lima, Palestra Editores, 2003.



normas pertenecientes al sistema y, por último, contexto funcional, que pone en relación el texto con la sociedad adoptando la interpretación del mismo que lo ponga en relación con los fines sociales pretendidos por la norma.

Entre los problemas relacionados con el contexto lingüístico todavía cabe distinguir entre problemas de ambigüedad, que afectan a las expresiones lingüísticas y problemas de vaguedad, que se relacionan con el significado de los términos. Y todavía en el seno de la ambigüedad semántica debemos diferenciar entre la semántica y la sintáctica, relativa esta última a la forma en que las palabras se relacionan entre sí. Pues bien, el problema interpretativo que presenta el artículo 51.2 de la LOGP se desarrolla en el contexto lingüístico; en concreto, es un problema de ambigüedad sintáctica.

Quizá una redacción más cuidadosa por parte del legislador hubiera evitado esta duda interpretativa,<sup>15</sup> pero en todo caso, la duda relativa al contexto lingüístico, la ambigüedad sintáctica, existe y, con ella, la posibilidad de interpretar, solo a efectos lingüísticos, la norma de las dos formas, de tal manera que tanto la interpretación de Garzón como la del TS serían correctas. Luego veremos que aún así, el magistrado instructor debería haber seguido la interpretación vigente para el Tribunal Constitucional (en adelante TC) y TS, no como la única o la más correcta sino como la autorizada.

Con todo, como hemos visto, siguiendo a Gascón Abellán y García Figueroa, todavía restan dos contextos por analizar si la interpretación del artículo 51.2 pretendida por el magistrado instructor es correcta o no, el sistémico y el funcional. Por lo que

<sup>15</sup> Parece que al legislador español no lo acompañaba la musa cuando redactó esta ley, o cuando menos, el artículo 51. Fíjense en el apartado 1o. que he incluido en una nota anterior: “Los *internos autorizados* (cursiva mía) para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial (...)”. Entre internos y autorizados falta el verbo, un elemento tan importante en toda frase.

respecta al primero, debemos poner en relación este artículo con otros del sistema jurídico español; en concreto, con el artículo 24 de la Constitución Española, que regula el derecho de defensa,<sup>16</sup> tal como hace el TS. De acuerdo con ello, la corrección o incorrección de las resoluciones de Garzón dependerían del nivel de garantía y, por tanto, protección, que se otorgue al derecho de defensa. Si se entiende que la interpretación del magistrado instructor es correcta y, por tanto, las resoluciones conforme a derecho, el nivel de garantía del derecho de defensa es, por supuesto, mucho menor que si seguimos la interpretación del TS.<sup>17</sup> La cuestión está en determinar si aún aminorando la garantía del derecho de defensa la interpretación de Garzón sería con todo correcta; es decir, una de las dos interpretaciones correctas del artículo 51.2 de la LOGP.

Hace poco escuchaba una conferencia de un magistrado instructor gallego en la que decía que actualmente, en nuestro país, sufrimos de complejo de dictadura, lo cual conduce a que tanto la doctrina como la jurisprudencia estén obsesionadas con proporcionar a los derechos fundamentales el mayor nivel posible de garantías; por su parte, el TS, en la sentencia analizada, alude, luego lo veremos, a que la interpretación de Garzón había sido aplicada, cierto que como *obiter dictum*, en una sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) de 1983, debido al escaso nivel de garantías que existía todavía en ese momento, muy cercano

<sup>16</sup> Artículo 24: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

<sup>17</sup> Vid. Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª ed, Madrid, Trotta, 2004..

al fin de la dictadura española. Pues bien, desde mi punto de vista, y en ello coincido con el TS, la interpretación de Garzón sería incorrecta y, por tanto, contraria al derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución, pues supondría anular, o al menos reducir ese derecho de manera desproporcionada por lo que respecta a los internos en centros penitenciarios. Seguirla conllevaría que a cualquier interno, en prisión provisional, con carácter general y previa autorización judicial, se le podrían intervenir las comunicaciones con su abogado. En tales condiciones su defensa se tornaría muy difícil, por no decir imposible.

Y si trascendemos del caso particular y nos preguntamos por las consecuencias que *pro futuro* tendría seguir la interpretación del magistrado instructor, el panorama no se presenta nada halagüeño. Ciertamente que la investigación del delito sería bastante más sencilla, ya que bastaría con decretar la prisión provisional<sup>18</sup> y esperar a que interno y abogado comentaran aspectos de la defensa como la estrategia a seguir, modos y maneras de contrarrestar las pruebas de la acusación o, incluso, gracias a un golpe de suerte, el interno reconociera ante su abogado los hechos, confiando en la supuesta confidencialidad de su conversación.<sup>19</sup> Y todo ello sin necesidad de que el juez instructor se levantara

<sup>18</sup> STS 79/2012, del 9 de febrero: fundamento de derecho duodécimo: regla 3; “Bastaría entonces para justificar la supresión de la confidencialidad en las comunicaciones del imputado con su letrado defensor con basar la prisión provisional en el apartado 2 del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos). Esta forma de actuar causaría una destrucción generalizada del derecho de defensa, que no tiene cabida en la Constitución”.

<sup>19</sup> STS 79/2012, del 9 de febrero: fundamento de derecho séptimo: regla 3: “En el desarrollo de la comunicación entre letrado y cliente, basada en la confianza y en la seguridad de la confidencialidad, y con mayor razón en el ámbito penal, es lo natural que aparezcan valoraciones sobre lo sucedido según la versión del imputado, sobre la imputación, sobre las pruebas existentes, y las que podrían contrarrestar su significado inculpatario, sobre estrategias de defensa, e incluso podría producirse una confesión o reconocimiento del imputado respecto de la realidad de su participación, u otros datos relacionados con la misma. Es fácil entender que, si los responsables de la investigación conocen

de su sillón o de que la policía judicial se molestara en buscar huellas dactilares, pruebas de ADN, testigos de cargo... En fin, se probarían los hechos solo apretando el botón “grabar”, con autorización judicial en todos los casos, e incluso, en los casos de terrorismo, sin que aquella fuera necesaria, ya que también la autoridad penitenciaria acordar la intervención.

En el caso que nos ocupa, el magistrado instructor alega ante el Tribunal Supremo, ante el que comparece como acusado, que “adoptó la medida porque no había otra solución para impedir que siguieran delinquiendo”.<sup>20</sup> Y el TS le responde que la alegación no puede ser aceptada “ni como expresión de un error, ni como afirmación de un estado de necesidad”, y ello por varias razones. Primera, porque la investigación criminal no justifica por sí sola cualquier clase de actuación, y más si implica vulneración de derechos fundamentales, pues “la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio”. Segunda, y aquí nos encontramos con un argumento consecuencialista, porque una interpretación como la de Garzón, “en tanto justifica la restricción de derechos fundamentales sobre la base de una consideración absolutamente inmotivada respecto de su necesidad, conduce a la desaparición de la posibilidad de controles efectivos sobre el ejercicio del poder, lo que afectaría a la misma esencia del Estado democrático de Derecho”.<sup>21</sup> Tercera, la afirmación de Garzón de que no había otro modo de evitar que siguieran delinquiendo no se apoya en ninguna base fáctica ni en ningún razonamiento justificativo. Cuarta, porque, dado que no existía ningún indicio de actuación criminal que afectara a los abogados “los únicos datos a los que se podría acceder grabando sus comunicaciones

o pueden conocer el contenido de estas conversaciones, la defensa pierde la mayor parte de su posible eficacia”.

<sup>20</sup> STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamento de derecho undécimo: regla 6.

<sup>21</sup> STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamento de derecho undécimo: regla 6. Y continúa: “En este sentido no puede aceptarse como motivación la simple suposición de que los sospechosos continuaban cometiendo delitos. O la mera posibilidad de que lo hicieran”.

eran, con alta probabilidad, los proporcionados por los imputados a aquellos en el marco del ejercicio del derecho de defensa, los cuales, por su propia naturaleza deben mantener su carácter confidencial”.<sup>22</sup> En la misma línea, implícitamente alude, creo, el TS, a que se actuó buscando la obtención de datos de manera cómoda y rápida, cuando afirma que se podrían haber llevado a cabo otras actuaciones de investigación, como por ejemplo “vigilar las actividades que se continuaran ejecutando, cuya realidad, al parecer, había sido verificada policialmente, hasta identificar a los responsables, tomando entonces las medidas pertinentes sobre los mismos y no con carácter indiscriminado, como se hizo, contra todos los letrados defensores, a los que se convirtió en imputados en la causa sin razón alguna”.<sup>23</sup> Además, siguiendo con el argumento consecuencialista, 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”.<sup>24</sup> En última instancia, admitir la validez de las resoluciones de Garzón afectaría a la estructura que debe tener el proceso penal en un Estado de derecho, ya que se estaría vulnerando el derecho a un proceso con igualdad de armas, un proceso justo, equitativo.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamento de derecho undécimo: regla 6.

<sup>23</sup> STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamento de derecho undécimo: regla 6.

<sup>24</sup> STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamento de derecho séptimo: regla 3.

<sup>25</sup> STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamento de derecho séptimo: regla 7: “De aceptarse que la mera posibilidad de que se sigan cometiendo delitos justifica la supresión de la confidencialidad entre el imputado preso y su letrado defensor, desaparecería de manera general un elemento esencial en la misma configuración del proceso justo. Incluso la mera sospecha fundada acerca de la existencia de escuchas generalizadas de las comunicaciones entre el imputado privado de libertad y su letrado defensor, anularía de manera general la confianza en una defensa con capacidad de efectividad, como elemento imprescindible para un proceso con igualdad de armas; un proceso, por tanto, equitativo”. En el mismo sentido, fundamento de derecho undécimo, regla 3: “Lo que aquí se examina es una actuación judicial que restringe profundamente el derecho de defensa, que, como se dijo, es un elemento estructural esencial del proceso justo. No se trata de la validez de un elemento de investigación

Pues bien, el criterio seguido por la sentencia analizada y por otras sentencias del TC y TS españoles es el más garantista para el derecho de defensa. Aún así, el propio Tribunal Supremo admite que la interpretación del artículo 51.2 de la LOGP no ha sido pacífica.<sup>26</sup> Así, relata cómo en la STC 73/1983, aunque en un *obiter dictum*, se establecía que el artículo debía interpretarse de modo que las comunicaciones entre los internos y los abogados defensores o los especialmente llamados para asuntos penales podían ser intervenidas con carácter general por orden de la autoridad judicial y en casos de terrorismo, además, por el director del centro penitenciario, utilizando una interpretación lógica del artículo en relación con la regla quinta del mismo.<sup>27</sup>

Esta interpretación, que, como señala el TS aludiendo a lo dicho por la doctrina, “podía obedecer al momento histórico en el que se produce, con un todavía escaso desarrollo de las garantías del sistema democrático implantado en España tras la finalización de la dictadura”<sup>28</sup> se mantuvo durante más de una década, hasta la STC 183/1994, en la que se disponía que la interpretación correcta del artículo 51.2 de la LOGP conduce a distinguir entre dos tipos de comunicaciones. Por un lado, las generales,

o de prueba, sino de la estructura del proceso penal del Estado de Derecho. La supresión de la defensa no afecta solo a la validez de lo actuado, sino a la misma configuración del proceso”.

<sup>26</sup> Fundamento de derecho octavo. Tres.

<sup>27</sup> En el fundamento de derecho octavo, regla 3 de la STS 79/2012, de 9 de febrero se alude al fundamento jurídico séptimo de la STC 73/1983: “La interpretación de este precepto —51, número 2— ha de hacerse en conexión con la regla 5ª del mismo, que regula la suspensión o intervención motivada por el Director del establecimiento de las comunicaciones orales o escritas, previstas en dicho artículo, «dando cuenta a la autoridad judicial competente». La interpretación lógica de uno y otro apartado de dicho artículo —que en cuanto afecta un derecho fundamental puede hacer este TC— conduce a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el número 2 sólo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo, además, podrá acordar la suspensión el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente”.

<sup>28</sup> STS 79/2012, del 9 de febrero: fundamento de derecho octavo, regla 4.

reguladas en el punto 1 del artículo 51.1, y las específicas, que son las que mantiene el interno con su abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (artículo 51.2), respecto de las cuales el TC concluyó que las dos condiciones contenidas en este artículo (autorización judicial y casos de terrorismo) no pueden entenderse como exigencias alternativas, sino acumulativas,<sup>29</sup> doctrina que es seguida también por las SSTC 200/1997 y 58/1998. Por otra parte, esta

<sup>29</sup> STS 79/2012, de 9 de febrero: fundamento de derecho octavo, regla 4: cita al STC 183/1994: “Esta interpretación, aunque se haya hecho referencia a ella en la STC 73/1983, es una declaración accidental o de *obiter dictum*, no se aviene con el sentido más estricto y garantista que merece atribuirse al art. 51 de la LOGP, y además responde a una confusión entre dos clases de comunicaciones que son de muy distinta naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados. Es evidente, en efecto, que el art. 51 de la LOGP, distingue entre las comunicaciones que podemos calificar de generales, entre el interno con determinada clase de personas —art. 51.1— y las comunicaciones específicas, que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2); la primera clase de comunicaciones viene sometida al régimen general del art. 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas «por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento», según precisa el art. 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del art. 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario. (...). Esta diferencia esencial que existe entre el art. 51.5 (...) y el art. 51.2, pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de «orden de la autoridad judicial» y «supuestos de terrorismo», que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión que el art. 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones”.

doctrina constitucional fue seguida también por el TS, en las sentencias 245/1995 y 538/1997. Así, en esta última se declara que las limitaciones que se pueden establecer al derecho a las comunicaciones de los internos en centros penitenciarios “no son aplicables a las comunicaciones incardinadas en el ejercicio del derecho de defensa del interno (art. 24 CE), derecho que no se ve legalmente limitado por su privación de libertad, y que debe ser especialmente tutelado, garantizando la igualdad real y efectiva de posibilidades de defensa de los acusados en un proceso penal, tanto a quienes la ejercitan desde la libertad como a quienes tienen que garantizarla desde la prisión (...)”.

En este sentido, se garantiza la confidencialidad de las comunicaciones de los internos enmarcadas dentro del ejercicio de su derecho de defensa en un procedimiento penal, “sin posibilidad de intervención ni administrativa ni judicial”. No obstante, se admite una excepción a esta regla general, “sin que dicha excepción pueda contagiarse el resto del sistema, en el ámbito personal exclusivo de los supuestos de terrorismo, y en todo caso con la especial garantía de la orden judicial previa, naturalmente ponderadora de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida en cada caso concreto, el art. 51.2 LOGP faculta para la intervención de este tipo de comunicaciones singulares”. En definitiva, concluye el TS que la exigencia de ambas condiciones no solo supone que la intervención de las comunicaciones con el abogado defensor no pueden ser acordadas por el director del establecimiento penitenciario sino que además, al ser acumulativas, la autoridad judicial sólo puede acordarlas en los supuestos de terrorismo<sup>30</sup> y, aún así, con restricciones.

Por tanto, las resoluciones de Garzón afectaban al derecho de defensa de los internos, de acuerdo con la doctrina del TC y, como señala el TS, el propio acusado era plenamente consciente

<sup>30</sup> STS 79/2012, del 9 de febrero: fundamento de derecho octavo, regla sexta.



de ello.<sup>31</sup> La interpretación del artículo 51.2 mantenida por el magistrado no derivaba de su poder discrecional de interpretación, sino que fue fruto de su arbitrariedad,<sup>32</sup> por contraria al artículo 24 de la Constitución española, en el marco del contexto sistémico de interpretación.

Y, por último, resta por analizar el contexto funcional, que se relaciona, como he dicho, con la finalidad perseguida por la norma, de manera que la pone en contacto con la sociedad. Si esto es así, es admisible que la interpretación del texto cambie al compás de los cambios sociales, y lo que debemos preguntarnos es si esto es lo que ha ocurrido con el artículo 51.2 de la LOGP. Tal como vimos, una STC de 1983, si bien como *obiter dictum*, interpretaba la norma en el mismo sentido en que lo hizo Garzón para justificar sus autos. En 1994, otra STC inauguraba la nueva línea jurisprudencial, más garantista, seguida también por el TS, y no abandonada hasta el momento. En mi opinión, una interpretación originalista (argumento genético) del texto nos llevaría a la conclusión de que la intención de la norma era salvaguardar el máximo del derecho de defensa de los internos en centros penitenciarios y solo aminorarlo o anularlo en supuestos

<sup>31</sup> STS 79/2012, del 9 de febrero: fundamento de derecho segundo, regla séptima: “El acusado sabía cuáles eran las consecuencias necesarias de las dos resoluciones que dictó. La inclusión de la cláusula previniendo el derecho de defensa, dejando a un lado su efectividad, revela que sabía que su resolución afectaría a este derecho”.

<sup>32</sup> Fundamento de derecho quinto: “En un sistema democrático como el regulado en la Constitución española, el Poder judicial se legitima por la aplicación de la ley a la que está sujeto, y no por la simple imposición de sus posturas. De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de aplicación de la ley, actúa solo su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver, y prescindiendo de todos los métodos de interpretación admisibles en derecho, acoge un significado irracional de la norma, sustituyendo así el imperio de la ley por un acto contrario de puro voluntarismo. La superación del simple positivismo, que pudiera conducir a actuaciones materialmente injustas, resulta de la Constitución y, especialmente, de sus normas sobre derechos fundamentales, que constituyen al tiempo una guía interpretativa y un límite infranqueable”.

excepcionales, especialmente gravosos para la sociedad española, como eran los casos de terrorismo, y aún en éstos, siempre con autorización judicial. Quizá el garantismo reste eficacia a las investigaciones, pero su ausencia hiere de muerte al Estado de derecho. De acuerdo con el fin perseguido por la norma, por tanto, la interpretación del magistrado no es correcta, y sus resoluciones serían, por lo tanto, injustas, y justifican su condena por un delito de prevaricación.

Además, dejando de lado ya el criterio de corrección o incorrección de interpretaciones, lo cierto es que tanto el TC como el TS en España se habían pronunciado ya sobre cómo debía interpretarse el artículo 51.2 de la LOGP, y el magistrado instructor debía conocer esa doctrina jurisprudencial, pues está obligado a ello. El argumento de autoridad le obligaba por tanto a seguirla, como la solución “autorizada”, fuera o no la “correcta”. Se trata de aplicar, en última instancia, y siguiendo a MacCormick, el principio de universalidad, principio justificativo, exigencia de justicia formal, y que tiene un alcance que se extiende hacia el pasado, en el sentido de que un caso actual debe decidirse siguiendo el criterio establecido en casos anteriores, y hacia el futuro, ya que el juzgador debe estar dispuesto a aplicar el mismo criterio en casos futuros.<sup>33</sup>

## CONCLUSIÓN

Solo en el marco del contexto lingüístico la interpretación del artículo 51.2 de la LOGP sobre la que fundamentó Garzón sus dos resoluciones sería correcta; mientras que tanto en el contexto sistémico como funcional se reputaría incorrecta, y, por tanto, inadmisibles y habilitantes para dar lugar a resolucio-

<sup>33</sup> MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1978, 1994.

nes injustas, base a su vez del delito de prevaricación por el que, finalmente, el magistrado instructor es condenado.<sup>34</sup>

Es cierto lo que afirman muchos de los críticos a la condena a Garzón, en el sentido de que había muchos sectores políticos, sociales y jurídicos, incluso compañeros de profesión del magistrado, que criticaban su perfil de “Juez estrella” en búsqueda, en su opinión, de notoriedad pública, y que estaban deseando su caída en desgracia. Y esto motivó que estuviera en el punto de mira. Pero también, precisamente por ello, en mi humilde opinión, el magistrado Garzón debió cuidar el máximo el rigor “jurídico” de sus resoluciones. Resulta paradójico que uno de los máximos exponentes en la defensa de los derechos humanos a nivel mundial haya sido condenado en su país por la vulneración de un derecho fundamental como es el derecho de defensa, y, desde mi punto de vista, con razón, y les puedo asegurar que no milito en las filas de aquellos que querían verlo caer. Muy al contrario. En su actuación en determinadas causas existía ese punto de “romanticismo jurídico” que da forma a un gran jurista, y por ello no puedo dejar de estar un tanto molesta con quien considero el principal culpable de que no pueda seguir haciéndolo, al menos como juez: él mismo.

<sup>34</sup> STS 79/2012, del 9 de febrero: fundamento de derecho quinto: regla 3: “El artículo 446 del Código penal dispone: El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 3o. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injustas. (...) se entenderá por resolución injusta aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles según los métodos usualmente admitidos en Derecho, careciendo de toda interpretación razonable, y siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. Por lo tanto, una resolución basada en una interpretación que pueda reputarse errónea, no es injusta a los efectos del delito de prevaricación, siempre que, alcanzada por los métodos de interpretación usualmente admitidos, sea defendible en Derecho”.