

EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES CON EL ABOGADO DEFENSOR EN LA NUEVA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

INMACULADA LÓPEZ-BARAJAS PEREA
Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
UNED

I. El derecho al secreto de las comunicaciones y su virtualidad expansiva

La expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de comunicación, transmisión e intercambio de todo tipo de información a gran velocidad, ha originado una auténtica “revolución tecnológica digital”, de forma semejante a lo que sucedió en la Revolución Industrial del siglo XIX.

Los profundos cambios y transformaciones sociales que se han producido han dado paso a la denominada “sociedad de la información”¹ en la que los modelos de negocio, de ocio e, incluso, la estrategia militar se diseñan con base en la red². Hoy, el factor tecno-comunicativo constituye una herramienta esencial.

Hasta hace pocas décadas el teléfono fijo era la única vía de telecomunicación al alcance real de la ciudadanía. Hoy se puede afirmar que las comunicaciones telefónicas clásicas han quedado superadas o, mejor dicho absorbidas, por las telemáticas o electrónicas. Existen hoy centrales digitales de conmutación automática, totalmente electrónicas y controladas por ordenador, permiten además multitud de servicios complementarios al propio establecimiento de la comunicación como por ejemplo los denominados servicios de valor añadido.

Aunque el derecho al secreto de las comunicaciones se reconoce como garantía en todas las Constituciones, así como en las normas internacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha puesto de manifiesto que la vida privada es un término abierto no susceptible de una definición exhaustiva, que

¹ CORRIPIO GIL-DELGADO y MARROIG POL, *El tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 2001, pág. 55.

² Vid. Exposición de Motivos de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico 34/2002; SALOM CLONET, “Incidencia de la nueva regulación en la investigación de los delitos cometidos a través de medios informáticos”, en AA.VV, *La protección de datos en la cooperación policial y judicial*, Thomson-Aranzadi, 2008, pág.152.

deber ser interpretado a la luz de las condiciones actuales de vida propias de la Sociedad de la información en la que estamos inmersos para proteger al individuo de forma real y efectiva en aquellos ámbitos a los que se refiere³.

Como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE⁴.

La doctrina⁵ ha destacado la enorme virtualidad expansiva del derecho a la vida privada y al secreto de las comunicaciones en un contexto en el que existe una gran capacidad tecnológica de control social en manos del Estado. Podemos afirmar que la garantía del derecho a la esfera privada es uno de los grandes desafíos de los ordenamientos jurídicos en la actualidad toda vez que los ciudadanos se sienten cada vez más amenazados en su ámbito de libertad personal.

II. El derecho a la asistencia de abogado como instrumento del derecho de defensa

La asistencia letrada dentro del proceso judicial forma parte inescindible del mas amplio derecho de defensa, que ha sido calificado como el más elemental de los derechos del imputado⁶. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que toda persona acusada de un delito, durante el proceso tendrá derecho a unas garantías mínimas, entre las cuales, se encuentra la de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección (art. 14).

Con objeto de salvaguardar mejor el mencionado derecho de defensa, nuestro legislador además de reconocer el derecho del imputado a ser asistido por un Abogado, dispone que la defensa técnica es obligatoria en el proceso por delitos⁷. De conformidad con lo dispuesto por el art. 767 de la LECrim, en su redacción dada por la Ley 38/2002, obligatoriamente ha de designarse Abogado defensor desde que en las diligencias practicadas por cualquiera de los órganos públicos encargados de la persecución penal resulte una imputación

³ Caso *Raninen c. Finlandia*, Sentencia de 16 de diciembre de 1997; Caso *Burghartz c. Suiza*, Sentencia de 22 de febrero de 1994.

⁴ STC 70/2002.

⁵ AROZ SANTISTEBAN, "Derecho al respeto de la vida privada y familiar" en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Thomson-Civitas, 2004, pág. 260.

⁶ Vid. STEDH de 20 de junio de 1988 -asunto *Schönenberger y Durmaz-*.

⁷ Vid. GIMENO SENDRA, *Los Procesos Penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2000, Bosch, pág. 171.

contra persona determinada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado. Este derecho es exigible, pues, desde la misma puesta en marcha del procedimiento penal⁸, desde el instante en que exista una imputación contra una persona determinada.

Ha señalado el Tribunal Constitucional que en los supuestos en que la intervención del Letrado sea preceptiva, esta garantía constitucional se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, cuyo sentido es satisfacer el fin común a toda asistencia letrada que es el de lograr el adecuado desarrollo del proceso como mecanismo instrumental introducido por el legislador con miras a una dialéctica procesal efectiva que facilita al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho. La conexión existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso determina, incluso, que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial para cuya propia actuación, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado (STC 174/2009).

De lo expuesto se deduce que el derecho de defensa formal en el proceso penal no es un derecho que lo pueda o no ejercitar el imputado sino que constituye un requisito legal en el juicio oral por lo que deberá ejercitarse incluso con oposición del propio imputado. Dado que el acusador público –el Ministerio Fiscal– es un técnico en Derecho, el principio de igualdad de armas exige que el acusado sea defendido también por un técnico, el Letrado. Por esta razón se ha establecido la obligatoriedad de la defensa técnica del acusado (STC 29/1995).

La doctrina constitucional también ha proclamado la extensión del derecho a la asistencia de Abogado incluso en los procedimientos en que no resulta obligatoria, considerando que “el hecho de que la intervención de Letrado no sea preceptiva en un proceso determinado, con arreglo a las normas procesales, no priva al justiciable del derecho a la defensa y asistencia letrada que le reconoce el art. 24.2 CE, pues el carácter no preceptivo o necesario de la intervención del Abogado en ciertos procedimientos no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, pero permaneciendo, en consecuencia, el derecho de asistencia letrada incólume en tales casos, cuyo ejercicio queda a la disponibilidad de las partes, lo cual conlleva, en principio, el derecho del litigante que carece de recursos económicos para sufragar un Letrado de su elección a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus

⁸ RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Novena Lectura Constitucional*, Atelier, 2010, pág. 280.

derechos, siendo procedente el nombramiento de oficio cuando se solicite y resulte necesario” (SSTC 212/1998, 152/2000).

Pero el nombramiento de un Abogado no asegura, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado (STEDH de 24 de noviembre de 1993 -caso Imbrioscia-). La presencia obligada de los letrados no puede considerarse defensa, siendo en este sentido muy significativa la expresión del art. 6.3 c) del Convenio de Roma que habla de “asistencia letrada” y no de presencia letrada⁹. Por ello, las autoridades estatales han de adoptar las medidas necesarias para que esta asistencia sea concreta y efectiva (STEDH de 21 de abril de 1998 -caso Daud-).

También, el Tribunal Constitucional ha establecido que la asistencia de Abogado no se puede reducir a una mera designación formal sino que es preciso extremar las cautelas para que la defensa sea real y efectiva. Los órganos judiciales han de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, especialmente en los casos en que la dirección y representación se realiza mediante la designación de oficio (STC 47/2003).

III. La confidencialidad de las comunicaciones con el abogado defensor

De conformidad con lo expuesto, la efectividad del derecho de defensa no sólo depende del reconocimiento del derecho a recibir los servicios de un abogado, sino también de que este profesional goce de los medios y prerrogativas necesarias para el libre ejercicio de su función¹⁰.

Entre las obligaciones de los Abogados figura el de secreto profesional¹¹ –lo que legitima la intervención del Decano en las diligencias de registro de los despachos profesionales–, de celo y de diligencia en la defensa que le sea encomendada¹². Asimismo, les asiste el derecho a ejercer la defensa con libertad e independencia y con pleno respeto a su función¹³, lo cual implica el reconocimiento de una serie de garantías entre las que figura necesariamente la confidencialidad de las comunicaciones entre Abogado y cliente.

⁹ STS de 21 de noviembre de 2008.

¹⁰ Vid. JIMÉNEZ CAMPO, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, 1986, vid.VII, pág.18.

¹¹ Art. 5 Código Deontológico de la Abogacía Española –CDAE–.

¹² Art. 32.1 y 42 del RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española –EGAE–.

¹³ Arts. 2 y 3 CDAE y art. 33 EGAE.

1. Reconocimiento y bienes jurídicos protegidos

La Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce a los imputados en una causa criminal, el derecho a mantener comunicaciones y entrevistas reservadas con los Letrados encargados de su defensa. En concreto, el artículo 263 establece que la obligación de presentar denuncia no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieron de sus clientes. Asimismo, los artículos 416 y 707 de la LECrim, dispensan al Abogado del deber general de declarar, tanto en el sumario como en el juicio oral, sobre los hechos que el procesado le hubiere confiado en su calidad de defensor. En la misma línea, el art. 542.3 LOPJ dispone que los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos¹⁴.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido sin reservas el derecho al secreto de la correspondencia profesional, en especial, aquéllas entre Abogados y sus clientes¹⁵. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha preocupado de garantizar la confidencialidad de las relaciones profesionales de un Abogado y sus clientes configurándola como una manifestación básica del derecho de defensa¹⁶. En su sentencia de 2 noviembre 1991 -asunto S contra Suiza-, establece que el derecho del acusado de comunicarse con su Abogado fuera del alcance del oído de un tercero, figura entre las exigencias elementales de un proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. El acusado tiene, como mínimo, derecho a disponer de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa y, a estos efectos, a ser asistido por un abogado de libre elección¹⁷. Ahora bien, difícilmente puede el inculpado recibir asistencia de su Abogado sin un previo y reservado contacto entre ambos (STEDH de 28 de junio de 1984 -asunto Campbell y Fell-).

La STEDH de 25 de marzo de 1998 -caso Koop-, entiende que la confidencialidad de las relaciones entre un Abogado y sus clientes afecta directamente a los derechos de la defensa y también declara protegidas por el art. 8 del Convenio las llamadas telefónicas al Despacho de Abogados. Este último artículo dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Mas recientemente, la STEDH de 1 de octubre de 2009 -Caso Tsonyo Tsonnev contra Bulgaria- recuer-

¹⁴ Una disposición idéntica se recoge en el art. 42.1 del Estatuto General de la Abogacía Española.

¹⁵ STJCE de 18 de mayo de 1982.

¹⁶ STEDH 15 de noviembre de 1996 -caso Domenichini- afirma que el derecho a entrevistarse libremente con el abogado constituye una esencial manifestación del derecho de defensa.

¹⁷ Art. 6.3 b) del CEDH.

da que la correspondencia con un Abogado, cualquiera que sea su finalidad, goza de un estatus privilegiado al amparo del artículo 8 del Convenio¹⁸.

La confidencialidad de estas comunicaciones también resulta esencial para garantizar la efectividad real del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocido constitucionalmente (art. 24.2 CE). No cabe duda que el contenido de la conversación mantenida entre el Abogado y su cliente es susceptible de abarcar, incluso, en algunos casos el reconocimiento de su culpa por el imputado o la aportación a su defensor de datos sustanciales sobre la comisión del delito con cuyo conocimiento el letrado puede articular su defensa.

De lo hasta aquí expuesto se deduce que, en el caso de las comunicaciones con el Abogado defensor, como pone de relieve la doctrina¹⁹, junto al secreto formal de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE, concurre otro secreto de naturaleza material, el secreto profesional, por lo que no es lícito intervenir el teléfono del Abogado del sospechoso, salvo en los supuestos en los que este profesional deba ser considerado también imputado como autor principal o partícipe. En este caso, ya no se trataría de una relación profesional Abogado-cliente, sino de amparar una actividad delictiva²⁰.

De esta manera, junto al deber formal de secreto de las comunicaciones coexiste un deber de reserva del contenido material, en razón de lo que efectivamente se comunica dada la especial relación que une a los interlocutores. En congruencia con lo expuesto, la doctrina²¹ ha considerado temas prohibidos de investigación las conversaciones entre esposos, familiares, médicos, sacerdotes, abogados etc., ante las cuales, una vez identificado el comunicante, debería interrumpirse la captación y no ser aprehendida.

La legitimidad de la intervención de las comunicaciones del Abogado con su cliente, no debe analizarse desde la exclusiva órbita del art.18.3 de la CE, sino también a la luz del derecho de defensa que reconoce el art. 24 CE y, desde esa perspectiva, ponderar la constitucionalidad de esta medida restrictiva²².

¹⁸ El TEDH ha interpretado la noción de “domicilio” del artículo 8.1 del Convenio en un sentido amplio, de tal manera que abarca no solamente el domicilio privado de una persona, sino también su despacho profesional y, por tanto, un despacho de Abogados (Sentencia Petri Sallinen y otros contra Finlandia de 27 de septiembre de 2005; Sentencia Chappell contra el Reino Unido de 30 marzo 1989; Sentencia Niemietz contra Alemania de 16 diciembre 1992).

¹⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, “Las intervenciones telefónicas”, en *La prueba en el Proceso Penal*, op.cit., pág. 456.

²⁰ FERNÁNDEZ ESPINAR, “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, Poder Judicial, núm. 32, diciembre, 1993, pág. 27.

²¹ ASENSIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit., pág. 133.

²² Vid. LÓPEZ YAGÜES, *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pág. 26.

Así, podríamos distinguir entre comunicaciones generales y especiales, perteneciendo a esta última categoría las que se llevan a cabo entre los imputados y sus Abogados. Si la medida consistente en la intervención de las comunicaciones debe tener siempre un carácter excepcional, en cuanto suspende el ejercicio del derecho fundamental a mantenerlas en secreto, cuando además concorra otro derecho fundamental como el derecho de defensa, parece claro que las garantías que deben rodear la injerencia deben ser extremadas. Se exigiría, por así decirlo, una “súper-excepcionalidad”. A juicio del Auto del Tribunal Supremo de 19 octubre 2010, los supuestos en que se autorice la intervención de las comunicaciones de un interno con su letrado han de ser sumamente extraordinarios.

2. La dimensión pública del secreto profesional del abogado

La colaboración y la confianza son los factores fundamentales del eficaz ejercicio de la defensa técnica, de modo tal que, como señala la doctrina²³, en ningún caso se puede hablar de defensa si entre el imputado y el defensor no existe confianza y colaboración. El deber de secreto profesional se funda en la necesidad de salvaguardar la confianza del cliente en el Abogado como única forma de hacer posible que éste disponga de la información necesaria para llevar a cabo su defensa con la eficacia que la Constitución, en el ámbito del proceso, considera nota característica del derecho a la tutela judicial (STS de 17 de febrero de 1998).

El deber de secreto profesional de los letrados adquiere, así, una dimensión pública. No sólo tutela la intimidad de los clientes, sino que constituye un instrumento para salvaguardar la confianza en la profesión de Abogado y, en consecuencia, encarna una garantía del derecho de defensa de todos los ciudadanos²⁴. El TEDH consideró una cuestión de interés público el que la persona que desea consultar a un abogado, pueda hacerlo en condiciones propicias para una plena y libre discusión (STEDH 15 de noviembre de 1996 - caso Domenichini-).

Nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia, en su resolución de 22 de julio de 2002, destaca también la trascendencia pública del secreto profesional declarando que garantiza la justa y adecuada administración de justicia, de manera que sirve no solo a un interés privado sino que también atañe al interés general que el proceso sea decidido rectamente. Por ello, las comunicaciones con el Abogado deben protegerse frente a cualquier intento de revelación, provenga de quien provenga y cualquiera que sean las circunstancias que se produzcan.

²³ MORENO CATENA, *El secreto en la prueba de testigos en el proceso penal*, 1980, pág. 209.

²⁴ Declaración del Consejo General de la Abogacía sobre el caso *Gürtel*.

En este mismo principio se apoya la doctrina penal²⁵ para criticar la deficiente cobertura que el Código Penal vigente otorga al secreto profesional del Abogado, que en la actualidad se regula dentro de los delitos contra la intimidad cuando, a la vista del bien jurídico protegido, se aproxima más a los delitos contra la Administración de Justicia regulados en el Título XX de dicho texto legal.

3. Límites

Las consideraciones expuestas determinan que las comunicaciones con el Abogado sólo puedan ser intervenidas en circunstancias muy excepcionales y rodeándose de las mayores garantías.

Señala el Tribunal Constitucional que es competencia del legislador ponderar la proporcionalidad de la exclusión o inclusión y, en su caso, bajo qué requisitos, de círculos determinados de personas en atención a la eventual afectación de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales concurrentes al intervenir sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunica, citando el caso de los Abogados o profesionales de la información, Diputados o Senadores (STC 184/2003).

Dada la incuestionable gravedad que supone de la injerencia en las comunicaciones con el Abogado, ésta tiene que ponderarse cuidadosamente por el legislador y por el órgano jurisdiccional que la acuerda y, únicamente puede fundarse en la necesidad de tutelar otros intereses fundamentales de orden público prevalentes.

Estos intereses no pueden consistir en la genérica obligación de perseguir la comisión de un delito y de obtener datos relevantes en la investigación de los mismos. Probablemente, el Abogado conocerá la verdad de lo acontecido y en transcurso de sus comunicaciones con la persona a la que defiende ésta le revelará datos de interés para el éxito de la investigación. Ahora bien, hoy es un principio comúnmente admitido que la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio²⁶. El proceso penal se funda en los principios recogidos en la Constitución, la cual reconoce, entre otros, el derecho a la prueba obtenida y practicada de acuerdo con las normas de garantía legalmente establecidas²⁷.

Conviene recordar que el Tribunal Constitucional en su sentencia 114/1984 proclamó, por primera vez, la prohibición de utilizar pruebas cuando en el momento de su obtención se hubieran infringido los mencionados derechos.

²⁵ CORTÉS BECHIARELLI, "Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo", *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXI, 2003.

²⁶ Así lo declaró el Tribunal Supremo Federal alemán en su Sentencia de 14 de junio de 1960, BGHSt, 14, 358, 365.

²⁷ Vid. SSTC 49/1999, 141/2.001, 167/2.002.

Así, recogiendo el sentir de una parte de la doctrina, se apartó del criterio que había mantenido la jurisprudencia anterior, según la cual en el proceso penal debía prevalecer el interés público en la búsqueda de la verdad.

Por imperativo constitucional, el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, es el marco dentro del cual pueden realizarse los fines de averiguación de la verdad en el proceso penal.

El acceso por parte del órgano jurisdiccional a las conversaciones con el Abogado, puede permitir a éste conocer las estrategias de defensa del imputado²⁸, lo que afecta a uno de los principios básicos de la estructura del proceso: el de igualdad de las partes. Asimismo, queda en cuestión la posición “supra partes” que debe ostentar el Juez dentro del proceso y, por tanto, en última instancia, su independencia o imparcialidad. Sea suficiente recordar que la independencia judicial constituye una nota esencial de la Jurisdicción sin la cual no podrían los Juzgados y Tribunales aplicar correctamente el Derecho a los casos concretos, ya que la Ley, en tanto que manifestación de la voluntad general, precisa que la actividad judicial de individualización normativa no pueda efectuarse tomando en consideración situaciones hegemónicas de las partes o privilegio material alguno²⁹.

Por tanto, la intervención de las comunicaciones con el Abogado debe limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el Abogado ha podido extralimitarse en sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva como uno de sus elementos componentes (STS de 28 de noviembre de 2001). Cuando haya razones objetivas para pensar que los Abogados defensores pueden contribuir a ocultar pruebas o a colaborar en la comisión de delitos, el derecho de defensa se estaría utilizando como cauce abusivo para actividades que exceden de la finalidad de esta garantía procesal.

En este caso, la participación directa e indiciaria que en la investigación se le atribuya es totalmente ajena a su condición de Letrado, la cual no puede servir en ningún caso de amparo, protección o favorecimiento de la comisión de delitos (ATS de 24 de enero de 2003). El Abogado ya no actúa como defensor, sino como un mero partícipe en el delito. Por tanto, no se trata de la defensa de un imputado en prisión, sino de la presunta actividad delictiva del Abogado no amparada por el derecho de defensa.

La STEDH de 25 de marzo de 1998 (caso KOPP), reconoce como única excepción al secreto de las comunicaciones telefónicas con el Abogado la existencia de razones bastantes para considerar como sospechoso de participación en la actividad delictiva al propio defensor. Por su parte, la STEDH de 1 de octubre de 2009, declara que la lectura de la correspondencia de un interno

²⁸ Así lo subraya la STEDH de 28 de junio de 1985 -caso *Campbell y Fell contra el Reino Unido*-.

²⁹ Cfr. GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2010.

con su Letrado, sólo puede autorizarse en casos excepcionales, si las autoridades tienen razones para creer que existe un abuso de privilegio por cuanto el contenido de la carta amenaza la seguridad del establecimiento o a terceros o reviste un carácter delictivo.

Por tanto, como afirma Velasco Núñez³⁰, existen secretos funcionalmente inviolables que han de quedar excluidos de toda injerencia, incluso judicial, a no ser que el Letrado reúna al propio tiempo la condición de sospechoso de participación en un hecho delictivo.

En este caso, debe dictarse por el órgano jurisdiccional una resolución que autorice expresamente la intervención de las comunicaciones de dicho Abogado como sujeto pasivo de la medida misma. Ésta es la manera de comprobar la existencia de un efectivo control judicial donde concurra el necesario juicio de excepcionalidad y de proporcionalidad, en los términos exigidos por Constitución Española, que permita verificar la legalidad de las intervenciones practicadas. Cuando en el marco de una investigación criminal, se conozcan nuevos hechos delictivos o nuevos sujetos implicados diferentes de los originariamente investigados y que, por tanto, no están comprendidos en el ámbito de la autorización judicial inicial, resulta obligado recabar la pertinente solicitud de la autoridad judicial, sin cuya autorización no podrá el Tribunal extender su conocimiento a las conversaciones de tales sujetos o a los nuevos hechos. Se debe dictar una autorización judicial expresa de ampliación subjetiva del objeto de la investigación³¹. Un Abogado sospechoso de un delito grave no puede ser tratado de manera diferente a los otros sospechosos.

4. Excepciones: la proporcionalidad y legalidad de la excepción

Si bien es cierto que los derechos a no padecer indefensión y a ser defendido por un Abogado pueden ceder ante la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, resulta necesario determinar si la medida restrictiva de estos derechos fundamentales supera las exigencias del juicio de proporcionalidad. Para ello, debe comprobarse si dicha medida contribuye a conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del tal propósito (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más ventajas o beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, lo que constituye el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (STC 198/2003).

³⁰ VELASCO NÚÑEZ, “Presencias y ausencias -aspectos aclarados y discutidos- en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema”, en *Actualidad Penal*, núm. 18, mayo de 1993.

³¹ Vid. STS de 18 de julio de 2000.

Nuestro legislador sólo ha previsto expresamente la intervención de las comunicaciones entre el Abogado y el cliente en el caso del delito de terrorismo. Ello no obstante, se ha suscitado un amplio debate sobre la interpretación que deba darse al art. 51 de la Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria (en adelante LOGP) que regula las comunicaciones con el exterior de quienes se encuentran internados en establecimientos penitenciarios. El párrafo segundo de dicho precepto 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 los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”.

Según la interpretación que realiza el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 28/2010 de 25 marzo (que resuelve la escuchas del caso *gürtel*) cuando se trate de personas privadas de libertad, constreñidas por tanto a realizar las imprescindibles comunicaciones con su Letrado en un entorno controlado por la Administración Pública, el legislador dispuso que sólo podrían intervenir estas comunicaciones, necesarias para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, cuando concurrieran dos condiciones conjuntamente: que se tratara de presos o penados por delitos de terrorismo y que esa restricción fuera ponderada adecuadamente en una resolución judicial. Entiende que el legislador fue consciente de que dejar abierta la posibilidad de restricción de esas comunicaciones en cualquier clase de delito podría dar a traste con el derecho de defensa. Por eso, sólo la autorizó en casos de terrorismo que constituyen un ataque máximo a la convivencia social y, aun en estos casos, se condicionó dicha medida restrictiva a que una autoridad judicial evaluara su conveniencia, utilidad y proporcionalidad, al objeto de preservar los derechos individuales de los penados, imputados o acusados, aunque lo fueran por terrorismo.

Nuestro máximo garante de la Constitución también se ha pronunciado sobre el alcance del art. 51 de la LOGP (aunque referido a un supuesto distinto), declarando que los dos requisitos que recoge deben concurrir de forma acumulativa y no como requisitos alternativos. La STC 183/1994, al analizar este precepto, distingue entre las comunicaciones, que califica 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. Culmina el razonamiento esta sentencia diciendo que esta diferenciación esencial que existe entre el art. 51.5 -régimen general cuya única remisión válida es al art. 51.1- 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 tanto, considerarse acumulativas. Esta doctrina se reitera en la STC 58/1998.

Ahora bien, una parte de la doctrina³² ha entendido que el carácter acumulativo de las condiciones habilitantes del art.51.2 LOGP defendido por la referida jurisprudencia del Tribunal Constitucional no implica que los dos requisitos deban concurrir en todo caso, sino que lo que este Tribunal pretendía destacar en los supuestos concretos analizados es que aún en los casos de terrorismo, resulta necesaria también la orden judicial, siendo precisamente en este punto en lo que las SSTC 183/1994 y 58/1998 corrigieron la doctrina primeramente establecida en la STC 73/1983. Por ello, concluye este sector doctrinal que los fundamentos del Tribunal Constitucional al interpretar el mencionado artículo no iban encaminados a limitar la posibilidad de que la autoridad judicial acuerde la intervención de las comunicaciones de un interno con su Abogado, sino a impedir que pudiera hacerlo la administración penitenciaria.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo 538/1997 de 23 de abril llega a conclusiones diferentes. Entiende que las razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, que pueden justificar estas limitaciones, no son aplicables a las comunicaciones incardinadas en el ejercicio del derecho de defensa del interno (art. 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 ejercitarla desde la prisión (art. 9.2 de la Constitución Española). Más adelante añade que la regla general debe ser la de garantizar, en todo caso, la confidencialidad de las comunicaciones de los internos enmarcadas dentro del ejercicio de su derecho de defensa en un procedimiento penal, sin posibilidad de intervención ni administrativa ni judicial. Ello no obstante, la máxima tutela de los derechos individuales en un Estado de Derecho Social y Democrático no es incompatible con la admisión

³² JIMÉNEZ VILLAREJO, “Intervención de comunicaciones entre internos y sus letrados”, en *El Cronista*, Iustel, núm. 14, junio, 2010, págs. 70 y 71.

de reacciones proporcionadas frente a la constatada posibilidad de abusos en supuestos muy específicos y excepcionales. Concretamente, en el ámbito de las actividades de delincuencia organizada en grupos permanentes y estables, de carácter armado, cuya finalidad o efecto es producir el terror en la colectividad, se ha constatado la utilización de las garantías que el sistema democrático proporciona al derecho de defensa como cauce abusivo para actividades que exceden de la finalidad de defensa e inciden en la colaboración con las actividades terroristas. Es por ello por lo que, excepcionalmente y sin que dicha excepción pueda contagiarse al resto del sistema, en el ámbito personal exclusivo de los supuestos de terrorismo, y en todo caso con la especial garantía de la orden judicial previa, naturalmente ponderadora de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida en cada caso concreto, el art. 51.2 LOGP faculta para la intervención de este tipo de comunicaciones singulares.

De conformidad con lo expuesto, el terrorismo constituye una excepción al principio de confidencialidad de las comunicaciones personales con el Abogado siempre que concurra la correspondiente autorización judicial previa donde se pondere la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida restrictiva en cada caso concreto (STS 23 de abril 1997). Pero no sólo constituye una excepción sino la única excepción prevista en nuestro Derecho positivo vigente. Nuestra LECrim no establece ninguna otra excepción expresa al respecto.

Ahora bien, si se considera que el terrorismo no es el único delito del que debe defenderse la sociedad con medios extraordinarios es al legislador al que le corresponde prever las demás excepciones pues tal y como se indicó mas arriba, la actuación del Juez se refiere al caso concreto, lo que implica la necesidad de que, con carácter previo, el poder legislativo haya establecido, en abstracto, la procedencia de la intervención de acuerdo con el principio de legalidad que inspira la actuación jurisdiccional. No podemos olvidar que el principio de proporcionalidad debe inspirar tanto la actuación del legislador al prever la posible limitación en abstracto, como la actuación del Juez en el caso concreto.

Por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas que incida directamente sobre su desarrollo o limite o condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal (STC 49/1999). Por ello, es competencia del legislador autorizar a los órganos jurisdiccionales para poder disponer de tales medios de investigación. La Constitución Española exige una triple condición sobre la previsión legal de las medidas limitativas de los derechos fundamentales. En primer lugar, la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto. En segundo lugar, el rango legal que ha de tener dicha disposición. Finalmente, la calidad de la Ley como garantía de seguridad (STC 169/2001).

De esta manera, no sólo se exige que la injerencia estatal en dicho secreto esté presidida por el principio de legalidad, sino que se especifica que el respeto

a dicho principio requiere, en este caso, “una ley de singular precisión”³³. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre las exigencias integrantes de la “calidad de la Ley” se encuentran la accesibilidad y la previsibilidad. El Derecho interno debe usar términos suficientemente claros para indicar en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a autorizar medidas consistentes en la interceptación de las comunicaciones. En la Sentencia de 30 de julio de 1998 -caso *Valenzuela Contreras c. España*-, el Tribunal de Estrasburgo hizo una enumeración minuciosa de los requisitos imprescindibles que deben figurar en la Ley, extrayéndolos directamente de casos significativos. Así, como garantías mínimas, las Sentencias *Kruslin* y *Huvig*, de 24 y 26 de Abril de 1990, mencionaron, entre otras, la definición de las categorías de personas susceptibles de interceptación judicial. La célebre STC 49/1999, también enumeró de forma concreta cada una de las exigencias derivadas de nuestra Constitución³⁴.

Por ello, el art. 579 LECrim no puede considerarse un marco legal suficiente que habilite la intervención de este tipo especial de comunicaciones, pues como nuestro Tribunal Constitucional ha declarado, de forma reiterada, adolece de vaguedad e indeterminación en estos aspectos esenciales (SSTC 26/2006, 184/2000). De hecho, ningún autor que haya abordado el estudio de esta medida restrictiva ha dejado de denunciar la falta de concreción e inseguridad de nuestra normativa vigente³⁵, calificándola de norma en blanco.

Resulta urgente una regulación específica y detallada de la intervención de las comunicaciones electrónicas que, garantizando los derechos constitucionales, y sobre todo la intimidad y el derecho de defensa, proporcione unas pautas legales a las que deba ajustarse esta diligencia, fuera de las escasas disposiciones que establece el mencionado art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁶.

³³ SSTC 49/1999, 123/1997, 54/1996, 49/1996, 85/1994.

³⁴ La STC 49/1999 se refirió a la necesidad de definir en la Ley “las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad”.

³⁵ Vid. DÍAZ CABIALE, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, 1991.

³⁶ STC 34/2003 de 22 de enero.